

GIAN CARLO CASELLI, ELVIO FASSONE, VITTORIO GREVI, ANTONIO INGROIA, MARCELLO MADDALENA, GIULIANO TURONE: «*Processo Penale e Criminalità Organizzata*» A cura di Vittorio Grevi, Editori Laterza, Bari, 1993.

El nuevo Proceso Penal Italiano nacido el 24 de octubre de 1989, es según la doctrina modelo de equilibrio entre las garantías de defensa y el interés público en la investigación penal, entre la instrucción y los derechos inalienables de la persona humana. Un sistema mixto entre un modelo netamente instructorio o acusatorio con instituciones armónicas sobre los intereses contrapuestos en juego salvaguardando en todo momento el principio acusatorio: la neta distinción entre los papeles del Juez y del Ministerio Público en cada una de las fases del proceso, el doble «fascículo» o expediente del Ministerio Fiscal y del Juez contribuyendo a la imparcialidad e independencia del órgano juzgador, la configuración del Ministerio Fiscal, la fase intermedia y los procesos especiales que contribuyen al adecuado equilibrio entre el principio de oportunidad y el de legalidad, la salvaguarda en todo momento de la neta oralidad y el debate contradictorio en la formación de la prueba.

Junto a ello las exigencias de la lucha contra el crimen organizado han hecho patente las disfunciones de dicho Código para la operatividad de dichos procesos. De este modo aparece una cierta diversificación de la disciplina en los procesos de criminalidad organizada para adecuar

el código a los procesos de dicha indudable y específica delincuencia. El delicado equilibrio entre los derechos a la libertad y las exigencias de defensa social vuelve a patentizarse una vez más. Ciertos autores hablaban de una ruptura de los tradicionales esquemas del Derecho Procesal Italiano (ciudadanos bajo sospecha, medidas de prevención, resoluciones judiciales provisionales) a partir de las leyes «Anti-Mafia», sobre todo a partir de la ley 646/82, que aseguraban un retorno a instituciones de corte inquisitivo. Sin llegar a dicho extremo cabe decir que dichas leyes han producido una mutación en la fisonomía del Código Procesal Penal Italiano. La experiencia judicial en los delitos de criminalidad organizada, los famosos «maxiprocesos», la violencia sufrida por el Estado Italiano han hecho surgir dicha legislación de urgencia.

La criminalidad organizada, por su enorme capacidad económica, supone un peligro potencial para el Estado de Derecho. No sólo para las naciones con las tradicionales organizaciones delictivas (Mafia, Camorra, Cáteles colombianos). La unificación europea y la mundialización de la economía han puesto de relieve su carácter transnacional sin que ningún país quede a salvo de la misma. El sistema político y social italiano nos muestra su capacidad de simbiosis en el tejido social, las oscuras connivencias e introducción del crimen organizado en el sistema económico y el Poder Político. Ello ha erosionado la propia esencia y función del Estado. En las investigaciones de los Fiscales de las «Manos Limpias», mayoritariamente circunscrita a Milán, se nos muestra la instauración de un sistema

institucionalizado de acceso a los recursos públicos, por parte de los partidos políticos a través de empresas mediante la concesión de los contratos de estado, sea mediante el pago de comisiones o «tangentes» o a través de testaferros. Sin embargo, en Nápoles y Palermo, en dicha connivencia interviene el Crimen Organizado, controlando las empresas concurrentes a los contratos del Estado, mediante la violencia, el control electoral de ciertas capas de población o la corrupción, otorgando a su vez la obtención de protección e impunidad contra eventuales acciones judiciales para el Poder Político y sus empresas protegidas¹. Dicha relación es patente igualmente en Alemania lugar en el que se debe afrontar la lucha contra la criminalidad organizada extendida en parte por las tensiones y conflictos derivados de la inmigración y su unificación nacional. Por otro lado había sido infravalorada la capacidad de dichas organizaciones para su penetración en el tejido social y el economía lícita². Por ello la Doctrina Penal había indicado la conveniencia de que en la Ley Alemana sobre Criminalidad Organizada de 1992 (Orgkg) se hubiesen incluido los diversos tipos penales sobre la corrupción, de enorme importancia en la lucha contra dicha criminalidad pues la corrupción es el «vehículo», el «humus» o la vía de acceso

para su introducción en el sistema social³. Desaparecida la legalidad, el grupo más fuerte sin importar los medios utilizados será el beneficiario de la corrupción. Desde una perspectiva procesal ambas tienen una característica en común que afecta a su régimen. Si la criminalidad organizada ha elaborado una cultura moderna y cínica para no dejar las huellas de delito o hacerlas desaparecer convirtiendo en Ciencia ese empeño, en los delitos de corrupción se reproduce el esquema de la «criminalidad sin víctimas», la impunidad de estos delitos debido a sus dificultades probatorias. La falta de denuncias, los pactos de silencio o la complicidad tácita entre corruptor y corrompido, así como la posibilidad y rapidez de reacción por parte de la autoridad corrompida de borrar las huellas del delito⁴.

Por otra parte la experiencia judicial italiana, nos evidencia el peligro de la «Judicialización» de un país, así como los límites del derecho Penal y del Poder Judicial para combatir esta criminalidad. En primer lugar, la enorme dificultad de investigar dicha criminalidad en la sede del proceso. Los largos plazos necesarios y su enorme complejidad pueden llevar a bloquear el sistema judicial, y dada la trascendencia de los mismos, afectar al resto de los asun-

¹ Cfr. Ernesto O. SAVONA «Oltre el Diritto Penale. Note in materi di Lotta alla corruzione», *Politica del Diritto*, Vol. XXVI, n. 4, diciembre 1995.

² Mario G. LOSANO: «Pecunia nervus rerum: Quale Corruzione in Germania»; *Teoría Política*, Anno X, n. 2/1994, pp. 32 y ss.

³ Klaus LANG: «Korruption-Pestilenz unserer Tage», en *Kriminalistik*, 1993, n. 6, pp. 363-366, cit. in Mario G. Losano, «Pecunia nervus rerum:...», op. cit., p. 31.

⁴ Cfr. Mario LOSANO, «Pecunia nervus rerum:...»; op. cit., p. 31.

tos «ordinarios». Tampoco son adecuados para el normal funcionamiento de las instituciones, generando un temor que puede paralizar su funcionamiento, quedando la Administración Pública bajo sospecha. Sin embargo han tenido un efecto positivo, siendo enormemente efectivos para que la opinión pública haya tomado conciencia de la extensión y profundidad tanto del Crimen Organizado como de la corrupción y se haya creado una opinión mayoritaria para un cambio institucional. A su vez el valor simbólico de dichos procesos ⁵ conduce fácilmente a una manipulación política, aislando dichas conductas de su contexto. Estos casi siempre nacen en una consentida quiebra de legalidad, muchas veces por un exceso de voluntarismo del legislador, sin tener en cuenta la realidad social a la que tiende a regular. Por ello la lucha contra dicha criminalidad debe realizarse fuera del proceso, en los distintos factores criminógenos. Así la lucha contra la criminalidad organizada comienza con una política global para eliminar cualquier ámbito de segregación, restituyendo a las Instituciones sus funciones propias, que sólo cabe realizar mediante una «revolución cívica», creando una opinión pública contra todo tipo de favoritismos, clientelismos y privilegios ⁶. Este clima de respeto a la

legalidad, incluye medidas más amplias dependiendo del sistema político y social. Reformas en la Administración Pública para lograr el equilibrio entre la discrecionalidad y la responsabilidad de las funciones públicas, un sistema de incentivos económicos adecuados y de promoción profesional favorables a ello, una legislación exquisita en sectores sensibles como los contratos del Estado y la regulación urbanística, un amplio debate sobre la intervención estatal en la actividad económica, así como sistemas de control de sectores sometidos a desreglamentación estatal. Todo ello teniendo en cuenta los factores extrajurídicos o culturales: su ética pública, sus condiciones sociales, políticas, económicas.

No cabe sin embargo obviar, que en estos delitos el proceso ha de ser igualmente eficiente para asegurar la constatación de los hechos y las presuntas responsabilidades. Se debe producir una adaptación normativa a las dificultades de prueba de estos delitos, a la elevada complejidad de las investigaciones y a la turbación fraudulenta de las reglas de la actividad procesal. Los maxiprocesos, los atentados mafiosos causaron una gran conmoción pública y concienciación al mundo jurídico de las indudables peculiaridades objetivas y subjetivas del crimen organizado, que impedía al Ordenamiento procesal dar una adecuada respuesta siguiendo las normas del Código Procesal Penal. Así surge una normativa diferenciada con previsiones derogatorias y normas para evitar el fraude de ley procesal en determinadas situaciones típicas, que permitiera un satisfactorio funcionamiento de la

⁵ J.M. RICO: «La Corrupción Pública y su control en América Latina», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 4, 1994, p. 68, nota 8.

⁶ ARMAO FABIO, «Elementi per una teoria sulla Mafia e sul suo Rapporto con la Politica», *Teoria Politica*, Anno X, n.º 2, 1994.

máquina judicial. La Ley de Bases del Código de Procedimiento Penal Italiano, tan sólo indicaba en una directiva ⁷, la posibilidad de alargar a dos años el plazo de las investigaciones preliminares en vez de los dieciocho meses y exceptuaba a determinados delitos en ciertas circunstancias la duración máxima de la prisión provisional. Fueron más las dificultades prácticas de tales procesos las que hicieron tomar conciencia de dichas peculiaridades, tales como los problemas derivados de la coordinación de investigaciones colegiadas; la estructura y organización del Ministerio Público en contradicción dialéctica con su estatuto de independencia; la extensión de la prueba anticipada por el peligro de condicionamientos corruptores; la valoración de las declaraciones de los arrepentidos e incluso las realizadas en otros procedimientos; la duración de las investigaciones y de los criterios sobre la adopción de ciertos medios de investigación y de la prisión provisional. No existió un proyecto acomodado a una valoración global del fenómeno con la precisa individualización de los delitos de criminalidad organizada, sino decretos-leyes ocasionales y contingentes, originando disposiciones dispersas, que permiten mediante su estudio exponer las líneas significativas de la normativa más comunmente aplicable a la problemática de dichos procedimientos.

Muchas intervenciones no son sino la regulación más prolija de medidas clásicas de urgencia toma-

das contra el fenómeno terrorista. Así las normas sobre los criterios para aplicar la prisión provisional, pormenorizando los presupuestos, objeto, así como los plazos máximos de duración. El miedo a la excarcelación de imputados de peligrosas organizaciones fue la razón inmediata de dicha legislación. Más tarde la conciencia de los abusos de la discrecionalidad judicial con merma de las garantías constitucionales obligó a la Corte de Casación a dictar varias sentencias en las que hubo de precisar los criterios máximos de la prisión provisional y los criterios del cómputo de dichos plazos. El peligro de dicha medida cautelar se observó en las investigaciones de los Fiscales de «manos limpias». La utilización de dicha medida como medio de coacción consiguió la extensión del «síndrome de Nuremberg», donde los imputados extendían la cadena de acusaciones y personas exonerando su responsabilidad en virtud de la obediencia debida, ampliándose las revelaciones de las tramas delictivas y lográndose quebrar los pactos de silencio e impunidad que caracterizan a dichos delitos. De la misma forma se actuó en los delitos de Mafia con las declaraciones de los arrepentidos, en los cuales hubo que deslindar los móviles espúreos de venganza en las mismas organizaciones mafiosas, su utilización desde el mismo poder político debido a las oscuras connivencias o los beneficios procesales obtenidos en la manipulación de las declaraciones de dichos arrepentidos. Ello dio lugar a una regulación expresa de la actuación procesal de los «penitenti»: era necesaria una comparecencia entre el Ministerio Fiscal, el «penitenti», Abogado y ante el Juez

⁷ Art. 2, n. 8.

de Ejecución penitenciaria para evitar las coacciones y presiones así como la manipulación por parte del Ministerio Fiscal.

La necesidad de un mayor uso de los instrumentos de interceptación de las comunicaciones así como de una alargamiento de los plazos de estas medidas en las investigaciones sobre criminalidad organizada supuso regular, no sólo las escuchas telefónicas, sino las ambientales mediante microchip, tablas de escucha o micrófonos direccionales a la vez que derogar el rígido límite establecido en el empleo de tales medios. Se atenuaron los presupuestos de intervención de tales medidas y se pudieron tomar por el Ministerio Fiscal en caso de urgencia.

Se alargó hasta dos años las investigaciones preliminares en los delitos típicos de Mafia y la ampliación del secreto sumarial de hasta un año para que el Ministerio Público concluyera sus investigaciones. Excepcionalmente se estableció la posibilidad de registros y redadas de edificios o bloques enteros cuando existiese un fundado motivo de que en ellos se encontrasen escondidos prófugos y rebeldes de los delitos de Mafia, realizados bajo el control de un magistrado que debía ser advertido.

No son menos interesantes las conclusiones respecto a la estructura orgánica del Ministerio Público. Un factor decisivo en la lucha contra la corrupción fue sin duda el principio de la legalidad de la acción penal junto al estatuto de independencia del Ministerio Fiscal, lo que permitió llevar adelante los distintos procesos evitando las presiones de toda

índole. Sin embargo la creación de la «Fiscalía Nacional Antimafia» era un elemento extraño para el estatuto de independencia del Ministerio Público. Una delincuencia organizada de modo jerárquico, piramidal y de vértice no puede combatirse con éxito si no es con una organización semejante de tipo judicial y policial que coordine la información, la actividad investigadora, la operatividad de la Policía Judicial y la oportunidad de las investigaciones. El Ministerio Público se convierte en el director de la investigación en los procedimientos con inculpadados pertenecientes a organizaciones criminales a la vez que órgano de la instrucción. Se vertieron críticas a dicha institución por los riesgos de manipulación política del Ministerio Público, sospecha siempre latente cuando se concentra en un único oficio judicial gran cantidad de poderes. Más evidente ha sido la sospecha de parcialidad política respecto a los Fiscales de «manos limpias», criticada por amplios sectores sociales. En definitiva el amplio papel que se otorga al Ministerio Público, como titular de la acción penal, de la investigación e instrucción, descompensa todo el sistema y se necesita nuevo reparto de roles en estos procesos ante el incremento de Poder del Ministerio Público, dejando a éste de facto la iniciativa y el poder de decisión sobre la persecución de estos delitos accesible sólo a organismos públicos. No deja de ser un reajustamiento para llevar el principio de separación de poderes al proceso penal. A su vez la información resultado de la mayor operatividad investigadora, así como la obtenida por medio de medidas restrictivas de derechos, amenaza con extenderse a otros procesos, o utilizando dicha informa-

ción para dirigir investigaciones «legales» fabricando sumarios ficticios. Se debilita el principio acusatorio y ello exige unos ajustamientos internos del sistema procesal y un reequilibrio global del proceso.

Se producirán diversas derogaciones en la formación de la prueba bajo el principio de oralidad y el debate contradictorio. Así la restrictiva entrada de los actos de Instrucción del Ministerio Público en el Juicio Oral quedará atenuada ⁸. La legislación de urgencia permitirá que en caso de contradicción entre un testimonio dado ante el Ministerio Público o la Policía Judicial y el declarado en el Juicio Oral pueda tenerse en cuenta y valorarse lo declarado en la instrucción siempre que esté confirmado por otros medios de prueba ⁹, incluso en caso de violencia o soborno, no son necesario esos indicios o pruebas pues se refuerza el valor del testimonio original de la instrucción. Del mismo modo se admitirá ampliamente la recuperación por medio de lectura de las declaraciones de personas imputadas en procedimientos conexos ante «il giudice per la indagine preliminare» (GIP o juez de la audiencia preliminar) si se

hubieran acogido al derecho de no declarar en el juicio oral evitando el fraude procesal ¹⁰. Se posibilitará la utilización de las declaraciones testimoniales provenientes de procedimientos conexos, sin consentimiento de las partes ¹¹, siempre que lo considere necesario el juez ¹², contrario a la estricta regulación del fenómeno de acumulación procesal. En los procesos de criminalidad organizada frecuentemente existe una trabazón lógica en el plano probatorio pues las hipótesis recaen sobre unas mismas fuentes de prueba y de relaciones entre los mismos hechos. La brecha abierta por dichas excepciones impone un esfuerzo de racionalización del sistema. Circunscribir los efectos de las pruebas de otros procesos a lo razonable, al igual que evitar el peligro de una utilización indiscriminada de las actas de instrucción, tratando de redimensionar en el plano probatorio cada supuesto. Así la pérdida de garantías al permitir la ley que el juez dé entrada a las declaraciones de personas imputadas o condenadas en delitos conexos se compensa por la posibilidad que otorga la ley a las partes de obtener el examen de dicho imputado en el procedimiento conexo ¹³. Todo ello no responde más

⁸ Art. 526 CPP.

⁹ Ello dió lugar a la modificación del art. 500.4 CPP.

¹⁰ Sentencia 254 de la Corte Constitucional posibilitando una interpretación antiformalista del art. 523.2 CPP. Este artículo permite la lectura de las declaraciones del imputado para tenerla en cuenta como prueba realizado en la instrucción o en la audiencia preliminar en caso de negativa a someterse al examen testimonial. Se evita que el derecho a inculparse y a no declarar contra sí

mismo se convierta en una vía de fraude para sustraer al juicio oral materiales decisivos para hallar la verdad material, en caso de retractación del imputado debido a presiones y condicionamientos corruptores.

¹¹ Modificación del art. 238 CPP; en el antiguo art. 238 CPP se exigía expresamente el consentimiento de parte.

¹² Art. 190 Bis CPP en relación con el art. 51.3 CPP referido a los delitos de criminalidad organizada; 495.1.º CPP.

¹³ Art. 210 CPP.

que a que contaminaban el juicio oral en estos procesos que daban lugar a clamorosas retractaciones y silencios, así como la erosión que sufren las declaraciones de los testigos, al tener que repetir la misma versión en diferentes ocasiones. Junto a ello una política contra los macroprocesos que originaba una fragmentación de los debates y exigía la posibilidad de asunción del examen testimonial, además de consideraciones de tipo lógico y organizativo de dichos procesos. Además una regulación pormenorizada de protección de testigos, posibilidad de declaraciones testimoniales a distancia con medios audiovisuales ¹⁴ y de los beneficios penitenciarios de los arrepentidos.

Todo ello planteó a la doctrina, la creación de un corpus legislativo separado, adaptado a la especialidad de dichos procesos y que resaltara la excepcionalidad y temporalidad de dicha normativa. La «inscriptio» del delito, adquiere la mayor importancia, toda vez que establece un doble régimen procesal que puede hacer nula las diligencias de investigación en caso de no confirmarse el carácter del delito como de criminalidad organizada, de modo similar la catalogación del «fumus boni iuris» en la adopción de las medidas restrictivas de derechos en la investigación supone una limitación en la utilización de la información de tales medidas en otros procesos.

Los procesos de criminalidad organizada nos evidencian que si las garantías procesales son el núcleo de un Estado de Derecho, éstas no deben ser utilizadas para

otros fines para los que fueron establecidas o para fines contrarios al fin propio del proceso, de manera que lo saboten o paralicen. Las garantías imponen la buena fe procesal, la lealtad, y la corrección de los comportamientos, que no se instrumentalicen contra la finalidad última del proceso penal. Las garantías reconocidas al imputado, deben ser correctamente disciplinadas legislativamente para que impidan que las mismas puedan ser dirigidas contra la misma razón del ser del proceso, mediante previsiones derogatorias y procedimientos alternativos, que sin violentar los principios del proceso penal tenga en cuenta las contingencias de estos procesos, evitando la impunidad de dichos delitos.

En este sentido la experiencia italiana nos ofrecer pautas y caminos para orientar la labor legislativa y la práctica judicial. El libro «Proceso Penale e Criminalità Organizzata» recoge las ponencias y debates en el Instituto de Derecho Penal y Proceso Penal «Cesare Beccaria» de la Universidad de Pavia en las cuales Fiscales y Magistrados tratan las principales cuestiones suscitadas en su labor. El proceso penal español está acometiendo retos esenciales para la constitución de nuestro Estado de Derecho y nuestra democracia. Es necesario exigir a todos por igual sus responsabilidades y más las penales que afectan radicalmente a la convivencia. Uno de estos retos es el crimen organizado que se ha de afrontar con un proceso penal efectivo sin merma de los derechos individuales, esencial para el Estado y Sociedad de este final de siglo.

¹⁴ Art. 147 disp. att. CPP.