

LOS VEINTICINCO AÑOS DEL PROCESO PENAL ITALIANO Y LAS TENDENCIAS DE REFORMA EN EUROPA*

di Luca Lupària

SUMARIO: 1. La refundación del modelo italiano en 1989: relevancia comparativa del nuevo Código y su esfera de influencia. – 2. Aciertos y desaciertos en la caracterización del sistema italiano. – 3. El dificultoso recorrido del nuevo proceso: factores subvalorados en la construcción del Código. – 4. El actual contexto de reforma en los procesos penales de Europa continental: entre convergencia, hibridación y particularismo. – 5. Puntos centrales del debate procesal europeo. – 6. Algunos comentarios sobre el ministerio público europeo. – 7. Consideraciones finales.

1. La refundación del modelo italiano en 1989: relevancia comparativa del nuevo Código y su esfera de influencia.

En la segunda mitad del siglo XX, pocas reformas procesales han tenido un eco tan vasto como la que el código italiano de 1988 ha provocado en el círculo de los estudiosos de todo el mundo¹.

El proceso de superación de la secular tradición continental y la fuerte adhesión a los valores del modelo de *common law* han suscitado, desde un principio, un extraordinario interés hacia el código italiano. Este último se ha convertido para muchos comparatistas en un estimulante laboratorio para evaluar las clásicas

* Testo della relazione presentata dal prof. Luca Lupària al “VII Congresso Internazionale di Diritto processuale” tenutosi in Cartagena (Colombia) dal 28 al 30 agosto 2014. Lo scritto è destinato agli atti del convegno.

¹ Sobre el proceso penal italiano véase, en idioma español, G. CASO, *El sistema procesal penal italiano. (Ventajas y dificultades)*, en *Dikaion*, 2003, vol. 17, núm. 12, p. 39; I. FLORES PRADA, *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Valencia, 2011; A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *La acusación en el proceso penal italiano: el papel del Ministerio Fiscal y de la víctima*, Madrid, 2006; N. M. GUZMÁN, *Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano*, en *Nueva Doctrina Penal*, 2002, p. 619; G. ILLUMINATI, *El sistema acusatorio en Italia*, en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, ed. por L. Bachmaier Winter, Madrid, 2008, p. 135; G.M. NICASTRO, *Sistema procesal italiano*, en *Sistemas penales europeos*, ed. por A. Palomo del Arco, Madrid, 2002, p. 109. Entre los primeros comentarios en la literatura internacional, cfr. E. AMODIO – E. SELVAGGI, *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, en 62 *Temple L. Rev.*, 1989, p. 1211; E. AMODIO, *Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetzbuch*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1990, p. 171; L. FASSLER, *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, en 29 *Colombia J. Trans. L.*, 1991, p. 245; W. PIZZI – L. MARAFIOTI, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, en 17 *Yale J. Int. L.*, 1992, p. 1; A. STILE, *Die Reform des Strafverfahrens in Italien*, en 104 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1992, p. 429; M. VOLCANSEK, *Decision-Making Italian Style: The New Code of Criminal Procedure*, en 13 *West European Politics*, 1990, p. 33.

categorías de la teoría del proceso penal². En efecto, en el panorama de la vieja Europa, por primera vez se presentaba una transición neta del sistema inquisitivo al acusatorio³. Del mismo modo, y de manera sustancialmente inédita, se introducían en un ordenamiento europeo ciertos institutos que desde siempre habían sido considerados inconciliables con la sensibilidad característica del rito criminal de *civil law*, como en el caso del “*patteggiamento*”⁴ y de la “*inutilizzabilità*” de la prueba⁵, en gran parte inspirados respectivamente en el *plea bargaining* y en las *exclusionary rules* de corte angloamericano.

En concepto de los estudiosos de la materia, esta reforma inevitablemente permitiría observar, desde una perspectiva privilegiada, cuáles serían las reacciones de los operadores de las aulas de justicia respecto a una repentina transformación en el establecimiento judicial de los hechos y, cuál sería – en este contexto – el enfoque psicológico frente a la nueva idea de justicia penal. En efecto, se podría evaluar la capacidad de adaptación al cambio por parte de los diversos actores, a saber: de un juez “a la francesa”⁶ transformado en un árbitro imparcial insertado en un proceso gestionado por el ente persecutor y la defensa; de un fiscal acostumbrado a gozar de una posición de supremacía en el proceso ahora ubicado tendencialmente al mismo nivel del defensor del acusado; y de un defensor llamado a participar – de forma inédita – en la formación de las pruebas. Todos aspectos que no pueden ignorarse a la hora de proponer una modificación normativa exitosa⁷ y, por tanto, capaces de

² En muchos ensayos de los últimos años se destaca un sostenido interés por la reforma italiana, como ejemplo único en su género: J. OGG, *Adversary and Adversity: Converging Adversarial and Inquisitorial Systems of Justice – A Case Study of the Italian Criminal Trial Reforms*, en 37 *Int. J. Comp. Appl. Crim. Just.*, 2013, p. 31.

³ Véase, de reciente, G. ILLUMINATI, *The Accusatorial Process from the Italian Point of View*, en 35 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, 2010, p. 297.

⁴ Cfr M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, en 45 *Harv. Int'l L. J.*, 2004, p. 1; J. MILLER, *Plea Bargaining and Its Analogues under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards A New Understanding of Comparative Criminal Procedure*, en 22 *N. Y. Univ. J. Int. L. & Pol.*, 1989, p. 215; R. ORLANDI, *Absprachen im italienischen Strafverfahren*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 123; R.A. VAN CLEAVE, *An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial In Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System*, en 11 *Emory Int'l L. Rev.*, 1997, p. 419. El modelo italiano ha influenciado en ciertos aspectos de la ampliación del fenómeno de la justicia penal negociada en Alemania: U. BOGNER, *Absprachen im deutschen und italienischen Strafprozessrecht, Verfahrensbeschleunigung durch die applicatione della pena su richiesta delle parti und das giudizio abbreviato, ein Modell für den künftigen deutschen Strafprozeß?*, Marburg, 2000; M. FROMMANN, *Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?*, en 5 *Hanse L. R.*, 2009, p. 197.

⁵ T. ARMENTA DEU, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Madrid, 2011, p. 42; S. THAMAN, “*Fruits of the Poisonous Tree*” in *Comparative Law*, en 16 *Sw. J. Int'l L.*, 2010, p. 333.

⁶ Sobre este punto crítico del proceso continental: M. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, 1997, p. 95.

⁷ Sobre este aspecto, cfr. M. VOGLIOTTI, *La “rhapsodie” : fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, en *Rev. interd. etud. jur.*, 2001, p. 141.

suministrar útiles indicaciones en vista a posibles reformas en el interior de otros sistemas⁸.

Por todo lo expuesto no sorprende que el código (incluidos los estudios preparatorios y el proyecto preliminar⁹) haya asumido rápidamente la función de punto de referencia para los legisladores de los países que deseaban dejar atrás los vestigios del modelo francés (del juez instructor a la libertad de las modalidades de prueba de los hechos¹⁰) o, en cualquier modo, introducir una concepción de proceso alejada de los modelos autoritarios similares a los del código italiano de 1930, producto del fascismo¹¹. La adquisición de una posición que podríamos definir de “código modelo” se ha sedimentado no solamente en el Centro y el Sur de América¹², donde la doctrina italiana ha tenido una gran influencia¹³, sino que también muchas otras partes del mundo se han inspirado en las decisiones adoptadas por el código italiano, al que sin duda se debe reconocer una gran coraje y calidad técnica prominente en la adopción de las modalidades de transición desde un modelo inquisitivo a uno acusatorio.

En definitiva, han sido numerosas las comisiones de estudio sobre el sistema italiano que han reproducido las soluciones adoptadas por el código de 1988, y igualmente profusos han sido los trabajos doctrinales particulares que han dado lugar a la exportación de tales soluciones al extranjero¹⁴.

⁸ Véase C. LI, *Adversary System Experiment in Continental Europe: Several Lesson from Italian Experience*, en 1 J. Pol. & L., 2008, p. 14; W. PIZZI, *Lessons From Reforming Inquisitorial Systems*, en 8 Fed. Sent. R., 1995, p. 42.

⁹ Por ejemplo, el legislador portugués se ha basado en el proyecto preliminar italiano para escribir el nuevo código de 1987.

¹⁰ J. PRADEL, *Criminal Evidence*, en *Harmonisation in Forensic Expertise: An Inquiry into the Desirability of and Opportunities for International Standards*, ed. por J.F. Nijboer – W. Sprangers, Leiden, 2000, p. 441.

¹¹ Puede ser útil recordar que el código procesal penal es el único de los “cuatro códigos” (es decir el código civil, código procesal civil, código penal y código procesal penal) que se aprobó en periodo republicano. Los restantes códigos, aunque hayan sido modificados y mejorados, presentan todavía el sistema decidido en la época fascista, donde fueron aprobados.

¹² Cfr. M. LANGER, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*, en 55 Am. J. Comp. L., 2007, p. 617. Entre los diferentes ejemplos se puede recordar Chile y Brasil. Para Chile es suficiente leer el compendio oficial de la reforma para verificar la influencia que ha tenido el código italiano en los trabajos de la Comisión: *Historia de la Ley N° 19.696 Establece Código Procesal Penal, 12 de octubre del año 2000*, en *Diario Oficial de fecha 31 de mayo de 2002*, Santiago, 2002. Sobre la experiencia brasileña, véase la reciente publicación A. PELLEGRINI GRINOVER, *A reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Pontos de contato com o direito estrangeiro*, en *Studi in onore di Mario Pisani*, ed. por P. Corso – E. Zanetti, vol. II, Milano, 2010, p. 969. Véase también T. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid, 2012, p. 193.

¹³ A. PELLEGRINI GRINOVER, *A influência do direito italiano no Brasil*, en *Rev. Câ. Ítalo-Brasileira Com. Ind.*, 2005, p. 22.

¹⁴ B. PAVIŠIĆ, *Overview*, en *Transition in Criminal Procedure Systems*, Rijeka, 2004, p. xxxii.

2. Aciertos y desaciertos en la caracterización del sistema italiano.

En el análisis del actual modelo italiano, deben evitarse clasificaciones reduccionistas como la que a menudo lo define como un proceso “a la americana”. En realidad, su caracterización es mucho más compleja.

La introducción de nuevas garantías en protección del acusado no obedece a un deseo de recepcionar los principios del *common law*, no obstante el mayor “prestigio” que el modelo anglo-americano tenía a los ojos de los juristas italianos, sino que más bien, se debe a una suerte de reacción frente a las características autoritarias del viejo código¹⁵. En efecto, en aquel momento histórico, resultaba imperioso tomar distancia del pasado y repudiar todo cuanto pudiese ser asociado con el sistema inquisitivo, incluso más allá de sus reales defectos¹⁶.

Por otra parte, los institutos nacidos por imitación del arquetipo acusatorio, paradójicamente no se han inspirado en el concreto ordenamiento normativo actualmente vigente en Inglaterra o en Estados Unidos, sino que en una especie de visión “sin tiempo”, abstracta, de dichos mecanismos procesales. De ello ha resultado que, en algunos aspectos, el proceso penal italiano ha terminado por poseer características que se asimilan más al proceso anglo-americano del pasado que al que hoy en día se desenvuelve en las aulas de justicia¹⁷. A vía ejemplar, se advierte que el *right to silence* (derecho a guardar silencio) por ciertas razones se encuentra más tutelado en el código italiano que en el propio ordenamiento inglés en vigor, al cual debe su primogenitura¹⁸. Lo mismo sucede con el *hearsay evidence* (testimonios de oídas

¹⁵ Sobre la importancia del “prestigio” para la expansión de los modelos en el ámbito comparativo: W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): the Logic of Legal Transplants*, en 43 *Am. J. Comp. L.*, 1995, p. 489; U. MATTEL, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, en 42 *Am. J. Comp. L.*, 1994, p. 195; A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Georgia, 1993; W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, en 39 *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 229.

¹⁶ El que se haya tratado de una reacción en parte ideológica y emotiva, ha sido comentado por numerosos estudiosos, ya que no obstante las carencias del sistema anteriormente vigente no se justificaba su completa demonización. En este sentido, muchos estudios se han detenido a evidenciar que el sistema inquisitivo de *ancien régime* presentaba considerables perfiles de tutela del acusado respecto a la mala fama que se ha ganado: M. DAMAŠKA, *The Quest for Due Process in the Age of Inquisition*, en 60 *Am. J. Comp. L.*, 2012, p. 919; D.A. SKLANSKY, *Anti-Inquisitorialism*, en 122 *Harv. L. Rev.*, 2009, p. 1636 y, en la literatura francesa, A. ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI-XVIII siècle). Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence, 1999.

¹⁷ Sin duda ha habido una adhesión al enfoque sobre el proceso penal que ha surgido en la gran época de la Corte Suprema Americana de los años 60, bajo la presidencia Warren. Sin embargo, las verdaderas coordenadas teóricas se basan en los tradicionales pilares del proceso *adversary*, del modo en que han sido establecidos por los Tribunales ingleses de 1700 (sobre este “hueso duro” de principios, capaz de ser considerado aún hoy como modelo: R. VOGLER, *A World View of Criminal Justice*, Hants, 2005, p. 129 ss.).

¹⁸ L. LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processale penale*, Milano, 2006. Como se sabe, a partir de la legislación relacionada a la cuestión irlandesa se ha llegado al *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 que ha permitido obtener inferencias contra el acusado en el caso de que este último invoque el *right to silence*. Desde ese momento hasta ahora, se han sucedido numerosas normativas de dicho tenor entre las que cabe recordar, entre otras, el *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act* de 1998, el *Terrorism Act* de 2000. Cfr. M. BERGER, *Reforming Confession Law British Style: a Decade of Experience with Adverse Inference from*

o de referencia) de inspiración americana, pero llevado a la práctica en un modo muy diferente del que se practica actualmente en EE.UU.¹⁹.

Luego, desde una óptica diferente, no deben olvidarse aquellos perfiles sistemáticos marcadamente relacionados con la tradición continental que persisten al interior del modelo italiano (los parciales poderes *ex officio* del juez, una reglamentación de las medidas cautelares personales alejada de la teoría del *bail*²⁰, la no disponibilidad de la pretensión punitiva), que obedecen a la particular parábola histórica de nuestro ordenamiento y resultan incompatibles con la tradición anglo-americana (entre otros, el rechazo de formas de discrecionalidad de la acción penal). Por último, también se encuentran soluciones originales creadas por los reformadores de 1988, que difícilmente pueden ser reconducidas a una experiencia jurídica en particular.

En sustancia, no cabe duda de que el código italiano ha pretendido tener como referente la tradición de *common law* como imagen simbólica de una histórica liberación de un sistema de carácter inquisitivo nacido en periodo de dictadura. Sin embargo, más allá de esta etiqueta predefinida, el actual sistema lleva con sí las marcas de un pasado no totalmente renegado²¹ y de algunas construcciones teóricas fruto de la elaboración de estudios específicos, relevando un fuerte ligamen con los valores fundamentales consagrados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²².

Un cúmulo de fuentes e influencias han incidido en la visión del código de procedimiento penal italiano como un verdadero laboratorio, relevante para la puesta a prueba de los posibles equilibrios entre el universo jurídico anglo-americano y el europeo. Se trata de un modelo importante para los estudiosos de todo el mundo, por una parte, por el momento histórico en que nos encontramos, donde Inglaterra y Estados Unidos tienen especialmente en cuenta el proceso del viejo continente²³ para

Silence, en 31 *Col. H. R. L. Rev.*, 2000, p. 243; J. JACKSON, *Interpreting the Silence Provisions: the Northern Ireland Cases*, en *Crim. L. Rev.*, 1995, p. 587; M. REDMAYNE, *Rethinking the Privilege against Self-Incrimination*, en 27 *Ox. J. Leg. St.*, 2007, p. 214.

¹⁹ Sobre todo en atención a las concretas prácticas judiciales y a algunas importantes sentencias del Tribunal Supremo (entre las cuales *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 2004). Véase I. DENNIS, *The Rights to Confront Witnesses: Meaning, Myths and Human Rights*, en *Crim. L. Rev.*, 2010, p. 255; H.L. HO, *Confrontation and Hearsay: A Critique of Crawford*, en 8 *Evidence & Proof*, 2004, p. 147.

²⁰ En una perspectiva comparada con los otros sistemas europeos: S. RUGGERI, *Personal Liberty in Europe. A Comparative Analysis of Pre-Trial Precautionary Measures in Criminal Proceedings*, en *Liberty and Security in Europe*, Gottingen, 2012, p. 185. Véase M. GIALUZ – P. SPAGNOLO, *Reasonable Length of Pre-trial Detention: Rigid or Flexible Time Limits? A study on Italy from a European Perspective*, en 3 *Eur. Crim. L. Rev.*, 2013, p. 220.

²¹ Para J. MIRABELLA, *Scales of Justice: Assessing Italian Criminal Procedure Through the Amanda Knox Trial*, en 30 *B.U. Int'l L.J.*, 2012, p. 229, las raíces inquisitorias en el sistema italiano son todavía predominantes.

²² Sobre el proceso penal en un contexto internacional de los derechos humanos, S. SUMMERS, *Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2007; R. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005.

²³ R. LAWSON MACK, *It's Broke So Let's Fix It: Using a Quasi-Inquisitorial Approach to Limit the Impact of Bias in the American Criminal Justice System*, en 7 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1996, p. 67.

atenuar las anomalías de un sistema demasiado relacionado con una visión partisana²⁴ y negociada²⁵ de la justicia y, por otro lado, porque muchos Estados, tanto europeos como otros, están intentando desvincularse de las distorsiones de un enfoque orientado a buscar una verdad material a toda costa, en perjuicio de las garantías establecidas en tutela del acusado²⁶.

3. El dificultoso recorrido del nuevo proceso: factores subvalorados en la construcción del Código.

A pesar del entusiasmo científico, el nuevo código no ha tenido un camino fácil en su aplicación práctica²⁷. No obstante ser fruto del trabajo de los mejores profesores y de los más iluminados operadores del derecho, desde el principio ha sido visto con escepticismo por una parte de la magistratura italiana, en razón de lo cual algunas de sus disposiciones previstas en favor del imputado han sido alteradas por la aplicación jurisprudencial de las mismas²⁸.

En efecto, muchos jueces, habituados al viejo sistema de 1930, caracterizado por un juez activo respecto del establecimiento de los hechos y por los limitados poderes de la defensa, inicialmente no se han adaptado en forma adecuada a las nuevas funciones asignadas por la reforma procesal. Lo mismo puede decirse sobre la interpretación del nuevo papel del ministerio público²⁹. De este modo, es posible afirmar que el impacto de la reforma en la praxis judicial ha sido subestimado en alguna medida por sus artífices, que tal vez no se representaron una de las reglas fundamentales en materia de reformas procesales: como los más atentos estudiosos de derecho comparado han observado, tomando prestada una metáfora del mundo de la

²⁴ W. PIZZI, *Trial without Truth. Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Rebuild It*, New York, 1999.

²⁵ Véase R. BURNS, *The Death of the American Trial*, Chicago, 2009; M. GALANTER, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, en 1 *J. Emp. Legal Studies*, 2004, p. 459.

²⁵ T. WEIGEND, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?*, en 36 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, 2011, p. 389.

²⁶ Para una caracterización sobre la actual relación entre los sistemas de *common law*, *civil law*, y el campo de la justicia penal, a la luz del sendero general de la convergencia, ver J. JACKSON – S. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012. Véase de reciente MAR JIMENO-BULNES, *American Criminal Procedure in a European Context*, en 21 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 2013, 409.

²⁷ M. FABRI, *Theory versus Practice in Italian Criminal Justice Reform*, en 77 *Judicature*, 1994, p. 211; J. OGG, *Italian Criminal Trials: Lost in Transition? Differing Degrees of Criminal Justice Convergence in Italy and Australia*, en 36 *Int. J. Comp. Appl. Crim. Just.*, 2012, p. 229.

²⁸ R. MONTANA, *Adversarialism in Italy: Using the Concept of Legal Culture to Understand Resistance to Legal Modifications and its Consequences*, en 20 *Eur. J. Crim. Criminal L. and Crim. Just.*, 2012, p. 99.

²⁹ Algunos autores creen que otro factor a tener en cuenta es la interpretación política de la función por parte de los propios fiscales del ministerio público: M.R. FERRARESE, *Penal Judiciary and Politics in Italy*, en 1 *Global Jurist Topics*, 2001, p. 1535. Sobre la regulación de la función del ministerio público en Italia: G. ILLUMINATI, *The Role of the Public Prosecutor in the Italian System*, en *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, ed. por P. Tak, Nijmegen, 2004, p. 308.

música, la mayoría de las veces no es suficiente sustituir la partitura musical si los instrumentos y los ejecutores siguen siendo los mismos³⁰.

De esta forma, ha ocurrido que la vida judicial se ha repletado de prácticas desviadas, que en oportunidades se encuentran derechamente dirigidas a evitar la aplicación de una norma. Aún más, algunas sentencias de órganos jurisdiccionales muy importantes (incluida la Corte Constitucional) han intentado operar una contrarreforma, oponiéndose a los nuevos principios, considerándolos ajenos a un asentado código genético³¹. Ha sido un fenómeno tan fuerte, que ha implicado la intervención del Parlamento en la aprobación de leyes específicas para hacerle frente, haciendo incluso necesario la modificación de la Constitución (art. 111) a fin de cristalizar la nueva visión de justicia penal en la Carta fundamental³².

Las dificultades de aplicación del diseño concebido por los reformadores posee diversas causas, que son más profundas respecto a la dinámica que se acaba de describir. Se trata de razones que, por decir de alguna manera, se hallan fuera del código³³. En particular, ha sido la falta de una reforma paralela del ordenamiento jurídico lo que ha frenado la concreta y eficiente aplicación de los valores del sistema acusatorio. La imparcialidad del juez y la paridad entre acusador y defensa, por mucho que estén afirmadas y tuteladas admirablemente en los artículos del código, no podían no ser vulneradas en un sistema donde fiscal y juez son colegas que, durante su vida profesional, pueden ocupar indistintamente ambos roles, trabajando la mayoría de las veces en estrecho contacto en los mismos despachos. Son todas circunstancias en absoluto banales, y que por el contrario, son capaces de atenuar el carácter *adversary* del sistema³⁴.

En efecto, es una ilusión creer que en la “boutique” del derecho extranjero sea posible adquirir solamente algunos de los objetos disponibles en un determinado modelo: una importación parcial y aislada del sistema originario muchas veces puede no surtir los efectos esperados³⁵. Lo mismo ha sucedido en la experiencia italiana, en la

³⁰ Utiliza esta imagen M. DAMAŠKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, en 45 *Am. J. Comp. L.*, 1997, p. 849.

³¹ Cfr. M. PANZAVOLTA, *Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System*, en 30 *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.*, 2005, p. 577.

³² Analizan esta parábola evolutiva E. AMODIO, *The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy*, en 52 *Am. J. Comp. L.*, 2004, p. 489; E. GRANDE, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, en 48 *Am. J. Comp. L.*, 2000, p. 227; W. PIZZI – M. MONTAGNA, *The Battle To Establish An Adversarial Trial System In Italy*, en 25 *Mich. J. Int'l L.*, 2004, p. 429.

³³ Obviamente se tienen que considerar también razones sociológicas y culturales típicas de la sociedad italiana: D. NELKEN, *Telling Difference: Of Crime and Criminal Justice in Italy*, en *Contrasting Criminal Justice*, ed. por D. Nelken, Dartmouth, 2000, p. 233.

³⁴ Para esta opinión véase L. MARAFIOTI, *Italian Criminal Procedure: A System Caught Between Two Traditions*, en *Crime, Procedure and Evidence in Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, ed. por J. Jackson – M. Langer – P. Tillers, Oxford, 2008, p. 95.

³⁵ En este sentido, tratando los sistemas probatorios, M. DAMAŠKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, citado, p. 839. Véase también J. JACKSON, *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence, or Realignment?*, en 68

que el sistema de garantías de impronta acusatoria quizás habría tenido que estar acompañado por una atenuación del principio de obligatoriedad de la acción penal, que por su naturaleza introduce en el circuito judicial un amplio espectro de procedimientos que difícilmente se pueden gestionar, comportando un inaceptable alargamiento de los tiempos de la justicia³⁶.

Además, los juicios especiales, concebidos para que el debate sólo tenga lugar en los casos que requieran un examen realmente detallado, han resultado poco atractivos para los imputados que, incluso en presencia de fuertes pruebas de culpabilidad, prefieren correr el riesgo de ir a juicio, con la esperanza de que antes del tercer grado se verifique la prescripción del delito, configurada en Italia de forma completamente diferente de los sistemas acusatorios³⁷. El escaso acceso a la justicia negociada o acelerada, impide un eficaz funcionamiento del modelo acusatorio³⁸.

Otro elemento crítico ha sido la aparición a lo largo del tiempo de nuevas normas introducidas por el legislador sólo para los procesos relativos a la criminalidad organizada: progresivamente se ha ido formando una modalidad paralela de verificación de los hechos y de desarrollo de las investigaciones, menos garantista y desalineada con la filosofía de 1988. Por último, la parte civil y el sistema de impugnaciones son vestigios de la tradición continental (principalmente francesa) que no han dado una óptima prueba de compatibilidad con la elección acusatoria efectuada. Bajo otra perspectiva, el entusiasmo por el proceso *adversary* ha determinado de alguna forma una visión estereotipada del “desafío” entre acusador y defensa, resultando no tratar con debida consideración a otros sujetos presentes en la administración de la justicia, como por ejemplo a la víctima, más bien olvidada en el sistema de balance del código³⁹.

Un último aspecto se refiere al modelo de las medidas cautelares⁴⁰, no por nada objeto de continuas modificaciones en estos decenios (la última de 2013). El sistema – que debería haber otorgado un máximo valor a la presunción de inocencia –, a causa de

Mod. L. Rev., 2005, p. 737, quien destaca que los trasplantes legislativos a veces no tienen los efectos deseados, citando a Italia como ejemplo de ello.

³⁶ Un análisis comparativo a largo espectro es realizado por Y. MA, *Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective*, en *12 Int. Crim. Just. Rev.*, 2002, p. 40.

³⁷ N. BOARI, *On the Efficiency of Penal Systems; Several Lessons from the Italian Experience*, en *17 Int. Rev. Law & Econ.*, 1997, p. 115. Un aspecto que hay que tener en consideración es también el hecho de que el código penal, como se ha dicho antes, todavía es de 1930: aunque haya sido modificado y sea conforme a la Constitución, refleja obviamente una configuración de justicia penal no completamente alineada a la del Código de procedimiento penal de 1988.

³⁸ Así como G. ILLUMINATI, *The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, en *4 Wash. U. Glob. Stud. L. Rev.*, 2005, p. 567.

³⁹ M. CHIAVARIO, *The Rights of the Defendant and the Victim*, en *European Criminal Procedures*, citado, p. 543; L. LUPÀRIA, *Reflexiones sobre los estatutos de la víctima en el proceso penal italiano*, en *Revista de derechos fundamentales*, 2012, p. 99.

⁴⁰ G. DI CHIARA, *Italy*, en *Liberty and Security in Europe*, citado, p. 121.

la excesiva lentitud de los procesos⁴¹ y a la inadecuada comprensión del principio que exige la libertad como regla general mientras se espera el juicio, ha permanecido sideralmente distante a sus propios objetivos. En las cárceles italianas, casi la mitad de los detenidos está constituida por imputados, que muchas veces permanecen durante un periodo no razonable en la cárcel. Esta circunstancia, como es fácil comprender, ha provocado un desequilibrio también en el ordenamiento penitenciario, presentándose como principal causa de la saturación de las cárceles, cuestión que ha provocado recientemente una firme toma de posición por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos⁴².

4. El actual contexto de reforma en los procesos penales de Europa continental: entre convergencia, hibridación y particularismo.

Sin duda, no es sencillo intentar establecer las directrices de reforma hacia las que se están dirigiendo los sistemas procesales penales de un continente tan amplio y tan variado como es Europa. Sin embargo, como los grandes comparatistas del pasado nos han enseñado, si se sale del angosto laberinto de los “detalles” y se asume una cierta distancia en la observación, privilegiando un ángulo visual de amplio horizonte, se puede llegar a deducir algunas conclusiones.

En efecto, aun teniendo en cuenta la particularidad de cada una de las experiencias y de los riesgos que cada generalización comporta, no parece ser imprudente individualizar tres distintos fenómenos, a principios de este siglo, con el fin de caracterizar la línea de mutación de los procesos penales europeos.

En primer lugar, se observa un general movimiento de convergencia entre los modelos procesales actualmente presentes⁴³. Esta dinámica no se debe solamente a la cada vez más acentuada aproximación de los modos de hacer justicia en los Tribunales de todo el mundo, consecuencia de la incisión de la tradicional división entre los ordenamientos de *civil law* y *common law*, así como de la circulación de modelos

⁴¹ Italia ha sido varias veces sancionada: *Francesco Quattrone v. Italy*, 26 Noviembre 2013, n. 13431/07; *Gagliano Giorgi v. Italy*, 6 Marzo 2012, n. 23563/07; *Capone and Centrella v. Italy*, 16 Octubre 2007, n. 45836/99.

⁴² ECHR, *Torreggiani and others v. Italy*, 8 Enero 2013, números 43517/09, 46882/09, 55400/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

⁴³ M. DAMAŠKA, *Models of Criminal Procedure*, en 51 *Zbornik (Collected Papers of Zagreb Law School)*, 2001, p. 477; N. JORG - S. FIELD - C. BRANTS, *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, en *Criminal Justice in Europe*, ed. por P. Fennell - C. Harding - N. Jörg - B. Swart, Oxford, 1996, p. 41; J. PRADEL, *Introduction à un cours de procédure pénale comparée*, en *Problèmes actuels de science criminelle*, vol. XV, Aix-Marseille, 2002, p. 131; J. SPENCER, *French and English Criminal Procedure: A Brief Comparison*, en *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994, p. 33. Véase también los volúmenes *Les systèmes comparés de justice pénale: de la diversité au rapprochement*, Toulouse, 1988; *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness: Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, Internationales Kolloquium 8.-11. Mai 2002 auf Schloss Ringberg*, ed. por A. Eser - C. Rabenstein, Berlin, 2004; *The Convergence of Legal Systems in the 21st Century. General Reports / La convergence des systèmes juridiques au XXIème siècle. Rapports généraux (Congrès de Brisbane, 14-20 juillet 2002)*, ed. por G. A. Moens - R. Biffot, Bruxelles, 2006.

teóricos y legislativos en un debate doctrinal que ya no tiene límites. En realidad, la razón se tiene que buscar principalmente en el impulso procedente de la Unión Europea que, en los últimos años, ha adquirido un fuerte rol de referente en materia penal y que, a través de sus Directivas, obliga a los Estados miembros a adaptarse a los estándares procesales definidos a nivel central. Las recientes Directivas sobre la protección de las víctimas de los delitos⁴⁴, el derecho a la información en el proceso penal⁴⁵, la garantía de la asistencia lingüística para el acusado⁴⁶, el derecho al defensor⁴⁷, por citar algunas, constituyen un mosaico de principios procesales (compuesto además por las Decisiones marco, que hasta hace poco tiempo eran el instrumento predilecto en materia penal) que, inevitablemente, tienden a hacer converger los diferentes sistemas de justicia penal, al menos en lo que se refiere a algunos importantes aspectos.

Por otra parte, no se puede olvidar la tarea de alguna forma unificadora realizada por el Tribunal de Estrasburgo, que desde hace décadas guía a los Estados adherentes (siendo además un número mucho mayor del restringido círculo de miembros de la Unión Europea) hacia el respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con una operación que lenta e indirectamente determina la formación de un terreno común en sectores centrales de la justicia penal. Una acción que, con formas diferentes, incluso el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y en el marco de la UE, cumple actualmente.

Del mismo modo y siempre en el contexto de la Unión, nuevos escenarios apremian a los Estados hacia una tendencial convergencia. Si ya en el último decenio, el mutuo reconocimiento de las sentencias de los Estados de la Unión, la orden de detención europea y las primeras formas de circulación de las pruebas en el “espacio común”, habían creado un círculo virtuoso con el fin de favorecer la homogeneización de los valores procesales⁴⁸.

⁴⁴ Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo Diario Oficial de la Unión Europea, editada en la serie L del Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre 2012.

⁴⁵ Directiva 2012/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, editada en la serie L del Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de junio 2012.

⁴⁶ Directiva 2010/64/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, editada en la serie L del Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de octubre 2010.

⁴⁷ Directiva 2013/48/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, editada en la serie L del Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de noviembre 2013.

⁴⁸ Véase los volúmenes *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, ed. por A. de la Oliva Santos, Madrid, 2008; *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, ed. por C. Arangüena Fanego, Valladolid, 2007.

Actualmente la perspectiva de instauración de un Ministerio Público europeo sitúa en el centro del debate la exigencia de que los varios modelos procesales sean conjuntamente “compatibles” y que exista un profundo reconocimiento recíproco de los mismos por parte de los Estados. Cuando hacia finales de los años noventa del pasado siglo, un grupo de estudiosos coordinados por Mireille Delmas-Marty tuvo la idea, sugestiva, de hipotetizar la creación de este Órgano, redactando un interesante documento que con gran intrepidez se denominaba “Corpus juris”, pocos pensaban que ese proyecto pudiese encontrar un terreno fértil⁴⁹. En cambio, actualmente existe una base normativa en el Tratado de Lisboa, una voluntad política que ha permitido que un grupo de estudiosos de varias naciones haya preparado un “Model Rules for European Public Prosecutor Office” (Modelo de normas para la Fiscalía Europea)⁵⁰, que tratan de fundir las varias tradiciones, por ejemplo en materia de pruebas, medidas cautelares e instrumentos de investigación, con el fin de encontrar una síntesis a partir del encuentro – me atrevería a decir de la fusión– de casos muy diferentes entre sí.

Este último experimento introduce muy bien el otro fenómeno que, en mi opinión, es relevante para analizar las líneas de reforma de los ordenamientos procesales del viejo continente. Me refiero a la hibridación de muchos institutos contenidos en cada uno de los códigos de proceso penal europeos, que asumen estructuras y formas que no se pueden atribuir directamente a un arquetipo tradicional o que en todo caso han cambiado profundamente su código genético. Algo parecido a lo que los autores más perspicaces han notado que ha sucedido en la experiencia de los Tribunales penales internacionales, donde el enfrentamiento de culturas jurídicas y sensibilidades diferentes ha definido mecanismos procesales aparentemente sedimentados en algo que difícilmente se puede insertar en las categorías del pasado.

Pues bien, en un contexto que no se puede comparar, por razones sin duda diferentes, en Europa se asiste también a esta interesante manifestación. Más que el impulso representado por las disposiciones de la Unión, aquí entra en juego el papel de la doctrina y de los estudios comparativos. La continua búsqueda de soluciones procedentes de otros ordenamientos para llevar a cabo trasplantes que puedan sanar los males de uno u otro sistema, ha comportado a lo largo de los años importantes fenómenos de “imitación”, a menudo siguiendo una tendencia de momento. Éste ha sido el caso de la justicia penal negociada⁵¹, que como un huracán se ha abatido en esta parte del Atlántico, comportando que muchos sistemas experimenten y luego exporten los resultados a países vecinos. El mismo discurso vale, entre otros, para las alternativas al ejercicio de la acción penal, para la justicia restaurativa, y para el tratamiento de la prueba ilícita: el intercambio cruzado de conocimientos entre los

⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, J.A.E., VARVAELE, *Un derecho penal para Europa: Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, ed. por E. Bacigalupo - M.L. Silva Castaño, Madrid, 2004. Véase también L. LUPÁRIA, *Azione penale e pubblico ministero europeo*, en *Revista da Fundação escola superior do Ministério público do Distrito federal e territórios*, 2001, 18, p. 231.

⁵⁰ K. LIGETI, *Toward a Prosecutor for the European Union. I, A comparative analysis*, ed. por K. Ligeti, Hart, 2013.

⁵¹ Cfr M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, cit., p. 1.

procesos penales europeos, por muchos motivos no homogéneos entre sí (si se piensa en la actual distancia entre el sistema italiano y francés, por ejemplo) ha dado vida a formas procesales mixtas, que llevan en sí restos de la tradición inquisitiva, mezcladas con características propias de la cultura acusatoria o con paradigmas procesales típicos de otros países del continente.

Sin embargo, este horizonte de confluencias e hibridaciones se acompaña a instancias de conservación de algunos rasgos característicos de la civilización jurídica de cada Estado. Este es el tercer perfil a tener en cuenta. El proceso penal, entre todos los sectores de la legislación, es el que menos se presta fácilmente a mutaciones radicales, por el apego que cada pueblo en particular posee respecto de algunas formas de hacer justicia ante los Tribunales criminales: ciertas figuras (piénsese en el juez instructor o en el jurado), ciertos principios (del íntimo convencimiento a la libertad de la prueba), ciertos institutos (el ejercicio privado de la acción penal o la constitución de la parte civil) no son sólo expresión de un modelo procesal sino que, por el contrario, tienen una transcendencia simbólica para un determinado pueblo, suponiendo una bien asentada base cultural en las consciencias, aspectos definidos en la convivencia civil que no se prestan a cambios aleatorios.

Estas formas de “particularismo” procesal, que se pueden constatar perfectamente en las fuertes resistencias de ciertos países (no solamente en el Reino Unido) con respecto a algunas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos o a específicas disposiciones de la Unión, no deben considerarse de por sí en un sentido negativo. La “belleza de la diversidad” es un valor que desde siempre goza de una fundamental importancia en el derecho comparado⁵²: al igual como la biodiversidad constituye en el mundo natural una forma de enriquecimiento en su conjunto, la conservación de algunos rasgos peculiares en el interior de la tradición procesal de un país configura la linfa vital para la confrontación científica de la fenomenología del proceso e impide formas de excesiva simplificación (o disminución) de un fenómeno tan complejo – desde una perspectiva técnica, cultural y ética – como es la justicia penal. Seguramente, esta indisponibilidad para cambiar ciertos aspectos de un sistema, no puede formar parte de algunos análisis de las líneas de reforma europea actuales, de lo contrario ciertos procesos de convergencia no simétrica o atípica no se podrían explicar.

5. Puntos centrales del debate procesal europeo.

Después de haber delineado estos tres factores de contexto, quizás pueda ser útil perfilar brevemente algunas líneas de reforma que se distinguen dentro del

⁵² T. ARMENTA DEU – L. LUPÁRIA – R. NUNEZ – R. PARIZOT – D. PASTOR – D. RAMIREZ CARVAJAL – A. SCARANCE – E. SARRABAYROUSE, *Consenso de Ushuaia. Acerca del aporte de la doctrina académica al movimiento de reforma del derecho procesal penal*, en *Reflexiones sobre el proceso penal. Una perspectiva comparada*, Medellín, 2011, p. 8: “La reforma del derecho procesal penal deberá tender a la armonización, según estándares internacionales homogéneos, pero sin que se perjudique la riqueza de los particularismos”.

conjunto de los intentos de innovación europeos. Nos concentraremos en los países de la Europa continental, dejando fuera del análisis a Inglaterra que, obviamente, meritariamente un examen separado. Quisiera proponer algunos ejemplos que puedan dar una rápida idea de las directrices, sin entrar en los detalles, y que seguramente sería necesario investigar en un marco más razonado y analítico.

El primer elemento que debe tenerse en cuenta es la crisis del juez instructor. El país que aúna su propia experiencia procesal indisolublemente a dicha figura, Francia, ha llegado incluso al punto de poner en discusión algo que jamás se habría pensado cuestionar. Por mucho que parezca una hipótesis superada (por ahora), las Comisiones de estudio y ministeriales de 2009, han sondeado seriamente la supresión de dicha figura de juez⁵³. De la misma forma, en España el debate se ha agudizado y las pruebas pueden encontrarse en el actual borrador de código de procedimiento penal⁵⁴, que finalmente tendría que sustituir la demasiado vieja ley de enjuiciamiento criminal del siglo XIX (en este texto de Anteproyecto, se entrega la Instrucción al Fiscal)⁵⁵.

La falta de una toma de decisión final, en línea con todos los países europeos que han repudiado a dicho sujeto procesal (entre otros, Alemania en 1975, Suiza en 2011 e Italia en 1989) se debe, más que nada, a la regulación orgánica que estos sistemas prevén para ministerio público. En efecto, estos sistemas, ubican al ministerio público en una relación demasiado próxima con el ejecutivo⁵⁶, lo que lleva a concebirlo como una figura poco “sólida” para asumir toda la carga de la fase previa del proceso penal⁵⁷. El temor, la mayor parte de las veces fundado, de contar con un sujeto demasiado expuesto a presiones políticas, sobre todo si se contempla un régimen discrecional del ejercicio de la acción penal, frena a los reformadores a dar un paso que de otro lado comienza a ser considerado como correcto.

Hay que decir que, paralelamente a esta parábola descendente, se verifica otro fenómeno que si bien no parece relacionado con el primero, es un directo corolario del mismo. Me refiero al gran éxito, en el panorama comparativo continental, de un juez dedicado a una función de garante en la fase preparatoria, encargado de decidir sobre las cuestiones relativas a la limitación de la libertad personal, los instrumentos de investigación invasivos o eventuales contravenciones de valores constitucionales y de controlar el trabajo de los encargados de llevar a cabo la investigación preliminar. Sea

⁵³ S. GLEBB – J. LEBLOIS-HAPPE – C. MAURO – F. MESSNER – V. MURSCHEZ, *Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès*, en *La réforme du Code pénale et du Code de procédure pénale. Opinio Doctorum*, Paris, 2009, p. 203.

⁵⁴ J. L. ROGRÍGUEZ LAINZ, *Los juicios rápidos en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal*, en *Diario La Ley*, 2014, n. 8229.

⁵⁵ En el actual debate español sobre el mantenimiento o no del juez instructor, el código italiano es a menudo citado en doctrina como ejemplo positivo a imitar: J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *Modelo y propuestas para el proceso penal español*, Sevilla, 2012, p. 11.

⁵⁶ G. CLEMENT, *Les métamorphoses du ministère public en matière pénale*, en *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 273; M. GIRARD, *L'indépendance du ministère public*, Toulouse, 1998; M.-L. RASSAT, *Le ministère public. Entre son passé et son avenir*, Paris, 1975.

⁵⁷ L. LUPARIA, *La police judiciaire dans le procès pénal italien : questions anciennes et scénarios inédits*, in *Archives de politique criminelle*, 2011, p. 163.

que se llame “juge de liberté” o “*giudice per le indagini preliminari*”, esta figura parece destinada a una continua propagación, incluso en los Países en los que todavía no se prevé su presencia.

Ahora trataremos el tema de los cánones para el ejercicio de la acción penal. Hay que terminar con la rígida dicotomía, en virtud de la cual los ordenamientos europeos deben dividirse en dos contrapuestas familias, una primera relacionada al principio de estricta obligatoriedad de la acción penal y una segunda fiel al canon de discrecionalidad de la misma. Sin querer negar aquí la utilidad ilustrativa y didascálica de una similar rigurosa distinción, es preciso destacar que tal especie de visión maniquea del marco procesal europeo, ya no se puede compartir⁵⁸.

De hecho, los países que prevén, aunque con diversa intensidad, el ejercicio obligatorio de la acción penal, impulsados por la común búsqueda de un adecuado equilibrio entre exigencias deflacionarias y principio de igualdad, hoy demuestran una apertura cada vez mayor hacia ámbitos de discrecionalidad. Por otra parte, los ordenamientos que tradicionalmente se han mantenido más distantes al canon de obligatoriedad de la acción, moderan continuamente los espacios discrecionales concedidos a la acción del ministerio público.

La reducción de los márgenes discrecionales en los ordenamientos que por regla habían adoptado dicho canon, ha operado desde tres perspectivas: una progresiva regulación de las decisiones del órgano persecutor, a través de una compleja red de directivas jerárquicas que garantizan uniformidad en la gestión de la acción penal; un reforzamiento de la tutela de las víctimas en relación con los delitos que, por su trivial naturaleza, en la práctica eran objeto de archivo; un gradual reforzamiento de los instrumentos de control en la inactividad del ministerio público.

La exigencia de tutelar al ciudadano frente a la inercia y el anquilosamiento connaturales de una gestión discrecional del ente acusador ha impulsado a los sistemas a prever formas de control cada vez más precisas. Del mismo modo, los ordenamientos que contemplan la obligatoriedad en el ejercicio de la acción deberían propender a morigerar la rigidez del modelo, ya que el mismo dota de menor eficiencia al aparato judicial y da lugar a una progresiva consolidación de normas discrecionales “ocultas” que escapan a las redes de los mecanismos de control.

El intento de idear un antídoto a la excesiva carga que pesa sobre el circuito judicial, es un *leitmotiv* tradicionalmente presente en todos los ordenamientos europeos de acción obligatoria, que sólo en estos últimos años se ha traducido en soluciones concretas. En efecto, entre los diferentes sistemas solamente el alemán posee una amplia base en materia de equilibrio entre *Legalität* y *Opportunität*, mientras que los otros ordenamientos – piénsese en España y en Italia – se han asomado sólo recientemente a la perspectiva de introducir aperturas discrecionales.

Otro tema muy actual es el relacionado con la regulación de la figura de la víctima en el proceso penal. Tras los impulsos de disposiciones europeas (Decisión

⁵⁸ T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcellona, 1991.

marco 220/2001 y Directiva 29/2012)⁵⁹ la figura de la víctima que en muchos sistemas se ha arrinconado, empieza a adquirir espacio, no solamente bajo el perfil de los instrumentos de protección, sino también bajo el de los poderes de impulso y estímulo⁶⁰. Más allá de estas “presiones” de la Unión, ya Francia, con una fundamental reforma del año 2000, había reforzado la salvaguardia de los derechos de las víctimas en equilibrio con las garantías del imputado, presentándose actualmente a la vanguardia en las dinámicas prácticas de tutela, gracias a institutos tales como el *judge délégué aux victimes* y los *bureaux des victimes*. España, caracterizada por la figura del acusador particular y por la consolidada atención al tema de la violencia de género⁶¹, ha aprobado el borrador de un estatuto ad hoc para la víctima con el fin de atribuirle una posición sistemática bien definida. En cambio, otros sistemas, sobre todo Italia, por predilección cultural, conciben un juicio *adversary* centrado en la puesta en escena de solo dos sujetos, acusador y acusado, con la consecuencia de dejar a los demás, en primer lugar a la víctima, en un papel secundario como espectadores⁶². Sugestivamente, tomando prestada la aguda similitud ofrecida por una comparatista⁶³, podríamos afirmar que se ha llegado a una lectura del proceso acusatorio como si fuera una danza reservada sólo a dos sujetos, olvidando de esta forma que un proceso justo resulta más parecido a un baile colectivo, en el que se tratan también los intereses de sujetos diferentes, en especial testigos y víctimas.

En realidad, la Directiva sólo quiere decirnos que un proceso penal únicamente puede considerarse justo cuando representa una correcta dosificación de equilibrio entre los diferentes intereses en juego, entre los cuales, sin duda, se encuentra la previsión de instancias de participación de la persona ofendida. Con todo, es obvio que no pretende propugnar que los sistemas europeos contemplen un excesivo desequilibrio hacia el sujeto pasivo, toda vez que son bien conocidos los riesgos colaterales de distorsión de todo el sistema sustancial y procesal.

Sobre este punto, podemos recordar, entre muchas de ellas, precisamente las experiencias latinoamericanas, donde con el apelativo de “neo-punitivismo”⁶⁴ se suele denominar precisamente a la excesiva polarización del proceso hacia la satisfacción de las víctimas a través de una actividad jurisdiccional que termina por buscar un

⁵⁹ T. ARMENTA DEU - L. LUPARIA, *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili. Working paper sull'attuazione della Decisione quadro 2001/220/GAI in Italia e Spagna*, Milano, 2011.

⁶⁰ Véase el volumen *La victime sur la scène pénale en Europe*, ed. por G. Giudicelli-Delage - C. Lazerges, Paris, 2008.

⁶¹ J. BURGOS LADRON DE GUEVARA, *La violencia de genero: aspectos penales y procesales*, Sevilla, 2007; A. M. SANZ HERMIDA, *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Madrid, 2009; EAD., *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Valencia, 2008.

⁶² S. ALLEGREZZA - H. BELLUTA - M. GIALUZ - L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012.

⁶³ E. GRANDE, *Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth, in Crime, Procedure and Evidence in Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, citado, p. 145.

⁶⁴ D. PASTOR, *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008.

culpable a toda costa⁶⁵. Se trataría de una mutación de la finalidad propia del juicio, sintéticamente diseñada para obtener verdades en alguna medida satisfactoria para la paz social, la que resultaría doblegada en razón del dolor de las víctimas. Desde la óptica del derecho penal sustancial, la sobre protección de la persona afectada por el delito pone en riesgo y en discusión el concepto de pena en sí mismo, sometido a una dinámica de “privatización”, donde la sanción asumiría las características de reparación de la sed de venganza de la víctima del delito. Por otra parte, se conocen los efectos de la participación de la víctima en la fase del *sentencing* norteamericana: después de haber escuchado la “voz” de la familia del asesinado, se ha registrado un aumento exponencial de las condenas a la pena capital. Además, los *victim impact statements* se han convertido en uno de los elementos esenciales para decidir la entidad de la pena o la eventual liberación anticipada bajo el régimen de libertad vigilada por parte del *Parole board*. Esta inclinación a sobreponer al plano de la sanción estatal la de los intereses privados de la víctima empieza a emerger también en Europa, como demuestra el caso español Gueye y Sánchez, que ha creado una cuestión prejudicial en el Tribunal de Justicia. En este asunto, un Tribunal ibérico había condenado a un hombre por maltratamientos en familia con relación a su compañera y, al mismo tiempo, había dispuesto en su contra la medida de prohibición de aproximarse a la víctima. Sin embargo, después de la sentencia, el autor del delito había vuelto a convivir por expreso deseo de la mujer, de forma que volvió a ser condenado, esta vez por la transgresión de la medida impuesta. Consecuentemente el Tribunal tuvo que expresarse sobre la compatibilidad, respecto a las fuentes comunitarias, de una obligatoria adopción de las medidas de alejamiento en el caso de que las mismas víctimas se opusiesen a ello. La singularidad del asunto corre el riesgo de abrir una brecha en la tradicional concepción de la pena, pudiendo esta tipología de sanción parecer casi exclusivamente establecida para la tutela del familiar maltratado. Sin embargo, los Jueces de Luxemburgo han aclarado, en mi opinión correctamente, que, a pesar de que la legislación de la Unión tenga como objetivo asegurar que la víctima pueda participar en el procedimiento penal de forma adecuada, esto no implica que una medida de alejamiento obligatoria no pueda ser pronunciada contra su parecer: el derecho de las personas ofendidas de ser escuchadas y tomadas en consideración por el juez, no puede convertirse en un poder de las mismas para condicionar directamente la pretensión punitiva del Estado, casi como si las sanciones se entregasen directamente en sus manos⁶⁶.

⁶⁵ E. A. DONNA, *Las palabras, los hechos y la víctima en el Derecho argentino*, en *La víctima menor de edad (Uno estudio comparado Europa-América)*, ed. por T. Armenta Deu, S. Oromí Vall-Llovera, Madrid, 2010, p. 419; A. NANZER, *La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo*, en *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, ed. por D. Pastor, Buenos Aires, 2009, p. 353; M. PÉREZ MARÍN, *La participación de las víctimas en el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *La víctima menor de edad (Uno estudio comparado Europa-América)*, citado, p. 485; D.M. RAMÍREZ CARVAJAL, *La protección de la víctima en el ordenamiento jurídico colombiano*, *ibidem*, p. 439.

⁶⁶ Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), *Magatte Gueye y Valentín Salmerón Sánchez*, 15 de septiembre de 2011, números C-483/09 y C-1/10.

Un modelo *victim-oriented* comporta el peligro de un desequilibrio sistemático, incluso de naturaleza sustancial, y de una puesta en discusión de las garantías históricamente establecidas a favor del que es – y tiene que seguir siéndolo – el protagonista del juicio penal, el imputado. Si por consiguiente la nueva “idea de víctima” patrocinada por la Directiva impone que la persona ofendida se incluya de forma más incisiva y neta entre los protagonistas del rito penal, será necesario vigilar para que se eviten perniciosos sacrificios de los derechos fundamentales de la persona acusada. Sería paradójico que una intervención tan importante, que en el fondo requiere solamente soluciones normativas equilibradas y razonables⁶⁷, terminase con provocar una visión “víctimo-céntrica” y un desmoronamiento de los pocos sólidos pilares que todavía rigen los diferentes procesos penales europeos.

Una última tendencia que quisiera evidenciar es la expansión infrenable de los procedimientos acelerados y de las formas de valorización de la negociación entre las partes, o en cualquier modo, del consenso del acusado⁶⁸. Si el “*patteggiamento*” italiano ha sido un instituto detonante en la parábola histórica del proceso penal europeo, no puede concebirse, como se ha afirmado también en otros Estados, como un mecanismo procesal que despoja al juez (o lo sustrae parcialmente) de su función cognitiva, disminuyendo el alcance epistémico del juicio penal. “*Conformidad*” española, “*plaider coupable*” francés, “*absprachen*” alemán, son todas cuñas de un único mosaico. El sobrecalentamiento de la máquina judicial, el fortalecimiento de los poderes de las partes, la flexibilización del procedimiento por delitos menos graves han hecho del juez continental un “homologador” de acuerdos, más que investigador de la verdad material propio de la tradición continental. Ciertamente no es posible simplificar excesivamente, ya que incluso al interior de la justicia negociada se vislumbran grandes diferencias. Basta pensar en la reglamentación italiana, donde el *patteggiamento* aparece más bien similar a un “*nolo contendere*”⁶⁹ que una negociación sobre la admisión de responsabilidad. Se trata de un enfoque bien diverso al adoptado por otros Estados, donde la negociación tiene lugar a través de un reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado.

6. Algunos comentarios sobre el ministerio público europeo.

El 17 de julio de 2013, la Comisión europea presentó su proyecto para la institución del European Public Prosecutor Office (Ministerio Fiscal Europeo), fruto de

⁶⁷ M. MARTÍN RÍOS, *Víctima y justicia penal. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 2012.

⁶⁸ J. PRADEL, *A vontade do autor da infracção na decisão sobre a dedução da acusação. Aspectos do direito francês*, en *Revista portuguesa de ciência criminal*, 2005, p. 73.

⁶⁹ C. BURNETT, *Nolo Contendere: Efficient or Effective Administration of Justice?*, in 23 *Crim. Law. Bull.*, 1987, p. 117 ss.; F. L. FORSYTH, *A Plea for Nolo Contendere in the Canadian Criminal Justice System*, in 40 *Crim. L. Quart.*, 1997, p. 243 ss.; P. W. HEALEY, *The Nature and Consequences of the Plea of Nolo Contendere*, in *Nebr. Law. Rev.*, 1954, p. 433 ss.; R. E. SCOTT - W. J. STUNZ, *Plea Bargaining as Contract*, in 101 *Yale L. J.*, 1992, p. 1909 ss.

un proyecto anunciado en el Plan de acción presentado en el 2012 por la Comisión de aplicación del Programa de Estocolmo⁷⁰.

En efecto, el artículo 86, apartado 1 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), prevé la posibilidad de «instituir una Fiscalía europea a partir de Eurojust», al cual asignar la tarea de «investigar, procesar y llevar ante los tribunales, eventualmente en colaboración con Europol, a los autores de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión» y ejercitar «la acción penal para dichos delitos ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros» (artículo 86, apartado 2 del TFUE), destinada en una fase sucesiva a ampliar ulteriormente su esfera de acción «a la lucha contra la delincuencia grave que presenta una dimensión transnacional» (artículo 86, apartado 4 del TFUE).

La Fiscalía Europea se presenta como un organismo con una estructura descentralizada pero jerárquica, constituida por el European Public Prosecutor (Fiscal Europeo) que dirige las actividades de investigación y organiza el trabajo de la oficina contando con la colaboración de cuatro Deputies (Fiscales) y por los Delegates (Fiscales Delegados) que actúan en cada uno de los Estados con la tarea de llevar a cabo las investigaciones y ejercer, si fuera necesario, la acción penal.

Por lo que se refiere a los Delegates, se ha adoptado el criterio del *doublehat* ('doblesombrero'), de modo que estos – colocados en el ámbito de las Fiscalías nacionales – desempeñen al mismo tiempo funciones investigativas y de acusación internas y supranacionales, actuando en este último caso por cuenta y bajo la dirección del Fiscal europeo. Los perfiles más innovadores de la propuesta residen, sin duda, en la posibilidad de ejercer la acción directamente ante los jueces nacionales competentes de los Estados miembros (artículo 27), ordenar el archivo *motu proprio* en los casos previstos por el artículo 28 (entre los cuales resalta, por sus amplios márgenes de discrecionalidad, la falta de pruebas pertinentes) y llegar a un compromiso (*transaction*) que evoca formas de justicia negociada mediante la propuesta al acusado por parte de la Fiscalía europea, previo resarcimiento del daño, de una sanción pecuniaria unitaria, cuyo pago comporta el definitivo archivo del caso.

Con una importante afirmación de principio, se prevé que las actividades de la Fiscalía europea se lleven a cabo «en el pleno respeto de los derechos de los acusados establecidos por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular el derecho a un juez imparcial y los derechos de la defensa» (artículo 32 apartado 1)⁷¹.

⁷⁰ Sobre el Ministerio público europeo véase, en doctrina, J. DE MIGUEL ZARAGOZA, *Hacia un Ministerio Público Europeo*, en *La modernización de la justicia en España: 4,5 y 6 de septiembre de 2001*, Ministerio de justicia, 2003, p. 219; R. MORÁN MARTÍNEZ, *European Public Prosecutors Working Group Conclusions*, Fiscalía General del Estado, 2009; J. VERVAELE, *From Eurojust to the European Prosecution Service in the European Judicial Area. The Beginning of a European Criminal Procedural Law?*, en *The future European prosecutor's office*, ed. por A. Espina Ramos - I. Vicente Carbajosa, Madrid, 2009, p. 125; M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office. Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Antwerp, 2011.

⁷¹ K. LIGETI - M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, en *New Journal of EU Criminal Law*, vol. 4, 2013, p. 21.

En concreto, se reconocen – como paquete de ‘garantías mínimas’ – el derecho a la interpretación y a la traducción (explicitado por la Directiva 2010/64/UE), el derecho a la información y el derecho de acceso a la documentación relativa a la investigación (contenido en la Directiva 2012/13/UE), el derecho de acceso a un defensor y el derecho de comunicar e informar a terceros en caso de detención (regulado por la Directiva 2013/48/UE), el derecho al silencio y el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al patrocinio a cargo del Estado y el derecho de presentar pruebas y de solicitar el nombramiento de expertos y la audición de testigos (artículo 32 apartado 2).

7. Consideraciones finales.

Efectuada esta breve, y necesariamente incompleta, panorámica de los movimientos de reforma en Europa, quisiera volver, para finalizar el presente trabajo, a algunas consideraciones sobre el código italiano.

No es fácil efectuar un balance entre las grandes aspiraciones de los reformadores y los resultados finales de la introducción del nuevo código. Seguramente, la construcción general del sistema parece ser aún hoy de extrema calidad por lo que se refiere a los detalles y la coordinación de cada una de las partes, y por poseer una extrema claridad de lenguaje y de orden lógico⁷².

Cada una de las soluciones, como ya se ha señalado, tienen también un gran mérito y son (y han sido) objeto de exportación, como modelos, en los estudios comparativos y en las comisiones de reforma de todo el mundo (del incidente probatorio a el patteggiamento, del juicio abreviado al juez de las investigaciones preliminares, por poner algún ejemplo)⁷³.

Sin duda, el valor de una codificación debe medirse por su grado de eficiencia en la prosecución de los fines de la justicia penal, esto es, por una parte evitar la

⁷² Observa, por ejemplo, «*the Code of Criminal Procedure of 1988 is (...) a thing of beauty. It is logically arranged and clearly written. And in consequence, it enables anyone who can read the language, even imperfectly, to discover without difficulty how Italian procedure operates*», J. SPENCER, *The Codification of Criminal Procedure*, in *Essays in Criminal Law. In Honour of Sir Gerald Gordon*, G. Chalmers – F. Leverick – L. Farmer (ed.), Edinburgh, 2010, p. 310.

⁷³ Pueden consultarse los siguientes artículos: V. KHATUAEVA, “*Plea Agreement*” in *Foreign and Russian Criminal Procedure Law: Comparative Analysis*, en 18 *Middle-East J. Sc. Res.*, 2013, p. 1402; P. PIKAMÄE, *Italian Criminal Procedure as a Possible Model for Reforming Estonian Criminal Procedure*, en *Juridica*, 1999, II, p. 82; R. STRANG, “*More Adversarial, but not Completely Adversarial*”: *Reforms of the Indonesian Criminal Procedure Code*, en 32 *Fordham Int. L. J.*, 2008, espec. p. 217; T. WEIGEND, *Reform Proposal on Dutch Criminal Procedure. A German Perspective*, en *The Reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective*, ed. por M. Groenhuisjen – T. Kooijmans, Leiden, 2012, p. 160. Vale la pena recordar que las Comisiones de estudio chinas también mostraron interés en el código italiano en vistas a su primera reforma sistemática de 1996: M. CUI, *Several Debated Issues During the Discussions on the Revision of the Criminal of the Criminal Procedure Law*, en *Gongan Daxue Xuebao (Police University Academic Journal)*, 1995, p. 64; S. LIU – T. HALLIDAY, *Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China’s Criminal Procedure Law*, en 34 *Law & Soc. Inq.*, 2009, espec. p. 919; L. LUPÁRIA, *Quelques réflexions d’un observateur européen sur le procès pénal chinois*, en *Cahiers de défense sociale*, 2006, p. 123.

condena de personas inocentes, y por otra obtener la condena en tiempos razonables de las personas reconocidas culpables. En efecto, teniendo en cuenta este último extremo, la evaluación no parece ser del todo positiva. Sin embargo, como ya he tenido ocasión de señalar, las causas de tales resultados obedecen a factores externos al código y a su poca elasticidad respecto a las presiones procedentes de la vida judicial⁷⁴. Siendo un código construido “en laboratorio” y no inspirado por la práctica, el modelo italiano ha demostrado poder funcionar correctamente cuando sus elementos permanecen en equilibrio, esto es, cuando, los ingredientes de la mezcla no se adulteran. En caso contrario, no cuenta con anticuerpos, terminando por degenerar de forma acentuada, como ha sucedido en parte.

De todas formas, se trata de un código todavía “vivo”, que opera cada día en las aulas de justicia y que, a pesar de las adversidades de estos primeros veinticinco años, ha mantenido firmemente su nota característica de proyecto revolucionario en un sector, el del proceso penal, en el que es extremadamente difícil efectuar reformas radicales⁷⁵. El sueño de implantar en la Europa continental un modelo acusatorio no parece haber sido en vano y corresponderá a las nuevas generaciones, que no han vivido un pasado inquisitivo, concretar el ímpetu del ideal que fue perseguido por los juristas de finales del siglo pasado.

⁷⁴ Uno de los padres de la reforma, Ennio Amodio, se ha referido – como es lógico – a la “frágil perfección” del Código recientemente establecido (*Introducción*, Conferencia Nacional de Profesores de Derecho Procesal Penal, Trento, 11 de septiembre de 2013, *paper*).

⁷⁵ S. FIELD, *Fair Trial and Procedural Tradition in Europe*, en 29 *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2009, p. 365; J. JACKSON, *Playing the Culture Card in Resisting Cross-Jurisdictional Transplants*, en 5 *Cardozo J. Int. Comp. L.*, 1997, p. 51; P.J. SCHWIKKARD, *Convergence, Appropriate Fit and Values in Criminal Process*, en *Innovations in Evidence and Proof*, ed. por P. Roberts – M. Redmayne, Oxford, 2007, p. 331.