

Ministerio público y juez en el futuro proceso penal italiano

Amos PIGNATELLI

1. A casi diez años de distancia del proyecto elaborado por la Comisión Científica del Ministerio de Justicia (el conocido como proyecto Bonifacio, por el entonces ministro), otra comisión ministerial está trabajando en un proyecto, en ejecución de la nueva delegación legislativa, 81/1987, de 16 de febrero.

El proyecto Bonifacio no llegó nunca a adquirir eficacia jurídica, debido a que la Italia de 1978 sufría de lleno el acoso terrorista, al que se hizo frente no con el nuevo código procesal, sino con la legislación de emergencia.

La elaboración del nuevo proyecto, sin embargo, se lleva a cabo tomando en consideración aquellas partes del viejo que no entran en colisión con las novedades introducidas en la última delegación legislativa de febrero de 1987.

Es preciso decir a este propósito que la diferencia de mayor relieve respecto de 1978 la constituye la supresión de la figura del juez instructor, que tenía acogida en el proyecto Bonifacio.

Tal supresión representa un paso decisivo hacia la introducción de un modelo procesal no muy lejano del acusatorio clásico, abstracción hecha del principio de obligatoriedad de la acción penal, cuya presencia en la Constitución (art. 112) hace imposible una recepción integral del modelo acusatorio puro o ideal-típico en el sentido weberiano del término.

Las principales consecuencias que derivan de la desaparición del juez de instrucción del ámbito del proceso son las siguientes:

- a) Centralidad de la figura del ministerio público en toda la fase de la investigación preliminar, que de este modo va a extenderse hasta la audiencia preliminar, en la que se entra a solicitud del propio ministerio público. Solicitud que tendrá que producirse en el término máximo de dieciocho meses (dos años en supuestos de criminalidad organizada u otras hipóte-

sis excepcionales específicamente indicadas).

- b) Carácter excepcional de la formación de las pruebas fuera y antes del juicio oral, mediante el incidente probatorio, instado del juez por el ministerio público o el imputado, cuando se trata de practicar actuaciones cuya producción no sería posible en el momento del enjuiciamiento (por ejemplo, una testifical para futura memoria).
- c) Concentración en el juez del poder de decisión en materia de libertad personal del imputado (ratificación de la detención y de la prisión provisional, adopción de medidas restrictivas de la libertad a petición del ministerio público); del poder de decisión durante la audiencia preliminar (archivo o fijación de la misma, resolución acordando no haber lugar a proceder, acuerdo de envío a juicio, o a otra audiencia para ulteriores diligencias de investigación a instancia de parte); del poder de disponer la admisión de medios de prueba y de dirigir y vigilar el examen directo del imputado, de los testigos y de los peritos, por el ministerio público o los defensores, incluso durante el incidente probatorio.

2. El modelo previsto en la delegación legislativa aparece estructurado en tres fases: investigación preliminar, audiencia preliminar, juicio oral. El procedimiento ordinario comprende las tres fases, pero se prevén modalidades abreviadas como el juicio inmediato (sin audiencia preliminar), el juicio «directísimo» con imputado detenido o confeso (con investigación preliminar abreviada y sin audiencia preliminar), el juicio por decreto (sin investigación, sin audiencia preliminar, sin contradictorio), el juicio con acuerdo del ministerio público y del imputado (sin contradictorio).

En el caso de procedimiento ordinario el ministerio público debe «realizar la investigación en función del ejercicio de la acción penal y de la comprobación de los hechos específicos, incluidos los elementos favorables al imputado».

Esa actividad investigadora comprende el interrogatorio del imputado, el acopio de informaciones, careos, identificación de personas y cosas, pericias técnicas, inspecciones, registros, embargos, intervenciones telefónicas.

El ministerio público puede servirse de la policía

(*) La adecuada comprensión del sentido de la reforma del proceso penal en curso en Italia exige tener en cuenta. 1. No existe ninguna vinculación, y mucho menos dependencia política, del ministerio público respecto del ejecutivo. 2. Los componentes del ministerio público tienen estatuto de magistrados. 3. Los cargos de libre designación dentro del ministerio público se cubren mediante nombramiento por el *Consiglio Superiore della Magistratura*.

(**) Hay traducción castellana de la delegación legislativa, por Marta Martín González, publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1461 de 15 de julio de 1987.

judicial, pero sin que le sea posible delegar en ésta la declaración del imputado ni el careo del mismo con otras personas.

Salvo en el caso del interrogatorio del imputado, que la delegación legislativa quiere que sea contemplado «en función de su naturaleza de instrumento de defensa», se trata de una previsión de actos dirigidos a la búsqueda y aseguramiento de las fuentes de prueba, del material probatorio que, de una parte, justifica el ejercicio de la acción penal (petición de señalamiento de la audiencia preliminar), y, de otra, constituye el conjunto de elementos con los que el juez podrá formar la prueba en la dialéctica del contradictorio.

Aparte del incidente probatorio, que constituye una excepcional intervención del juez en la fase de la investigación preliminar, esta fase se cierra con la solicitud de archivo (por carencia de fundamento de la «notitia criminis», por estimarse improcedente el ejercicio de la acción, por desconocimiento de la identidad de los autores del delito); con la petición de juicio inmediato (dentro del término de noventa días desde el inicio de la investigación, previo interrogatorio del imputado, a tenor de la evidencia de los elementos adquiridos); con la solicitud concorde del ministerio público y del imputado de que se apliquen las sanciones sustitutivas en los casos permitidos, o de la pena de privación de libertad de acuerdo con la Ley (siempre que no exceda de dos años de reclusión o de arresto); o, en fin, con la petición de señalamiento de la audiencia preliminar dentro del plazo legal.

El juez de la audiencia preliminar, frente a las diversas peticiones posibles del ministerio público, si no decide archivar la causa por alguno de los motivos previstos, debe fijar la fecha de aquélla, en el curso de la cual le será posible también disponer el archivo o requerir del ministerio público ulteriores diligencias de investigación; dispone mediante decreto la celebración inmediata del juicio, o bien remite las actuaciones al ministerio público; aplica en la audiencia la sanción dentro de los límites de lo pedido por las partes o en otro caso devuelve el expediente al ministerio público. Tiene en fin el deber de señalar dentro de brevísimo plazo la audiencia preliminar a instancia del ministerio público.

En el curso de la audiencia preliminar, a la que puede también renunciar el imputado pidiendo, una vez le ha sido notificado el señalamiento, el juicio inmediato, el juez, oídas las partes personadas, puede emitir decreto mediante el que dispone la celebración del mismo —evidentemente ante otro juez— enunciando la imputación formulada por el ministerio público e indicando sumariamente las fuentes de prueba. En otro caso, siempre después de oídas las partes personadas, puede dictar sentencia en el sentido de no haber lugar a proceder en vista del estado de las actuaciones (prescripción del delito, falta de una condición de procedibilidad, no hallarse el

hecho tipificado, evidente no producción del hecho o evidente no ejecución del mismo por el imputado). Si el juez no dispone el envío a juicio ni resuelve en el sentido de no haber lugar a proceder, dispone el señalamiento de otra audiencia a fin de que las partes aporten nuevos elementos de prueba a los fines de la decisión. Esta ulterior audiencia deberá producirse dentro de un período máximo de dieciocho meses (o dos años) contados a partir de las investigaciones preliminares, si ese término no se hubiera agotado; de otro modo habra de tener lugar en el plazo máximo de sesenta días. En la nueva audiencia el juez debe disponer el envío a juicio, o acordar no haber lugar a proceder, en el caso de que entienda no se han aportado elementos suficientes para el juicio.

En la fase del juicio, no podrán desempeñarse las funciones de juez por quien en el mismo procedimiento hubiera ejercido las del ministerio público o dictado, como juez, el decreto que dispone la celebración del juicio inmediato, el de condena a pena pecuniaria en el procedimiento penal por decreto, o dispuesto el señalamiento de la audiencia preliminar. El juez del juicio oral tiene el poder-deber de decidir acerca de las peticiones del ministerio público y de las partes privadas dirigidas a obtener la admisión o la adquisición de los medios de prueba. Está previsto el examen directo del imputado, de los testigos y peritos por el ministerio público y los defensores «con garantías suficientes para asegurar la lealtad del examen, la genuinidad de las respuestas, su pertinencia para el juicio y el respeto de la persona». Esta diligencia deberá producirse bajo la dirección y la vigilancia del juez o del tribunal, que decidirá inmediatamente sobre las excepciones.

El presidente del tribunal o el juez están facultados para indicar a las partes temas nuevos o incompletos útiles para la averiguación de la verdad. No sólo, pero también pueden del mismo modo dirigir preguntas directas al imputado, a los testigos y a los peritos, salvo en todo caso el derecho de las partes a concluir el examen. Pueden igualmente, en fin, disponer la admisión de medios de prueba, que guarden evidente relación con los resultados del examen. Junto a ese derecho, la delegación legislativa impone al juez del juicio oral la obligación de admitir, salvo que resulten superfluas, las pruebas indicadas en descargo del imputado sobre puntos que constituyan objeto de las pruebas de cargo, así como las indicadas por el ministerio público a cargo de aquél sobre aspectos de las pruebas propuestas en su defensa.

La lectura en el acto del juicio de los documentos en que consten las actuaciones irrepetibles llevadas a cabo por la policía judicial o el ministerio público y de las realizadas por el juez en los incidentes probatorios, constituye objeto de un derecho de las partes y de un poder de disposición ejercitable por este último incluso de oficio. Las restantes actuaciones

producidas en la fase de investigación preliminar pueden únicamente ser utilizadas por las partes para la formulación de objeciones a los declarantes, sin que pueda permitirse su lectura, puesto que no se trata de pruebas.

3. Trazado de este modo un cuadro sintético del desarrollo del nuevo proceso penal, es oportuno preguntarse acerca de la diferencia existente entre los papeles del ministerio público y del juez.

Parece existir un doble criterio de distribución de funciones dentro del proceso.

Se advierte en primer lugar un criterio de identificación de aquéllas, que distingue netamente entre investigación y búsqueda de las fuentes de prueba, por un lado, y formación de la prueba y su valoración, por el otro. El poder de investigación dirigido al acopio de elementos para la decisión relativa al ejercicio de la acción penal con la formulación de la imputación por el órgano de la acusación o con la solicitud de archivo, se encuentra confiado de modo exclusivo al ministerio público, magistrado no juez.

El poder de decisión jurisdiccional en orden al archivo, a la admisión de las pruebas, a la determinación de la pena en caso de condena, está reservado con carácter exclusivo al juez, magistrado jurisdicente. Acción penal y jurisdicción aparecen netamente diferenciadas; nacen dos figuras distintas de magistrado, dotadas de mentalidad y de cultura específicas, en la complementariedad de sus respectivas funciones. El segundo criterio es el de la incompatibilidad entre las funciones de enjuiciamiento así reunidas y las personas físicas de sus titulares a propósito del mismo proceso. La regla es que el juez puede emitir un solo juicio en orden al tema objeto de enjuiciamiento. Así, el que hubiera resuelto por decreto penal no puede conocer si después tiene lugar el contradictorio; el que haya acordado el envío a juicio, tanto si se trata de juicio inmediato como de audiencia preliminar, no podrá intervenir más tarde en el juicio oral.

El investigador no puede formar las pruebas ni juzgar, el juez no puede juzgar dos veces. Es el principio de la separación de poderes inscrito en el corazón del proceso penal, la actuación del estado de derecho respecto del ciudadano imputado. Al menos a nivel de principios, dejando aparte cualquier posible consideración en materia de estructura operativa de la reforma y de necesaria modificación de las mentalidades de los operadores del proceso.

4. La distribución de funciones introducidas por el nuevo modelo procesal tienen como punto de referencia la prueba, el fenómeno probatorio. El nuevo proceso se construye en torno a la distribución de los diversos aspectos que presenta ese fenómeno. Es significativo en este punto el paso de la actual formulación del artículo 219 del *Codice di Procedura Penale* a la nueva formulación contenida en el artículo 62 del proyecto Bonifacio, recibida sin variaciones en el proyecto en vía de elaboración. Dice

el artículo 219 del código vigente: «La policía judicial debe incluso por propia iniciativa tomar noticia de los delitos, impedir que puedan producirse ulteriores consecuencias, asegurar las pruebas, buscar a los culpables y recoger cuantos datos puedan servir para la aplicación de la ley penal». En artículo 62 del proyecto (Bonifacio y actual) prevé, por el contrario, que: «La policía judicial debe, incluso por propia iniciativa, tomar noticia de los delitos, impedir que puedan producir ulteriores consecuencias, buscar a sus autores, practicar las actuaciones necesarias y urgentes para asegurar las fuentes de prueba y todo aquello que pueda servir a tal fin».

Como se ve toda la diferencia radica en el hecho de que la policía judicial (y el ministerio público que la dirige) debe asegurar ya no las pruebas, sino las fuentes de prueba, la materia que sólo el juez puede transformar en prueba. La consecuencia de esa modificación es que habrá de investigarse no a los culpables sino sólo a los autores del delito, puesto que el juicio de culpabilidad, que debe fundarse en la valoración de las pruebas legítimamente adquiridas, queda a la exclusiva competencia del juez.

El incidente probatorio confirma la distinción entre materia y forma de la prueba, a que antes se ha hecho referencia. Puede haber fuentes de prueba cuya admisión como prueba no cabría transferir al acto del juicio oral sin correr el riesgo de su probable pérdida. Ejemplo típico es el del testigo gravemente enfermo que no podría, esperar a aquel momento procesal y que debe ser oído anticipadamente con todas las garantías de presencia judicial e intervención contradictoria de las partes. La anticipación no modifica el esquema del reparto de funciones, desde el momento que en el incidente probatorio el ministerio público actúa como investigador y encargado de procurar las fuentes de prueba, mientras el juez garantiza que la asunción de la prueba, es decir, el tránsito de la materia de prueba a la forma de prueba, se produce de forma correcta. (Es la llamada constitución de la prueba.)

Al juez del enjuiciamiento le queda reservada la sola valoración de la prueba así asumida. El supuesto representa una excepción al principio de oralidad, pero probablemente no existe otro modo de salvar pruebas similares que bien podrían resultar decisivas para la determinación de los hechos.

A la luz de las precedentes consideraciones aparece evidente que ministerio público y juez, en este modelo de proceso acusatorio, se diferencian por su distinto papel en orden a la prueba.

5. El segundo terreno objeto de la «*actio finium regundorum*» entre ministerio público y juez los constituye la libertad personal del imputado. También en este sector el modelo acusatorio induce a distinguir claramente dos funciones: de un lado la de percibir la exigencia cautelar en orden a los fines del proceso, considerados en la perspectiva de la investigación (contaminación de las fuentes de prueba,

peligro de fuga), y del otro la de valorar de modo imparcial el fundamento de la exigencia cautelar, de manera que no resulte innecesariamente lesiva para el bien de la libertad. En la delegación legislativa se prevé en efecto que el ministerio público pueda disponer el arresto del sorprendido «in fraganti» o la detención de aquél en quien concurren indicios de delito, pero la correspondiente convalidación le corresponde exclusivamente al juez. Se prevé en fin que el ministerio público debe instar la resolución restrictiva de la libertad del imputado al juez, único que puede dictarla.

Con semejante distribución de poderes en orden a la libertad personal se mantiene firme el principio de participación de la acusación y la defensa en condiciones de igualdad en cada situación y grado del procedimiento, que es principio fundamental del sistema acusatorio. En efecto, la atribución al ministerio público del poder de privar de libertad al imputado destruye ese equilibrio, porque con ello se dota a la parte pública de un medio que incide profundamente sobre la parte privada y podría ser usado no por objetivas exigencias cautelares sino como instrumento para obtener abusivamente elementos de prueba del propio imputado. La libertad del imputado debe hallarse en manos del juez, no del acusador, porque el imputado ya no es objeto sino sujeto del proceso y las restricciones de su libertad no deben degradar su subjetividad procesal.

6. La concepción del imputado como sujeto procesal es otro rasgo característico del sistema acusatorio que el proyecto querría garantizar. Es típico de la mentalidad inquisitoria considerar al imputado como fuente de prueba, incluso fuente privilegiada, desde el momento que él, si es culpable, estará ciertamente informado de los hechos de la causa, mientras que si es inocente, podrá muy bien procurar al inquiriente la prueba de su ajenidad a los hechos mismos. La mentalidad acusatoria se mueve en otro orden de ideas. La prueba de la responsabilidad penal debe ser aportada por el acusador y el imputado no tiene ningún deber de colaboración. El derecho de defensa constituye la forma que asume el derecho a la libertad moral dentro del proceso penal. La imputación debe construirse *en torno* al imputado no *sobre* el imputado. El interrogatorio tiene la consideración de medio de defensa y no medio de prueba, aun cuando pueda, de hecho y por libre decisión del imputado, llegar a convertirse también en fuente de prueba.

En este orden de ideas la delegación legislativa prevé la «regulación de las modalidades del interrogatorio en función de su naturaleza de instrumento de defensa».

Esa disciplina garantista se refiere de manera explícita sólo al «interrogatorio» del imputado y no al «examen» directo del mismo durante el juicio oral o el incidente probatorio. El interrogatorio es acto propio de la fase de investigación preliminar, mientras

que el examen del imputado lo es de la fase de formación de la prueba (juicio oral o incidente probatorio). El primero consiste en una relación directa del ministerio público que interroga con el imputado en presencia del defensor pero en ausencia del juez. El segundo se sustancia en una relación doble y sucesiva del ministerio público y del defensor con el imputado bajo la dirección y vigilancia del juez. El interrogatorio por el ministerio público sirve para hacer posible la defensa del imputado, al que el órgano de la investigación debe indicar los elementos de acusación y del que debe recibir eventuales indicaciones de elementos de defensa. La delegación legislativa, efectivamente, impone al ministerio público una actividad investigadora «en función del ejercicio de la acción penal y de la verificación de hechos específicos, *incluidos entre éstos los elementos favorables al imputado*».

El interrogatorio del imputado en presencia del defensor, que es acto del ministerio público no delegable en la policía judicial, reviste así la naturaleza de un medio de investigación, pero sólo en favor del imputado, a menos que el mismo, siempre en presencia de su defensor, decida confesar libremente.

El examen directo del imputado a presencia y bajo la dirección del juez presenta por el contrario una naturaleza mixta, constituyendo por un lado siempre un medio de defensa (el imputado no está obligado a someterse a él ni a decir la verdad) pero, por otro, también un medio de averiguación de la verdad confiado a la dialéctica de las partes y al control del juez. La delegación legislativa distingue netamente los dos tipos de acto en función de la distinta posición que el imputado asume frente a la investigación del ministerio público o la «cross examination» de las partes en presencia del juez.

7. El interés social tutelado por la norma constitucional que fija el principio de obligatoriedad de la acción penal es ciertamente el de detectar con la mayor diligencia, aunque naturalmente dentro de los límites determinados por el uso exclusivo de los elementos de prueba legalmente previstos, toda violación de la norma penal por la que haya de procederse de oficio.

Esto significa que la función esencial del proceso penal, bajo la vigencia del principio de obligatoriedad de la acción, es una función de imparcial y pública comprobación de los hechos penalmente relevantes.

La adopción del sistema acusatorio en el marco de una situación constitucional caracterizada por el principio de obligatoriedad no hace cambiar la indicada función comprobatoria del proceso penal pero determina la necesidad de correcciones marginales del sistema acusatorio mismo.

La delegación legislativa ofrece al respecto dos ejemplos sumamente interesantes. El primero lo constituye el poder del ministerio público, una vez acordado por el juez el envío a juicio, de realizar ac-

tos *integradores* de investigación, a excepción de aquéllos para los que se prevé la participación del imputado o del defensor, con objeto de fundar las propias peticiones al juez del juicio oral. En otras palabras, se prevé que la fase de investigación (no sólo preliminar al envío a juicio, sino toda la que preceda al juicio oral) se prolongue también después de la decisión del juez y en orden a las fuentes de prueba posteriores a las tenidas en cuenta por él en el momento de la decisión de envío a juicio, como parece inferirse de la lectura del punto 49 de la delegación legislativa. Si la interpretación de ese punto es correcta, se trata de un poder concedido al ministerio público en actuación del principio de obligatoriedad de la acción y por consiguiente de obligatoriedad de verificación de los hechos susceptibles de valoración en el orden penal. Los resultados de la investigación integradora podrán hacerse valer en el juicio oral sobre la base del principio claramente sancionado por la delegación legislativa, conforme al cual se garantiza «el derecho del ministerio público y de las partes privadas a obtener la admisión y la adquisición de los medios de prueba interesados, salvo los casos de manifiesta ajenidad e irrelevancia».

El segundo ejemplo lo ofrece el punto 73 de la delegación legislativa que, a propósito del examen directo del imputado, de los testigos y peritos, prevé el poder del presidente del tribunal o del juez unipersonal encargados del enjuiciamiento de «señalar a las partes cuestiones nuevas o incompletas útiles para la averiguación de la verdad y formular preguntas directamente al imputado, a los testigos y a los peritos, salvo siempre el derecho de las partes a ser ellas quienes concluyan el examen».

También en este caso se trata de un poder de integración, pero no de las fuentes de prueba, sino del acto de asunción de la prueba por el juez, que ordinariamente no formula preguntas ni directas ni indirectas al imputado, al testigo y al perito, sino que se limita, desde su posición de garante del desarrollo de la prueba, a ejercer una función de dirección y vigilancia sobre las preguntas de las partes. Tal integración factual consiguiente a la obligatoriedad de

la acción, que llega a atribuir al propio juez un verdadero y propio poder de *suplencia* de las partes cuando venga exigido por la constatación de la existencia de lagunas en el examen, es decir, por la imperfección de la actividad probatoria. Pero hay más. En efecto, el mismo punto 73 de la delegación legislativa prevé finalmente que el juez tiene el poder «de disponer la admisión de los medios de prueba». En este caso no se trata únicamente de suplir la iniciativa las partes, sino de intervenir en posición activa sobre las fuentes de prueba de que se tenga noticia, incluso en ausencia de esa petición de admisión del ministerio público o del defensor.

Poniendo en relación ambas instituciones se advierte con claridad que el legislador delegante se ha inspirado en el criterio de la plenitud de la comprobación factual, tanto en el ámbito de la investigación dirigida a la búsqueda de las fuentes de prueba, como en el de la admisión de los medios de prueba. Son instrumentos de actuación de ese criterio, en sí mismo indiferente respecto al sistema acusatorio, los poderes de integración y de suplencia otorgados respectivamente al ministerio público y al juez del juicio oral y del incidente probatorio en el marco de sus diferentes funciones en el proceso.

8. Si las consideraciones hasta aquí expuestas sobre el modelo procesal diseñado por la delegación legislativa del 16 de febrero tienen algún fundamento, es lícito presumir que la reforma que se anuncia va a ofrecer amplia materia de discusión a los interesados en el tema, no sólo italianos, desde el momento en que esta reforma tiene el significado de un intento de inserción del sistema acusatorio en el cuerpo vivo de un proceso penal caracterizado por la acción obligatoria y las correspondientes implicaciones en materia de determinación de los hechos. Ello plantea problemas inéditos cuya solución habrá de buscarse en la doble dirección de la garantía del imputado y de la eficacia de la investigación, sin que quepa admitir que pueda prevalecer una de las dos sobre la otra. Si se trata sólo de una ilusión, es una pregunta a la que podrá responder el futuro.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBÁÑEZ)