

Luigi Ferrajoli

Derecho y razon

Teoría del garantismo penal

Prólogo de Norberto Bobbio

Editorial Trotta

41. *¿Cómo juzgar? Las garantías procesales*

1. *El proceso como garantía de verdad y de libertad. Cognición e investigación.* Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva. «Alii cives la-tronum telis, alii iudicum sententia pereunt», lamentaba Carrara con

palabras de Paolo Risi, advirtiendo que «la justicia penal», en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos «peligros tal vez mayores que los suscitados por las pasiones de los culpables»²⁶². Por otra parte, el proceso, como la pena, se justifica precisamente en cuanto técnica de minimización de la reacción social frente al delito: de minimización de la violencia, pero también del arbitrio que de otro modo se produciría con formas aun más salvajes y desenfrenadas. «Las bárbaras naciones», escribía Francesco Pagano, «no conocen el proceso. Sus causas se deciden con el hierro en la mano o con el pañuelo y arbitrio de un senado compuesto por los jefes de la nación y de un rey, caudillo en la guerra, juez y sacerdote en la paz»: el paso a la civilización, añadía, así como el grado de libertad y de despotismo, se miden por la «manera de juzgar»²⁶³.

Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes²⁶⁴. Es esta segunda preocupación lo que está en la base de todas las garantías procesales que lo circundan y que condicionan de distintas maneras las instancias represivas expresadas por la primera. La historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica. Podemos, en efecto, caracterizar el método inquisitivo y el método acusatorio según el acento que el primero pone sobre una y el segundo sobre la otra. Es obvio que ni el proceso inquisitivo desconoce la cuestión de la tutela del inocente, ni tampoco el acusatorio descuida el fin de la represión de los culpables. Los dos métodos se distinguen sobre todo por partir de dos concepciones diversas tanto del poder judicial como de la verdad. Mientras el método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de verdad. De ello se deriva que el primero confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el segundo concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario.

Es éste el sentido en que las diferencias entre modelo teórico inquisitivo y modelo teórico acusatorio, trazadas en el apartado 39.2, pueden considerarse como expresiones de dos opuestas epistemologías del juicio: *dictum* de un solo sujeto o contienda entre varios sujetos, relación vertical inquisidor-inquirido, o relación triangular entre dos partes y un tercero *super partes*; operación unilateral del juez o bien

actus trium personarum, iudicis, actoris et rei: el juez como sujeto tercero separado de la acusación, como exige nuestro axioma A8, el actor como parte de acusación sobre el que pesa la carga de la verificación según nuestro axioma A9, y el reo como parte de defensa que tiene el derecho a la refutación según nuestro axioma A10. En ambos casos el proceso tiene como fin el «descubrimiento de la verdad, síntesis y compendio de los dos supremos intereses procesales», antes apuntados²⁶⁵. Pero son diversos los modos de entender la verdad y los métodos empleados para alcanzarla. Precisamente, mientras el método inquisitivo se funda sobre una epistemología sustancialista y decididamente inquisitiva, el método acusatorio puede ser considerado como la transposición jurídica de la epistemología falsacionista delineada en el capítulo tercero. Y las tres garantías A8-A10 que lo componen, puesto que equivalen a las condiciones epistemológicas de fiabilidad del juicio identificadas en los puntos 7 y 8 del apartado 10, pueden ser consideradas al mismo tiempo como garantías de una *verdad* controlada por las partes en causa y de la *libertad* del inocente frente al error y al arbitrio²⁶⁶.

Es obvio que esta concepción cognoscitiva del proceso penal y del método acusatorio es una adquisición moderna, al estar relacionada —lógicamente, más que históricamente— con el principio de estricta legalidad penal y el correspondiente proceso de formalización y tipificación de los delitos y de las penas. En efecto, como hemos visto en la primera parte, sólo la rígida determinación semántica de los presupuestos legales de la pena permite concebir el proceso como juicio basado no en decisiones potestativas, sino en la prueba empírica de hechos predeterminados. Recuperando la distinción entre jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta, realizada en el apartado 37.2, diremos que el método inquisitivo está caracterizado sólo por el primer principio, requiriendo únicamente un juicio, cualquiera que sea, como condición necesaria de la pena; mientras que el método acusatorio se distingue también por el segundo, en la medida en que exige además que el juicio se desarrolle con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y la refutación. Como hemos demostrado, esto depende de la relación de derivación y no sólo de delegación —nomoestática y no sólo nomodinámica— que la estructura normativa del estado de derecho moderno ha instaurado entre ley y juicio en materia penal: en la misma medida que el principio de estricta legalidad vincula las hipótesis legales de delito a la taxatividad y por tanto a su verificabilidad, el principio de estricta jurisdiccionalidad vincula el juicio penal a su verificación, en el sentido de «correspondencia», aunque sea aproximativa, entre denotación jurisdiccional y denotación legal. De ello se sigue la ya indicada connotación epistemológica de la validez en la jurisdicción penal: las sentencias penales son los únicos actos jurídicos cuya validez depende de su verdad.

Los procedimientos de verificación aportados por la epistemología acusatoria o falsacionista tienen, así, su fundamento en el método de la prueba y refutación —por *modus ponens* y por *modus tollens*— ya tratado en el apartado 10.6, cuya transposición procesal se realiza a través de la separación y el reparto de papeles entre los tres sujetos del proceso: las dos partes, acusación y defensa, a quienes competen respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que corresponde la decisión. De este modo resulta una estructura triádica o triangular²⁶⁷, normativamente asegurada por las tres garantías procesales antes enunciadas: la *formulación de la imputación*, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (*nullum iudicium sine accusatione*); la *carga de la prueba de tal hipótesis*, que pesa sobre el acusador (*nulla accusatio sine probatione*); el *derecho de defensa* atribuido al imputado (*nulla probatio sine defensione*). A estas tres garantías, que designan otras tantas actividades cognitivas y que por ello podemos llamar *primarias* o epistemológicas, hay que añadir otras cuatro, no enunciadas de manera autónoma en SG porque aseguran la observancia de las primeras respecto de las cuales son, por decirlo así, de segundo nivel o *secundarias*: la *publicidad*, que permite el control interno y externo de toda la actividad procesal; la *oralidad*, que comporta la inmediación y la concentración de la instrucción probatoria; la *legalidad* de los procedimientos, que exige que todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según un *rito* legalmente preestablecido; la *motivación*, que para cerrar el sistema documenta y garantiza su carácter cognoscitivo, es decir, la fundamentación o falta de fundamentación de las hipótesis acusatorias formuladas a la luz de las pruebas y contrapruebas.

2. *La formulación de la acusación y el interrogatorio del imputado.* Es útil distinguir, como ha propuesto Giovanni Conso, entre acusación como *actividad* y acusación como *acto* introductorio del juicio²⁶⁸. En el primer sentido, la disciplina de la acusación es una cuestión orgánica, que afecta a la organización de los sujetos encargados de su ejercicio; en el segundo, es una cuestión procedimental que mira a la forma de instauración del proceso. Nuestro axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione* expresa conjuntamente, junto a la garantía orgánica de la separación funcional y subjetiva de juez y acusación, que como se ha visto es una condición del carácter acusatorio del proceso y de la imparcialidad del juez, también la garantía procedimental de la formulación de una acusación determinada contra el imputado como acto previo y de delimitación del juicio.

Esta garantía procedimental puede ser articulada en una larga serie de reglas. Sobre todo, como se ha dicho en el apartado 9.3, la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el

objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, por contraste con la indeterminación del antiguo proceso inquisitivo²⁶⁹. En segundo lugar, la acusación debe contar con el apoyo de adecuados indicios de culpabilidad: en efecto, la acusación, como dice Carrara, si es un «teorema» para el acusador, es un «problema» para todos los demás y se justifica, por tanto, si no con la prueba, necesaria para la condena, al menos con la «probabilidad» de la culpabilidad del acusado²⁷⁰. En tercer lugar, debe ser completa, es decir, integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos y nada le sea «escondido de cuanto se prepare para su daño o de cuanto se hace, o se hará, para reforzar el preconcepto de su culpabilidad y destruir la presunción de inocencia, que siempre le asiste»²⁷¹. En cuarto lugar, debe ser oportuna, es decir, debe dejar al imputado el tiempo necesario para organizar su defensa y a la vez proveer a cualquier otro acto instructivo de su interés²⁷². Por último, la notificación de la acusación ha de ser, además de expresa y formal, sometida a refutación desde el primer acto del juicio oral que es el *interrogatorio* del imputado.

En el interrogatorio del imputado es donde se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre método inquisitivo y método acusatorio. En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba «el comienzo de la guerra forense», es decir, «el primer ataque» del fiscal contra el reo²⁷³ para obtener de él, por cualquier medio, la confesión. De aquí no sólo el uso de la *tortura ad veritatem eruiendam*²⁷⁴, sino también la recomendación al juez de no notificar al inquirido el título del delito atribuido, ni su culpabilidad, ni sus circunstancias específicas, ni los indicios recogidos previamente²⁷⁵. De aquí, más en general, la elaboración de una sofisticada *ars interrogandi et examinandi reos* y de una densa serie de reglas sádicas de deslealtad procesal informadas únicamente por el principio *non curamus de modo, dummodo habeamus effectum*²⁷⁶. «Felicitas interrogantis est extorquere quod rei nolunt», enseñaba por eso Chartarius en su tratado sobre el interrogatorio que en dos siglos tuvo cinco ediciones²⁷⁷. Y añadía: «iudex debet reis vultum ostendere terribilem dum eos interrogat»²⁷⁸, y puede tender trampas «quando a reo vult confessionem extorquere, fingens scire veritatem totius facti»²⁷⁹; y después hacer falsas *promissiones impunitatis* que no serán mantenidas «quia hic dolus bonus est, ed ad publicam pertinet utilitatem... Item quia in male promissis fides servanda non est» y, además, porque «lex permittit adversus delinquentes dolos et fraudes instrui, ut delicta ipsa puniantur»²⁸⁰. Es obvio que si el interrogador sólo tenía poderes, el interrogado tenía sólo deberes y, por ello, «reus tenetur iudici respondere»²⁸¹, «et potest pluribus modis cogi et compelli ad respondendum: vel multa indicta quia factis tribus monitionibus, sub poena ipsum multabit; vel capitis pignoribus, vel per torturam... At vero in atrocibus sceleribus tormentis rei res-

pondere cogendi sunt»²⁸²; y debe responder sólo «affirmative vel negative, ut nulla arte verborum a reo veritas offussetur»²⁸³, aunque después el juez valorará «an aliqua ex dictis rei variatio sit, trepidatio et vultus pallor, et omnia haec per notarium annotari faciat»²⁸⁴.

Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse. *Nemo tenetur se detegere* es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio, enunciada por Hobbes y recibida a partir del siglo XVII en el derecho inglés²⁸⁵. De ella se siguen, como corolarios, la prohibición de esa «tortura espiritual», como la llamó Pagano, que es el juramento del imputado²⁸⁶; el «derecho del silencio», según palabras de Filangieri, así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas²⁸⁷; la prohibición, por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia²⁸⁸, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique, con drogas o con prácticas hipnóticas; la consiguiente negación del papel decisivo de la confesión, tanto por el rechazo de cualquier prueba legal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales²⁸⁹; el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales²⁹⁰.

Por otra parte, en el modelo garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin. El interrogatorio, precisamente por hallarse encaminado a permitir la defensa del reo, debe estar sujeto a toda una serie de reglas de lealtad procesal: la prontitud o, en cualquier caso, su realización en un plazo razonable²⁹¹; la comunicación verbal no sólo de las acusaciones, sino también de todos los argumentos y los resultados de la instrucción que se opongan a las deducciones defensivas²⁹²; la prohibición de preguntas sugestivas y la claridad y univocidad de las preguntas que se formulen²⁹³; la prohibición de cualquier promesa o presión directa o indirecta sobre los imputados para inducirlos al arrepentimiento o a la colaboración con la acusación²⁹⁴; la redacción autógrafa del acta del interrogatorio por parte del interrogado en caso de proceso escrito y la grabación de sus declaraciones en el oral²⁹⁵; la tolerancia con sus interrupciones o intemperancias²⁹⁶; la obligación de «seguir a las comprobaciones que el indagatorio designe»²⁹⁷; y, sobre todo, la libertad personal del imputado, que es lo único que garantiza la igualdad con la acusación, la seriedad de las declaraciones y la capacidad de autodefensa²⁹⁸.

En definitiva, el esquema triádico y la epistemología falsacionista,

propias del garantismo procesal acusatorio, excluyen cualquier colaboración del imputado con la acusación que sea el fruto de sugerencias o negociaciones, tanto más si se hubieran desarrollado en la sombra. Contra tales prácticas alzaron sus voces, aunque con argumentos y tonos diversos, Beccaria²⁹⁹, Diderot³⁰⁰, Filangieri³⁰¹, Pagano³⁰², Romagnosi³⁰³ y, con particular firmeza, Carrara, que calificó como «inmoralidades» e «infamias» todas las seducciones del reo que se manifestasen en promesas o halagos, calificándolas como un «abuso de autoridad» penalmente sancionable³⁰⁴. Todas las garantías penales y procesales —y no sólo el papel del interrogatorio como medio de defensa— resultan efectivamente alteradas con la negociación entre las partes o, peor aún, entre juez e imputado que tenga por objeto la prueba y la pena: el nexo retributivo entre pena y delito, ya que la pena y su medida se hacen depender de la conducta procesal del reo más que de la gravedad del delito; el principio de estricta legalidad, por el carácter totalmente indeterminado y opinable del grado de fiabilidad y de relevancia de la colaboración prestada y, por ello, de los presupuestos de la bonificación en la pena; el principio de materialidad, dado el carácter eminentemente subjetivo de la actividad colaboracionista o, aún peor, del «arrepentimiento» o de la «disociación» requeridas al imputado, sobre quien además se desplaza la carga acusatoria de la prueba; el principio de contradicción, a causa de la confusión de papeles entre las partes y por el carácter de monólogo que se imprime a toda la actividad procesal; las garantías de defensa y publicidad, porque la colaboración del imputado con la acusación requiere un *tête à tête* entre investigador e investigado que no tolera la presencia de terceros extraños y que, al contrario, por el carácter desigual de la relación entre los contratantes, se degrada a turbias transferencias de confianza del tipo «siervo y patrón»; el principio, por último, de la igualdad penal, dado que sólo pueden colaborar, tratar y lucrarse los culpables y tanto más si lo son gravemente, mientras que no podrían hacer otro tanto los inocentes o los que tienen responsabilidades marginales y que, por no saber nada del delito y al no poder aportar ninguna contribución acusatoria, resultan doblemente penalizados. Legalidad, jurisdiccionalidad, indeterminabilidad de la acción y del juicio e indisponibilidad de las situaciones penales se desvanecen en definitiva en esta negociación desigual, dejando espacio a un poder enteramente positivo que desemboca inevitablemente en el arbitrio³⁰⁵.

Por desgracia, la práctica de la contratación y del intercambio entre confesión y delaciones por una parte e impunidad o reducciones de pena por otra, ha sido siempre una tentación recurrente en la historia del derecho penal³⁰⁶; de la legislación y, más todavía, de la jurisdicción por la tendencia de los jueces y sobre todo de los instructores a hacer uso de su poder de disposición para obtener de cualquier modo la colaboración de los imputados. La única forma de erradi-

carla sería la absoluta prohibición legal de atribuir alguna relevancia penal al comportamiento procesal del imputado, incluso a los fines de la determinación judicial de la pena dentro de los límites legales, prohibición que, a largo plazo, acabaría por convertirse en una regla de deontología profesional de los magistrados. El legislador italiano, sugestionado por los peores aspectos de la experiencia americana, ha elegido, en cambio, el camino opuesto, legitimando la negociación, primero, con las leyes de emergencia sobre los «arrepentidos» y, después, todavía con mayor amplitud, con la reciente reforma del código de procedimiento penal. El resultado, como haré ver en los apartados 45 y 54, es, inevitablemente, la corrupción de la jurisdicción, la contaminación policial de los procedimientos y de los modos de investigación y de juicio y la consiguiente pérdida de legitimación política o externa del poder judicial.

3. *La carga acusatoria de la prueba. Fuentes y medios de prueba.* Las diferencias entre sistema inquisitivo y sistema acusatorio que se manifiestan en el interrogatorio del imputado no son más que un reflejo de la alternativa epistemológica entre las dos concepciones opuestas de la verdad procesal que caracterizan a los dos sistemas y que condicionan en general los medios de prueba.

La verdad deseada y perseguida por el proceso inquisitivo, concebida como absoluta o sustancial y, en consecuencia, *única*, no puede ser de parte y no admite, por tanto, la legitimidad de puntos de vista contrastantes cuyo conflicto deba ser arbitrado por un juez imparcial. Así, resulta que el sistema inquisitivo no sólo no exige, sino que excluye, el control desde abajo y en particular el del imputado. Secreto, escritura y, sobre todo, ausencia de contradicción y de defensa son los corolarios de su epistemología eminentemente sustancialista, que remite exclusivamente a la capacidad y potestad investigadora del juez-inquisidor para la obtención de la verdad. A la concepción monista de la verdad corresponde el carácter monista y monolítico de la actividad procesal, cuyo único protagonista es el juez, que es al mismo tiempo acusador y exige, además, la colaboración del imputado. Se entiende que sobre esta base no tenga sentido hablar de carga de la prueba para la acusación, sino a lo sumo de *necesidad de la prueba*: exigida, pretendida —o arrancada sin más—, al propio acusado.

Por el contrario, la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa; es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso; portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos. En el conflicto, por otra parte, el

primer movimiento incumbe a la acusación. Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación. De aquí el corolario de la *carga acusatoria de la prueba* expresado por nuestro axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por otro lado, la rígida separación de papeles entre los actores del proceso, que como se ha visto en los apartados 10.7 y 39.3 constituye la primera característica del sistema acusatorio, impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de la refutación, ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas. De la misma manera que al acusador le están vetadas las funciones de enjuiciamiento, al juez deben estarle prohibidas las funciones de acusación, siendo inadmisibles la confusión de funciones entre los dos sujetos que, por el contrario, caracteriza al proceso mixto, donde el ministerio público forma las pruebas y decide sobre la libertad personal del imputado y el juez instructor tiene, a su vez, poderes de iniciativa en materia probatoria y desarrolla de hecho las investigaciones con ayuda de la acusación.

Toda la doctrina garantista de la prueba deriva de esta concepción epistemológica de tipo falsacionista. Ya he analizado en el apartado 10 la estructura lógica y las condiciones epistemológicas de la «prueba adecuada» o «convinciente» requeridas por el axioma A9. Excluidas, por un lado, las pruebas legales, cuya idoneidad convencional para sostener deductivamente la conclusión del razonamiento probatorio es un residuo de epistemología mágico-ordálica, y, por otro, el criterio potestativo de la libre convicción como condición positiva de la condena, he reformulado la relación entre *pruebas* y *convicción* de culpabilidad, considerando a las primeras como condiciones necesarias pero nunca suficientes por sí solas para justificar la segunda, que, en este sentido (pero sólo en este sentido), puede por tanto ser re-putada «libre». Precisamente, he mostrado cómo la libre convicción, mientras equivale a un principio autoritario cuando permite, como ocurre según los cánones corrientes, la formación del juicio de culpabilidad con independencia de las pruebas, representa una garantía a la medida en que, por un lado, somete cualquier medio de prueba a la libre valoración del juez privándole de todo carácter presuntamente probatorio, y, por otro, permite el juicio de culpabilidad sólo si «adecuadamente probado», es decir, confirmado por *modus ponens* por una pluralidad de pruebas y no desmentido por *modus tollens* por ninguna contraprueba. El juez, según este principio, puede, en suma, condenar no simplemente *secundum conscientiam* sino *ex informata conscientia*, justificando su convicción *iuxta alligata atque probata*³⁰⁷.

Naturalmente, es imposible aquí apuntar siquiera los innumera-

bles problemas ligados a la valoración de cada uno de los medios de prueba y a sus condiciones de admisibilidad o de exclusión. Me limitaré a recordar que, según una clasificación de manual, las pruebas se distinguen en confesiones, testimonios y documentos, y se diferencian de los indicios en que éstos se conciben como «subrogados de prueba»³⁰⁸. Vimos en el apartado 10.2 la falta de fundamento epistemológico de esta segunda distinción, que reformulamos con referencia a la naturaleza —presente o pasada— del hecho probante: «prueba», en este sentido, equivale a «medio de prueba». Podemos, en cambio, conservar la tripartición de las pruebas en confesiones, testimonios y documentos, si incluimos también las pericias, los reconocimientos y los carceos en los testimonios y en los documentos cualquier pieza de convicción, aunque no sea escrita, que esté dotada de fuerza inductiva.

Los principales problemas hacen referencia a las confesiones y a los testimonios, aunque sólo sea porque unas y otras comportan una actividad investigadora ejercida directamente sobre personas. Es en estas actividades donde se manifiestan los diversos estilos procesales: del estilo acusatorio, en el que es una máxima la imparcialidad del juez, simple espectador del interrogatorio que desarrollan la acusación y la defensa, al mixto, en el que los espectadores son las partes y es el juez quien conduce el interrogatorio, hasta el inquisitivo, donde el juez se identifica con la acusación y por eso interroga, indaga, recoge, forma y valora las pruebas. Los diversos estilos indican la distinta relación antes ilustrada entre medios y fines en el proceso: la primacía del fin de una verdad máxima, obtenida por cualquier medio, en el proceso inquisitivo, y la primacía de los medios, en cuanto garantías de una verdad mínima pero lo más cierta posible, en el proceso acusatorio. Y son el reflejo de un contenido distinto del principio de legalidad procesal en los dos sistemas: mientras en el proceso acusatorio la valoración es libre pero el método de obtención de la prueba está vinculado, en el proceso inquisitivo la valoración de las pruebas está vinculada pero es libre su método de formación.

Así, la confesión, que en el sistema inquisitivo es arrancada por cualquier medio pero vincula legalmente el juicio, en el sistema acusatorio y garantista está sujeta a una larga serie de reglas de formación, como la espontaneidad, la no incidentalidad, la univocidad, etc.³⁰⁹ Y, sin embargo, carece de todo valor legal decisorio³¹⁰. Más exactamente, no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de algún otro elemento de juicio, porque resulta inverosímil que, si es auténtica, el sedicente protagonista del delito no pueda aportar algunas otras confirmaciones; y tendrá valor probatorio en la medida en que vaya avalada por una pluralidad de datos y confirmaciones, según el principio de la fecundidad de las pruebas fiables ilustrado en el apartado 10.7. Asimismo, los testimonios, arrancados por el juez y dotados de valor probatorio legal en la inquisición, en el

proceso acusatorio se remiten de manera exclusiva a la iniciativa de las partes, expuestas a interrogatorio cruzado, vinculadas a la espontaneidad y al desinterés de los testigos, delimitadas en el objeto y en la forma por la prohibición de preguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas o dirigidas a obtener apreciaciones o juicios de valor³¹¹. El interrogatorio de los testigos por el juez o, peor aún, por la acusación sin presencia del juez; la transcripción de los testimonios hecha al dictado del juez o de la acusación; el poder ilimitado del juez para admitir o rechazar pruebas; y, en fin, ese sucedáneo moderno de la tortura consistente en coartar a los testigos mediante la incriminación y la condena, salvo retractación, por falso testimonio o negativa a declarar, son residuos inquisitivos.

4. *El derecho de defensa y el contradictorio*. El desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación comporta, lógicamente, el *derecho de defensa* para el imputado, expresado en el axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantía es la transposición jurídica de la que en el apartado 10.8 he identificado como la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La *defensa*, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes. La epistemología falsacionista que está en la base de este método no permite juicios positivos sino que requiere, como tutela de la presunción de inocencia, un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas.

Esta concepción del proceso como contienda o controversia se remonta, como se dijo en el apartado 10.4, al paradigma de la *disputatio*, elaborado por la tradición retórica clásica y recibido, a través de la experiencia inglesa, en el proceso acusatorio moderno. Y expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica —además de la fecundidad lógica— de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado. Es obvio que el presupuesto epistemológico de la defensa —como del resto de la prueba— es la taxatividad y materialidad del tipo penal: las hipótesis acusatorias, como se ha demostrado ampliamente en los capítulos precedentes, deben consistir en aserciones empíricas que afirmen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley, puesto que las aserciones de significado indeterminado, y menos aún los juicios de valor («Ticio ha cometido malos tratos», «actos obscenos», «subver-

sivos», o bien «es peligroso», y similares), no son verificables ni refutables y no permiten refutaciones sino todo lo más invocaciones de clemencia.

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los carcos.

La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público. En un ordenamiento cuyas «leyes fuesen tan sencillas que su conocimiento estuviese al alcance de todos los ciudadanos», escribió Bentham, cada cual podría «dirigir y defender su causa en justicia como administra y dirige sus demás negocios» y sería por tanto suficiente la *auto-defensa*³¹². Pero «en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades», es necesaria la *defensa técnica* de un abogado de profesión «para restablecer la igualdad entre las partes, respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición»³¹³ del imputado. Fue precisamente con las reformas ilustradas cuando la defensa técnica, reducida durante siglos por la inquisición a «un arte baja de intrigas»³¹⁴, asumió la forma moderna de la asistencia legal obligatoria³¹⁵. Naturalmente, «defensa técnica obligatoria» no quiere decir que la asistencia de un abogado dotado de capacidad profesional sea una obligación para el imputado, sino que es un derecho, al que puede renunciar libremente, sin perjuicio de la obligación del estado de asegurarla gratuitamente si aquel no dispone de medios para beneficiarse de ella³¹⁶. En lo que respecta a la paridad de poderes, es claro que supone que la acusación pública no tenga ningún poder sobre el imputado, pues todos los poderes de una parte sobre la otra acaban por «darles muerte a las libertades civiles»³¹⁷; pero exigiría también, según las indicaciones ilustradas recordadas en el apartado 40.3, la *defensa pública* de un magistrado, junto a la defensa profesional del defensor privado, subordinada a sus estrategias defensivas, pero dotada de las mismas funciones y potestades investigadoras que el ministerio público.

La segunda condición, relativa a la esfera de intervención del imputado y su defensor, es todavía más importante. El pensamiento ilustrado, en coherencia con la opción acusatoria, reivindicó la presencia de uno y otro en todas las actividades probatorias. Voltaire protestó contra la posibilidad de que el careo entre el imputado y los testigos de la acusación quedase a la discrecionalidad del juez en lugar de ser algo obligatorio³¹⁸. Filangieri sostuvo que, al imputado, el

legislador «debería permitirle que contase con el auxilio de uno o más abogados en todos los trámites del proceso»³¹⁹. Bentham propugnó la presencia del defensor en el interrogatorio no sólo del imputado sino también de los testigos³²⁰. Y otro tanto hizo Pagano, que quiso que los testigos de la acusación «se interrogaran *ex integro* en presencia del reo» y subrayó «cuanto ayuda a conocer la verdad esa contradicción»³²¹.

Estos dos órdenes de expectativas —la equiparación de la defensa y la acusación y su intervención en todos los actos de la instrucción— se vieron frustrados en la experiencia procesal decimonónica. La figura del «ministerio público de defensa» no fue nunca instituida, mientras que la del «defensor de oficio» no pasó de ser un simulacro. Sobre todo después, en el proceso mixto inaugurado por el código francés de 1808 y difundido en toda la Europa continental, los derechos de la defensa fueron neutralizados durante toda la fase de instrucción, que volvió a ser inquisitiva, es decir, confiada a la iniciativa del juez, escrita, secreta, sin contradicción, totalmente dominada por la acusación. De ello se derivó una disparidad entre la defensa y el ministerio público³²² —colocado junto al juez instructor en el rito formal y ocupando su lugar en la instrucción sumaria— que fue abiertamente teorizada por el ministro Rocco en la exposición de motivos del código de procedimiento de 1930: «No es admisible el principio que equipara al ministerio fiscal con el imputado, hasta exigir que a cada facultad del primero corresponda una facultad del segundo. Este principio descende de un concepto de igualdad que, si puede admitirse en el proceso acusatorio puro, en el que acusador e imputado son personas privadas, es manifestamente erróneo en el derecho procesal vigente, en el que el acusador es un órgano público»³²³.

En la fase de instrucción el defensor fue consecuentemente excluido, en continuidad con la tradición inquisitiva³²⁴, hasta de la asistencia al interrogatorio del imputado. Y sus poderes se redujeron, en esta fase, a la facultad de entrevistarse con su defendido después del interrogatorio, de asistir a los experimentos judiciales, a las pericias, a los reconocimientos y a los registros domiciliarios, así como de tener vista del sumario una vez concluida la instrucción. Durante los años de la república el sistema ha sido objeto de continuas reformas y contrarreformas que han acrecentado su carácter híbrido e irracional: así, en Italia, con las reformas de 1955 y 1971, se introdujo, como en Francia a partir de una ley procesal de 1897, el derecho del defensor a asistir al interrogatorio del imputado. Pero poco después, como se verá en la parte cuarta, este derecho se suspendió: primero, para los delitos de terrorismo por un decreto-ley de 1978, y después, con carácter general, en los arts. 350.5 y 364.5 del nuevo código de procedimiento penal se permite el interrogatorio del imputado sin defensor, con amplios márgenes de discrecionalidad, tanto a la policía como a la acusación pública.

5. *La publicidad y la oralidad. La media oralidad y la media publicidad del proceso en dos fases.* Para que sea posible el control sobre el respeto de las garantías procesales examinadas hasta ahora, es necesario un segundo conjunto de garantías, instrumentales o secundarias respecto de las primeras: la publicidad y la oralidad del juicio, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones. Se trata de garantías que cabe calificar de segundo grado, es decir, de *garantías de garantías*: sólo si la instrucción probatoria se desarrolla en público y, por consiguiente, de forma oral y concentrada, si además es conforme al rito previsto con ese objeto y si, en fin, la decisión está vinculada a dar cuenta de todos los eventos procesales, así como de las pruebas y contrapruebas que la motivan, es posible, en efecto, tener una relativa certeza de que han sido satisfechas las garantías primarias, más intrínsecamente epistemológicas, de la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa. Por eso, la publicidad y la oralidad son también rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias, mientras que el secreto y la escritura son a su vez elementos caracterizadores del método inquisitivo. En cuanto a las garantías de la motivación y de la ritualidad, no pertenecen específicamente al método acusatorio, habiendo sido concebidas, más bien, en el marco de la tradición inquisitiva; pero son en todo caso esenciales a cualquier método procesal, sea acusatorio, inquisitivo o mixto.

La primera de estas garantías —la *publicidad*— es la que asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio. Presente en la tradición clásica, tanto en Grecia como en la Roma republicana³²⁵, entró en crisis con la afirmación del proceso inquisitivo en la Roma imperial, cuando la sala de audiencias (*secretarium*) comenzó a estar cerrada por una cortina (*velum*) que se levantaba (*levato velo*) cuando se quería dar publicidad al proceso³²⁶. Y desapareció del todo en la experiencia procesal medieval, no sólo en la inquisitiva sino incluso en la acusatoria, rigidamente caracterizada, salvo en Inglaterra, por el secreto y la escritura tanto de las acusaciones como de las pruebas³²⁷.

La polémica contra el secreto y la reivindicación de la publicidad en todas las fases del proceso como dique frente al arbitrio son, por lo demás, una de las contribuciones más meritorias del pensamiento ilustrado a la reforma en sentido acusatorio del proceso penal moderno. «Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito», escribió Beccaria, «para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos»³²⁸. «Entre

nosotros todo se hace en secreto. Un solo juez, con su secretario, oye a los testigos uno después del otro..., y, encerrado con ellos, puede hacerles decir todo lo que quiere», lamentaba Voltaire contraponiendo este proceso al «noble y leal» de los romanos, donde «los testigos eran oídos públicamente en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles por sí mismo, o ponerlos en confrontación con un abogado»³²⁹; y preguntaba: «¿De verdad el secreto conviene a la justicia? ¿No debiera ser sólo propio del delito el esconderse?»³³⁰. Igualmente, Filangieri denunció el «método absurdo y feroz» derivado de la connivencia entre «un secreto misterioso y arbitrario», que ha acompañado «los primeros y más importantes pasos de nuestro modo de enjuiciar», con el «estado de violencia y de tormento» de la prisión preventiva cuando «el ciudadano... ignora lo que se trama contra él; y si está inocente, no puede ni aun sospechar la tempestad que le amenaza»³³¹. Romagnosi denunció «el escandaloso contrasentido» de la endiada «justicia y secreto», subrayando «la monstruosidad y la iniquidad» de una «justicia administrada en la sombra»³³². Y lo mismo hizo Pagano, que protestó con palabras hoy más actuales que nunca contra el carácter ficticio y discriminatorio del «misterioso arcano de los juicios criminales»: ya que «todo proceso es desde el principio conocido para todos los reos, excepto para los pobres. Los abogados, el ministerio público y todo el mundo forense no lo ignora. Hagase, entonces, por ley y para beneficio público lo que hoy se hace por corrupción y con opresión sólo del pobre»³³³.

«La publicidad es el alma de la justicia», declaró, en fin, Bentham³³⁴, al que se deben las páginas tal vez más penetrantes contra el secreto: no sólo porque «es la más eficaz salvaguardia del testimonio», del que asegura, gracias al control del público, la «veracidad»³³⁵, sino sobre todo porque favorece la «probidad» de los jueces al actuar «como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar»³³⁶, permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una «opinión pública», de otro modo «muda o impotente sobre los abusos» de los jueces³³⁷; funda «la confianza del público»³³⁸, y refuerza la independencia de los magistrados acrecentando su responsabilidad social y neutralizando los vínculos jerárquicos y el «espíritu de cuerpo»³³⁹. Por el contrario, escribió Bentham, «cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado», ya que «la inocencia y el misterio nunca van juntos, y quien se oculta está más que a medias convicto. He aquí el principio según el cual actúan. ¿Por qué no servirse de dicho principio contra ellos mismos? Su conducta ¿no ofrece idénticas apariencias de culpabilidad? Si fuesen inocentes, ¿tendrían miedo de parecerlo? Si no tuviesen nada que temer de las miradas del público, ¿por qué se encerrarían en un recinto de tinieblas? ¿Por qué harían del palacio de justicia una cueva tan secreta como la de los ladrones? Y al hacerles reproches injustos, ¿pueden quejarse?»³⁴⁰.

Existe, en definitiva, un nexo indisoluble entre publicidad y de-

mocracia en el proceso. «Me cuesta trabajo concebir», afirmó también Bentham, «que se pueda utilizar un lenguaje como éste: 'Creed ciegamente en mi integridad, pues estoy por encima de toda debilidad, de todo error, de toda tentación; yo soy mi propia caución; conceded una fe implícita a virtudes sobrehumanas'. El verdadero honor de un juez consiste en no reclamar jamás tal confianza, en rechazarla si se le quisiese acordar, en ponerse por encima de las sospechas impidiéndolas nacer y en dar a todo el público la custodia de su virtud y de su conciencia»³⁴¹. La opción por la transparencia de los juicios representa la discriminación más segura entre culturas jurídicas democráticas y culturas autoritarias. No por casualidad, el principio de publicidad, introducido durante la Revolución francesa, con los decretos 8-9 de octubre de 1789 y de 16-29 septiembre de 1791, fue abolido, junto a la breve experiencia acusatoria, por la reacción terrorista y después por la codificación napoleónica³⁴². Y, en el siglo pasado, el valor de la publicidad, reivindicado con fuerza por toda la Escuela liberal Clásica³⁴³, fue rechazado de forma concordante por todas las orientaciones regresivas del pensamiento jurídico en nombre de gastados argumentos de eficacia³⁴⁴ o, peor aún, del valor asociado al anonimato de la justicia como signo de su universalidad³⁴⁵.

Naturalmente, la publicidad del proceso no tiene nada que ver con su resonancia o espectacularidad, que muy bien pueden conciliarse con el secreto en la obtención y formación de las pruebas. Precisamente de este tipo es la *media publicidad* asegurada por el «proceso mixto» de origen napoleónico, introducido en Italia con el código Rocco y perpetuado, en este aspecto, por el nuevo código: público y solemne en la fase del juicio oral, protegido por el secreto, pero abierto a indiscreciones incontroladas, en la vieja fase instructoria y ahora en las investigaciones preliminares. Es claro que esta híbrida unión de secreto y resonancia comporta para el imputado tanto las desventajas del secreto como las de la publicidad. El rumor en torno al proceso, enormemente acrecentado por la ambigua relación instaurada en estos años entre *mass media* y actividad investigadora, es, en efecto, inversamente proporcional a la efectiva cognoscibilidad de los actos procesales, que la fuga de noticias permite de forma distorsionada durante la instrucción y que la mole creciente de las actuaciones judiciales impide de hecho durante el enjuiciamiento³⁴⁶. En este sentido, la media publicidad del proceso mixto acaba siendo una publicidad sólo de las acusaciones —la incriminación, la privación de libertad o quizá las pruebas de cargo— y no también de las defensas, transformándose así su función de garantía frente al arbitrio en instrumento añadido de penalización social preventiva. En la parte cuarta haré ver cómo este cambio señala el prevalecimiento de la función intimidatoria y estigmatizadora del proceso sobre la de la pena en la moderna estrategia del control penal; y que una confirmación de esta tendencia viene dada por la progresiva reducción cuantitativa del volumen de las

penas frente a la paralela inflación de los procesos, así como por la prevalencia, en la población carcelaria, del número de presos en espera de juicio sobre el de los que cumplen condena. Pero es ya claro que esta anómala función punitiva del proceso es un aspecto inquietante de la apuntada transformación del derecho penal, de sistema de control retributivo en sistema de control preventivo³⁴⁷.

La *oralidad* del juicio está estrechamente vinculada a la publicidad, de la que representa la principal garantía. La forma hablada, en efecto, implica necesariamente la publicidad, en cuya ausencia las declaraciones, tanto del imputado como de los testigos, deben ser puestas por escrito; y el secreto, si quiere ser conservado, implica la forma escrita, no pudiendo asociarse a la oralidad, sino que requiere la formación de pruebas con anterioridad al juicio público. Por eso Montesquieu relacionó históricamente con la difusión de la escritura el paso de la forma pública a la secreta en el proceso: «el uso de la escritura fija las ideas y puede ser causa de que se introduzca el secreto: pero cuando no existe tal uso, sólo la publicidad del procedimiento puede fijar dichas ideas»³⁴⁸. Y es obvio que la alternativa axiológica entre forma oral y forma escrita, al igual que entre publicidad y secreto, refleja la diversidad de los métodos probatorios propios del sistema acusatorio y del inquisitivo: mientras la forma escrita es inevitable en un sistema procesal basado en las pruebas legales, la oral lo es, en cambio, en los sistemas informados por el principio de contradicción y la libre convicción.

Fue así como el principio de oralidad, dominante en el proceso acusatorio romano³⁴⁹ y desaparecido en el período intermedio³⁵⁰, fue redescubierto por el pensamiento ilustrado³⁵¹ y por la experiencia del proceso acusatorio en la Francia revolucionaria, para ser después nuevamente abandonado en el proceso mixto introducido por el código francés de 1808 y exportado con éste a Italia y a otros ordenamientos europeos³⁵². Es claro que la *media oralidad* de este sistema de compromiso —instrucción escrita y juicio oral— no tiene mayor valor que su *media publicidad*: las declaraciones orales producidas en el juicio están indudablemente prejuzgadas por las escritas recogidas durante la instrucción, de las que a menudo terminan por ser una confirmación ritual. A esto se une que en nuestro ordenamiento, incluso formalmente, la oralidad del juicio se ha visto reducida en muchos casos a mera ficción, en virtud de una ley de 17 de febrero de 1987, recogida en gran parte por el nuevo código, que, transformando en una mera «indicación» y reenvió a las actuaciones escritas del sumario la vieja y ritual «lectura de los autos», ha privado de contenido asimismo a la publicidad del juicio, reduciéndola a simple puesta en escena del material probatorio recogido con anterioridad.

La media publicidad y la media oralidad y las perturbadoras consecuencias que se han seguido de ellas son, a mi entender, un producto inevitable de la estructura bifásica del proceso mixto. El valor del

principio de oralidad, según las enseñanzas de Chiovenda y de Calamandrei, reside esencialmente en sus corolarios de la *inmediación* y la *concentración*³⁵³ del juicio, que precisamente la separación en dos fases del proceso mixto hace imposible. La oralidad, en efecto, sólo vale para garantizar la autenticidad de las pruebas y el control del público y del imputado sobre su formación si comporta, en primer lugar, el tratamiento de la causa en una sola audiencia o en varias audiencias próximas y, por tanto, sin solución de continuidad; en segundo lugar, la identidad de las personas físicas de los jueces desde el inicio de la causa hasta la decisión; en tercer lugar, y consecuentemente, el diálogo directo entre las partes y con el juez para que éste conozca de la causa «no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida»³⁵⁴. Resulta claro que la división del proceso en dos fases desarrolladas ante jueces diversos, y quizá a distancia de meses o de años una de otra, es exactamente lo contrario de todo esto: por un lado exige la escritura, por otro permite el secreto.

Debemos entonces preguntarnos cuáles son las funciones de la estructura bifásica del proceso, reproducida en formas nuevas —investigación y audiencia preliminar en lugar de la vieja instrucción— por el nuevo código de procedimiento italiano. Me parece que estas funciones son esencialmente dos: garantizar la asunción por un juez de algunas pruebas urgentes, no susceptibles de aplazamiento hasta el juicio sin riesgo de dispersión; permitir una rápida definición de la mayor parte de los procesos a través de un pronunciamiento de sobreseimiento o, como se ha previsto por el nuevo código, mediante un trámite especial basado en la negociación. Estas dos funciones corresponden a las dos nuevas figuras de juez introducidas por el nuevo código: el juez de las investigaciones preliminares, competente para los incidentes probatorios y para la adopción de medidas cautelares, y el juez de la audiencia preliminar, competente para acordar el sobreseimiento, las negociaciones y el envío al juicio.

De estas dos funciones sólo la primera me parece insuprimible, si bien limitada a los incidentes probatorios y a algunas medidas cautelares de carácter personal o real, pero no a la prisión preventiva, cuya ilegitimidad he puesto de manifiesto en el apartado 38. La segunda función es, sin embargo, del todo impropia dentro de un modelo acusatorio y garantista. Los pronunciamientos de no haber lugar a proceder podrían, en efecto, quedar reservados para el juez de las investigaciones preliminares: tanto más cuanto que en esta fase la persona sometida a las mismas no tiene ni siquiera «la calidad de imputado», cuya asunción se remite, por el art. 60 del nuevo código, al momento de la solicitud de envío a juicio o de juicio especial. Los envíos a juicio que, con derogación del principio *ne procedat iudex ex officio* y recuperando el viejo esquema del juez instructor, el nuevo código confía al juez de la audiencia preliminar, deberían en cambio haber sido rigurosamente reservados al monopolio de la acusación pú-

blica. En cuanto a las negociaciones, que tal vez son la verdadera razón de la introducción de la audiencia preliminar, no sólo no justifican la pérdida de eficacia que se sigue de la duplicación del proceso ordinario, sino que representan, como haré ver en el apartado 45.5, las innovaciones más perversas del nuevo régimen, que contrastan con todo el conjunto de garantías penales y procesales.

Todo esto quiere decir que las garantías de la publicidad y la oralidad pueden ser admitidas sin términos medios una vez que se ha entrado, sin reservas ni compromisos, en la vía del proceso acusatorio puro. Es evidente que las investigaciones de policía deben efectuarse en secreto, bajo la dirección de la acusación pública. Pero esto sólo significa que no deben realizarse por el juez y han de preceder al juicio, so pena de desnaturalización en sentido policial tanto del juez como del juicio; que, por otra parte, debe estar vedada a la acusación, y más aún a la policía, la formación de las pruebas, que, por el contrario, deben producirse en régimen de contradicción con el imputado ante el juez del juicio oral y sólo excepcionalmente en forma de incidente previo; que, en fin, la formalización de la acusación deberá constituir el acto introductorio del ministerio público mediante el que se llama a las partes a confrontar sus tesis y sus argumentos probatorios en condiciones de paridad.

6. *El rito y el método legal de formación de las pruebas.* La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el *rito* fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez³⁵⁵, y «la sanción natural de todos los preceptos que constituyen el procedimiento es la nulidad de cualquier acto que lo viole. Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege»³⁵⁶. Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia³⁵⁷.

Las formas procesales de mayor relevancia son obviamente las que condicionan la validez de las pruebas al *método legal* de su formación. Estas impiden, entre otras cosas, que pueda tener relevancia la «ciencia privada» del juez a los fines de la convicción de culpabilidad, que debe producirse *secundum acta et probata*, a diferencia de la convicción de inocencia que, por la estructura lógica de la prueba analizada en el apartado 10.7, es posible con independencia de cualquier

prueba³⁵⁸. Es útil precisar que la legalidad del método de formación de las pruebas, aunque sea un condicionamiento jurídico-normativo de la verdad procesal y, por consiguiente, como se dijo en el apartado 4.4, un factor de divergencia del modelo ideal de la correspondencia, no tiene nada que ver con la legalidad de su valoración que caracteriza el sistema de las pruebas legales. Precisamente, el primado de los medios que caracteriza al modelo garantista exige, en efecto, que las pruebas, aun siendo libre su valoración, sean asumidas con un método legal; y que, por tanto, se rechace la máxima *male captum est bene retentum*, que en el método inquisitivo postula por el contrario la independencia de los medios respecto al fin de la prueba, vinculado, sin embargo, a la valoración legal de ésta.

Otro problema es el de la naturaleza de las formalidades, del que ya he hablado en los apartados 2.4 y 4.4: garantías frente el arbitrio cuando vinculan al juez y a las partes al respeto de reglas y criterios epistemológicos encaminados a la obtención de una verdad procesal mínima pero lo más acreditada posible por pruebas y contrapruebas; dañosos estorbos y oropeles cuando tienen el único efecto de complicar inútilmente los procedimientos, haciéndolos más gravosos, dilatando y dificultando su comprensión y el control por parte del imputado y de la opinión pública. Paradójicamente, las formas solemnes y las liturgias del rito son tanto más legitimadoras cuanto más inútiles e incomprensibles: «nuestros magistrados», escribió Pascal, «han conocido bien este misterio. Sus togas rojas, los armoños en los que se envuelven como gatos, los palacios donde juzgan, las flores de lis, todo este aparato augusto era muy necesario»³⁵⁹. Pero se trata, evidentemente, de una legitimación impropia e inaceptable en un ordenamiento democrático.

7. *La motivación. Verdad y validez en el proceso.* La última garantía procesal de segundo grado, que tiene el valor de una garantía de cierre del sistema SG, es la obligación de la *motivación* de las decisiones judiciales. Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la Santa Inquisición³⁶⁰ y antes aún en la de los magistrados romanos³⁶¹, el principio de la obligación de *reddere rationem* de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderno. Encaricada por Bacon³⁶² y después por el pensamiento ilustrado³⁶³, la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV de 27 septiembre 1774³⁶⁴, después por el art. 3 de la *Ordonnance criminelle* de Luis XVI de 1 de mayo de 1788³⁶⁵; posteriormente, por las leyes revolucionarias de 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790 y por el art. 208 de la Constitución francesa de 1795, y, por fin, recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos³⁶⁶. Mayores resistencias encontró la obligación de motivar en los sistemas anglosajones de tradición acusatoria a

causa de la discutable idea de la incompatibilidad entre motivación técnica y veredicto de los jurados³⁶⁷.

Se entiende, después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la *estricta legalidad* y de hecho a la *prueba* de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la «validez» de las sentencias resulta condicionada por la «verdad», aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el «poder tan inhumano»³⁶⁸ puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el «saber», también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. Y no sólo en apelación sino también en casación. Tanto la argumentación jurídica como la fáctica, tal como han sido analizadas en los apartados 9 y 10, responden efectivamente a la *lógica judicial, deductiva e inductiva*, respectivamente. Y son vicios lógicos, censurables también en casación, no sólo los que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la lógica inductiva de la inducción probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar por *modus ponens* las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos idóneos para invalidarlas por *modus tollens*, o, finalmente, por no haber sido desvirtuadas por *modus tollens* las contrahipótesis defensivas³⁶⁹.

La presencia y, sobre todo, la exposición al control de la motivación gracias a su forma lógica y semántica tienen por consiguiente el valor de una discriminación entre métodos procesales opuestos y, como reflejo, entre modelos opuestos de derecho penal: entre lo que Carrara llamaba «convicción autocrática» porque estaba basada en la «mera inspiración del sentimiento» y la «convicción razonada», por haberse expuesto las «razones» tanto jurídicas como fácticas³⁷⁰ y, en consecuencia —según la alternativa enunciada desde el comienzo de este libro—, entre cognoscitismo y decisionismo penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y sustancialismo penal. Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la motivación tiene también el valor «*endo-procesal*» de garantía de defensa y el valor «*extra-procesal*» de garantía de publicidad³⁷¹. Y puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial.

nocimiento de todo cuanto lo pondría en condiciones de juzgar mejor. Se establece su ineptitud para despreciarlo, y se parte de ese desprecio para perpetuar su ineptitud. Tal es el círculo en el cual se gira. Círculo tan vicioso en lógica como en moral. Eso es lo mismo que proceder con una nación como aquel tutor culpable que, queriendo ascender al trono de su pupilo le hizo sacar los ojos para fundar sobre esa enfermedad un medio legal de exclusión». Por otra parte, añade Bentham, la apatía del público y su incapacidad de crítica han sido siempre el origen de todos los «vicios» de la justicia: es decir, que prevalezcan «aquellos intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispuestos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas» (t. I, lib. I, cap. II, p. 14). La crítica pública también por parte de los magistrados de las resoluciones de los jueces, como instrumento de responsabilización y democratización de la función judicial, ha conformado, desde sus orígenes, uno de los motivos animadores de la acción del grupo de «Magistratura Democrática»: véanse los trabajos citados en la nota 52 del cap. 12 y, además, M. Ramat, *Responsabilità politica*, cit.; S. Senese, *Sovranità popolare e amministrazione di giustizia*, en «Quale giustizia», 1973, 21-22, pp. 381 ss.; Id., *La critica dei provvedimenti giudiziari da parte dei magistrati*, en N. Lipari (ed.), *Giustizia e informazione*, Laterza, Roma-Bari, 1975, pp. 243 ss.; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia*, cit., pp. 62 y 69-77.

259. O. c., p. 253. Sobre el nexo entre obligación de motivar, responsabilidad e independencia de los jueces, cf. también *ibid.*, p. 212.

260. En favor del «juez único» mejor que colegiado «porque responde al concepto de mayor responsabilidad», se pronunció L. Lucchini, o. c. p. 179. La publicidad de las opiniones discordantes en los tribunales colegiados fue criticada por Hegel con el peculiar argumento de que expresan «puntos de vista aun particulares» en contraste con el carácter universalmente válido de las sentencias (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 224, p. 296). Sobre los orígenes de la *dissenting opinion* en las deliberaciones públicas de la *Common Law Courts* y de la *House of Lords* en su función de órgano de última instancia, y sobre la recepción de la institución en el procedimiento civil soviético, cf. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 347 ss. Sobre la perspectiva de una personalización del juez como factor de responsabilización —mediante la introducción del «juez monocrático» y/o la institución del *dissenso*—, cf. I. Ferrajoli, *Per una riforma dell'ordinamento giudiziario*, en «Problemi del Socialismo», 1973, 18, pp. 810 ss.; G. Zagrebelsky, *Il giudice monocratico: prospettive di riforma*, en «Rivista di Diritto processuale», 1981, pp. 330 ss.; A. Baldassarre, *L'opinione dissidente e l'istruttoria di Amadei*, en «Democrazia e Diritto», 1981, 1-2, pp. 238 ss.; S. C. Panza y A. Reposo, *Le «dissenting opinions» ancora alla ribalta*, en «Quaderni costituzionali», 1981, pp. 595 ss. Sobre el carácter «difuso» del poder judicial como «rasgo sobresaliente y peculiar de la jurisdicción», véase E. Capaccioli, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1964, pp. 273 ss.; S. Senese, *Sovranità popolare*, cit. La ley n. 117 de 1988 sobre la responsabilidad civil, que fue la ocasión para introducir la institución de la publicidad del *dissenso*, lo rechazó de manera irresponsable, introduciendo el *dissenso* oculto con el alambicado sistema del «sobre sellado», justamente censurado por la sentencia n. 18 de 1989 por la Corte constitucional, que ha afirmado, entre otras cuestiones, la plena legitimidad constitucional de la *dissenting opinion*.

261. I. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., pp. 118-122; Id., *Per una riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., 18, 1973, pp. 801 ss.

262. F. Carrara, o. c., p. 254.

263. *Considerazioni sul processo criminale*, cit., VI, p. 29; *ibid.*, p. 33: «La falta total de juicios anuncia salvajes o, a lo sumo, las primeras asociaciones de las bárbaras ciudades. Una ruda manera de juzgar es el índice de una sociedad que todavía no es culta. El legítimo y regular proceso es el producto de una sabia legislación, de la cultura nacional y del moderado gobierno. Un proceso que abre un amplio espacio a la maquinación y a las dilaciones, que deja las riendas al arbitrio del juez al tiempo que parece frenarlo, es el indudable argumento de la pronta decadencia de una nación corrupta. El procedimiento arbitrario sin formalidades y sin proceso es al mismo tiempo el índice y el instrumento de un fatal e ilimitado despotismo».

264. Ambos fines están siempre formulados por Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. I, p. 6; por F. Carrara, o. c., 816, p. 278 y por Lucchini, o. c., pp. 5-7.

265. L. Lucchini, o. c., p. 133. La noción escolástica del proceso como instrumento de investigación de la verdad se recoge, además de en Lucchini (o. c., pp. 11 y 24) también en F. Carrara, o. c., 780, 781, 811, 815, 819 y 826, pp. 263, 264, 276, 278, 283, 284 y 287.

266. La crítica del método inquisitivo, porque es epistemológicamente inatendible además de políticamente antiliberal, es un motivo recurrente de la polémica ilustrada. Me limito a recordar a G. Filangieri (t. III, lib. III, cap. I, pp. 7-8), según el cual, conforme a la monstruosa confusión de los principios que es el método inquisitivo, «no hay delito, por manifiesto que sea, que no pueda quedar impune bajo los auspicios de ese complicado y erróneo método de proceder, ni inocencia, por conocida que sea, que pueda contar seguramente con la paz y la tranquilidad». De parecer exactamente opuesto fue Giovanni Carmignani, que consideró «científico» y «analítico» el método inquisitivo e «instintivo» y «sintético» el acusatorio (*Teoría*, cit., lib. IV, pp. 31 y 61).

267. Sobre la composición triangular del esquema procesal acusatorio, tanto bajo el prisma de los actores (acusador, reo, juez) como de sus respectivas actividades (acusación y prueba, defensa y refutación, juicio y sentencia), véase, por todos, F. Carrara, o. c., 827-835, pp. 287-292. Por el contrario el proceso inquisitivo, al no exigir un control desde abajo, se caracteriza como una relación dual y vertical entre inquisidor e inquisito pasivo: tanto si se articula, según el esquema premoderno, en las dos fases de la *inquisitio generalis* y de la *inquisitio specialis*, como si se reduce, como por ejemplo en la concepción positivista, a «examinar al *delincuente* para determinar su tipo y ver si debe someterse a medios *eliminatórios* o a medios *reparatórios*» (R. Garofalo, *Criminología*, cit., p. 324).

268. G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 49 ss.; *Id.*, *Accusa e sistema accusatorio*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., I, 1958, p. 340.

269. Siendo el proceso inquisitivo «fundatum non super iure agentis, sed super publicam utilitatem», el juez-inquisidor —se enseñaba— «non teneat stare conclusioni libellantis, cum non sit fundatum in eius iure et ideo ex arbitrio suo, subsistente iusta causa, potest mutare et variare suam sententiam, etiam non conformem libello» (M. A. Blancus, *Practica criminalis*, ex officina Stellae, Venetiis, 1555, p. 73).

270. F. Carrara, o. c., 833, pp. 289-290 y 901, p. 381.

271. *Ibid.*, t. II, 892, p. 364.

272. Sobre el requisito de la tempestividad se exploya ampliamente F. Carrara, o. c., 892, pp. 363-366, que distingue un «término *ad quem*», que debe consistir «en un tiempo que le permita (al justiciable) introducir en el proceso sus medios de defensa», y un «término *a quo*», que debe ser «antes de que le sea imposible contraponer a tiempo sus rectificaciones a las inducciones fiscales». Pero «en muchos casos sucede que, por defecto de los sistemas vigentes, la acusación dispone a veces de uno o hasta de dos

años de tiempo para recoger sus armas y prepararse a usarlas, en el momento estratégico, contra un ciudadano que durante ese tiempo no ha tenido otra facultad que la de gemir en el fondo de un calabozo; y he aquí que la acusación, el día que le place, se presenta a agredirlo, armada de pies a cabeza con una serie de testimonios y de indicios recogidos a su acomodo con el más estruendado artificio; y es en ese momento cuando la ley, ostentando generosa protección, le dice al infeliz acusado: «te concedo ocho o quince días de tiempo». Durante este intervalo, el reo tiene que conseguir defensor, y éste tiene que enterarse del hecho en los expedientes del proceso, comunicarle los resultados al reo y a su familia, y preparar a la vez los medios oportunos para rectificar las equivocaciones, disipar los errores y desenmascarar las falsedades que con harra frecuencia se introducen en el procedimiento de cargos. Además, el defensor raras veces tiene entre manos una sola defensa, y distraído así por otros compromisos anteriores, que también lo obligan en conciencia, le parecen todavía más breves aquellos términos, ya de suyo brevísimos; de ahí que, muy a menudo, la defensa que se lleva adelante sin materiales se reduzca a una vana palabrería y sea una irrisión verdadera». Por otra parte, sucede que la acusación recoge innumerables indicios «sin que el imputado sepa nada, ni él ni nadie que cuide de sus intereses asista a esas verificaciones... Armada de ese modo la acusación, viene a decirle al reo hipócritamente: «Te hago la intimidación debida, y te la hago completa, ya que pongo a tu vista todo lo que encontraron los funcionarios encargados de las pesquisas... Tienes plenísima libertad para refutar mis afirmaciones. La intimidación que te hago está hecha a tiempo, pues tienes quince días por delante, y el juez te conocerá más si se lo pides». ¡Qué hipocresía y qué manera de embaucar! Tal intimidación no es hecha a tiempo oportuno, respecto al término *a quo*, porque ya ese cadáver está sepultado y deshecho, esos paños han sufrido alteraciones, ese polvo ha sido dispersado o consumido por los químicos en sus exámenes; ¡qué van entonces a observar y comprobar los peritos defensores, aunque sean más imparciales y sabios que los peritos acusadores? Únicamente podrán aquellos presentar *teorías abstractas*, de las que se burlará la acusación, y no producirán ningún efecto en los jueces ante las *comprobaciones concretas* que los de la acusación presentan a su talento... No hay igualdad entre la acusación y la defensa, cuando a los soldados de ésta se les impide ver y observar lo que se les permite a los de aquélla».

273. Son palabras de F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXII, p. 11. La imagen, pero en el sentido de batalla con paridad de armas, se usa también por G. Carmignani, *Teoría*, cit., lib. IV, p. 203, para el proceso acusatorio.

274. También porque la confesión, teniendo el valor de prueba legal negativa además de positiva, era no sólo suficiente sino necesaria para la condena, de que consistía una suerte de suscripción o aceptación por parte del reo. La tortura («violenta veritatis per tormenta inquisitio», como la llamó Thomasius) —sobre la cual véanse, *supra*, las notas 33 del cap. 3 y 89, 98 y 102 de este capítulo— fue abolida en Nápoles en 1738 por una pragmática de Carlos III; en Prusia en 1740 por obra de Federico II apenas subió al trono; en Baden en 1767; en Mecklenburgo en 1769; en Sajonia en 1770; en Suecia en 1772; en Toscana en 1776 y formalmente en 1786 por Leopoldo I; en Austria en 1776 por María Teresa; en Francia por obra de Luis XVI, en 1780 (pero limitada a la tortura judicial, excluida la *préalable* al suplicio) y completamente en 1788 (salvo la amputación de la mano derecha antes de la ejecución de la pena capital para el parricidio, previsto todavía en el art. 13 del *Code de 1810*); en Venecia en 1787; en Lombardía en 1789 por Giuseppe II; en Piamonte en 1798 por Carlo Emanuele IV, después que en 1760 Carlo Emanuele III la hubiera abolido para los estrados de Aosta; en 1807 en Baviera; en 1890 en Wurtemberg; en 1812 en Sicilia; en 1818 en Hannover; en 1821 en Cerdeña, donde todavía estaba en vigor. En Inglaterra, donde la tortura no ha existido nunca formalmente, fue abolida en 1762 la llamada «pena fuer-

te y dura», en virtud de la cual el ciudadano que para evitar la confiscación de los bienes subsiguiente a la condena hubiese rechazado responder y aceptar el juicio, venía conducido a un lugar secreto, tendido desnudo en el suelo bajo una pesada piedra y alimentado sólo de pan y agua hasta que cambiaba de idea o moría: cf. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford 1769, IV, pp. 323 y ss; P. Verri, *Osservazioni sulla tortura*, cit., XIV-XV, pp. 108-110; G. Filangieri, o. c., lib. III, cap. XI, p. 406; G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, p. 218, nota; J. F. Stephen, *A History*, cit., I, pp. 298-300; D. Veall, *The Popular Movement for Law Reform*, cit., pp. 25-29. Para comprender hasta qué punto la práctica de la tortura y la idea de su legitimidad estuvieron arraigadas en la cultura premoderna, bastará recordar la supervivencia en Nápoles, después de que la tortura hubiera caído en desuso, de un residuo ritual de la misma, en forma de ficción jurídica: «si el rito obligaba a los magistrados a ordenarla», relata N. Nicolini, *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, cit., p. 86, «se representaba simplemente la escena, llevando al reo con una cuerda: al igual que tantas fórmulas, como de hecho ya en la antiquísima Roma, resultaron después con la jurisprudencia ficciones de derecho».

275. «Index cavere debet ne reo in primis ante omnia legat titulum criminis, testiumque depositiones»; «interrogando reum vel in genere vel in specie, cavere debet ne aliquam ei exprimat circumstantiam aut qualitatem»; «nequicquam dicat de commissio maleficio, nec in qua parte corporis percussit, nec quicquam de facto seu dicto, ne qualitates et circumstantias suggerat» (F. Chartarius, *Theoriae et praxis interrogandorum reorum libri quatuor*, cit., lib. II, cap. I, 65-67, pp. 14 y 24); «copia inquisitionis et indiciorum reo danda non est antequam examinetur» (*ibid.*, lib. III, cap. II, 22, pp. 54 y 60). De la no información de la acusación en el método inquisitivo habla también Pagano en el pasaje aquí reproducido en la nota 93.

276. *Ibid.*, lib. I, pp. 1-2 y lib. II, cap. I, 36, pp. 13 y 20.

277. *Ibid.*, lib. I, pp. 1 y 2. La misma tesis sobre la «iudicis interrogantis felicitas» consistente en «extorquere quod i noluerunt» se repite en el cap. III, 12, pp. 10-11.

278. *Ibid.*, lib. II, cap. I, 8, pp. 12 y 15. Otras reglas recomendadas en el mismo capítulo, 6, 10 y 16, pp. 12-17 son: «iudex excandescere non debet contra reos quos malos putat, nec precibus calamitosorum debet illachrymari»; «iudex cum reo quem interrogat disputationem ne ineat».

279. *Ibid.*, lib. II, cap. I, 77, pp. 14 y 26: «Ad inducendum reum ad dicendum veritatem postest illi iudex innuere quod iam scit eius factum, et taliter ita loqui ut reus quasi credat omnia iam scire iudicem... Ideo in genere stare debet dicendo: bene scitur ubi fuisti, et cum quo, et quo tempore, et quid fecisti, et dixisti, et tangat sibi aliquod certum quod scit ita esse, de aliis autem in genere loquatur».

280. *Ibid.*, lib. II, cap. I, 28-33, pp. 13 y 19, donde se tiene cuidado de precisar que «promissio impunitatis fieri reo non debet ad extorquendam confessionem, quando constaret delictum non esse verum, vel alium deliquisse».

281. *Ibid.*, lib. I, cap. I, 14 y 10 y lib. III, cap. II, 1, pp. 53 y 56.

282. *Ibid.*, pp. 56-57. A la tortura Chartarius dedica todo el libro IV, pp. 189.

262 de su obra, formulando para los jueces 254 reglas de comportamiento.

283. *Ibid.*, lib. III, cap. II, 23-24, pp. 54 y 60. Por otra parte, «iudex dubias rei responsiones et obscuras non debet admittre, sed cogere eum debet ad declarandum» (*ibid.*, lib. II, cap. I, 14, p. 12).

284. *Ibid.*, lib. III, cap. II, 74, p. 68.

285. Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., II, 19, p. 82: «Tampoco nadie puede estar obligado por un pacto a acusarse a sí mismo o a otra persona cuya condena le amargaría la vida»; Id., *Leviatán*, cit., XIV, p. 118: «Un convenio que implique un acusarse a sí mismo sin garantía de perdón, es igualmente inválido», por eso la crítica hob-

besiana de la tortura: «lo que se confiesa en una situación así, tiende sólo a aliviar a quien está siendo torturado, y no a informar a los torturadores. Por tanto, esas confesiones no tienen suficiente valor de testimonio; pues quien se libera a sí mismo mediante una acusación, ya sea ésta verdadera o falsa, lo hace usando de su derecho de conservar la vida» (pp. 118-119); *ibid.*, XXI, p. 179: «Si un hombre es interrogado por el soberano, o por su autoridad, en lo concerniente a un crimen por el cometido, no está obligado, a menos que se le garantice el perdón, a confesarlo; pues ningún hombre puede ser obligado por un convenio a acusarse a sí mismo». El principio fue sancionado en el derecho inglés por un estatuto de Carlos I en 1641, que prohibió tomar al imputado el juramento *ex officio* (sin cancelar sin embargo la tortura de la «pena fuerte y dura» recordada en la nota 274). Y fue después recibido en la V enmienda de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1791, tras haber sido afirmado en el apartado 8 de la Declaración de derechos de Virginia de 1776 y en la Carta constitucional de todos los estados americanos.

El contraste hace por eso tanto más frustrante la opinión de Beccaria, que quería fuera castigado el interrogado que no responde: «aquel que en el examen se obstinase, no respondiendo a las preguntas que se le hicieren, merece una pena determinada por las leyes; y pena de las más graves que entre ellas se hallaren para que los hombres no burles así la necesidad de ejemplo que deben al público» (o. c., XXXVIII, p. 101): indicación, por lo demás, inmediatamente recogida por la «Instrucción» para el código ruso dictada en 1767 por Catalina II, donde se afirma que «merece ser castigado el que por obstinación o por capricho rechaza responder a las preguntas del juez; y después por el código penal austriaco de 1803, que preveía penas corporales (pan, agua y azotes cada tres días) para el imputado que perseverase obstinadamente en el silencio; y por el código de instrucción criminal prusiano de 1805, que también autorizaba medidas coercitivas, exceptuadas la tortura, para hacer confesar al reo. Véase, sobre esta legislación, F. Carfora, *Interrogatorio*, en *Digesto Italiano*, cit., XIII, 1901, pp. 111 ss.; V. Grevi, «Nemo tenetur se detegere», Giuffrè, Milán, 1972, pp. 14-19; F. Cordero, *Riti e sapienza*, cit., pp. 409 ss.

286. *Considerazioni*, cit., XXIII, pp. 114-116; Id., *La logica dei probabili*, cit., XII, p. 31, donde se subraya la inatendibilidad, tanto si su objeto fuera la inocencia como la culpabilidad. En contra del juramento del reo, recuérdense también las palabras de Beccaria, o. c., XVIII, p. 59, que ve en él «una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre», por lo que no se puede exigir «al reo sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en encubirla; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción: como si la religión no cayera en la mayor parte de los hombres cuando habla el interés»; de G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. XV, can. 12, p. 169, que recuerda, en nota, su prohibición entre los romanos; de G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, cap. VIII, pp. 131 ss., que lo vincula a «la avidez de la verdad absoluta» y extrañamente lo asocia sólo al proceso acusatorio; y de F. Carrara, o. c., 937, p. 419, que destaca su contradicción, recordando la máxima romana «inhumanum est per leges quae perjurii puniunt viam perjurii aperire». Instituido por la *Ordinanza criminelle* de 1670, el juramento del imputado fue abolido en Francia por el art. 12 de la ley de 8-9 octubre de 1789, después de que ya hubiera sido suprimido en Toscana por Pedro Leopoldo en el 1786 junto con el deber de responder. Una prohibición expresa de juramento decisorio o supletorio del imputado fue introducida por el art. 204 del código de procedimiento del Reino de Italia de 1807, repetida en el art. 211 del código sardo de 1847 y finalmente en el art. 232 del código italiano de 1865; mientras fue omitida en los códigos de procedimiento penal de 1913 y de 1930 porque ya se consideraba superfluo. El *Code d'instruction* francés de 1808 no estableció, en cambio, ninguna prohibición. Diversa del todo es la

experiencia anglosajona, que, como se ha visto en la nota precedente, conoce la prohibición desde hace más de tres siglos. Existe, sin embargo, en el derecho inglés un extraño principio introducido por la *Criminal Evidence Act* de 1898: el imputado, mientras no puede ser constraído a jurar, tiene la facultad de asumir el papel de testigo en su propia defensa y, en tal caso, jura, se somete a la *cross examination* y es inculparable como *perjury* si depone falsamente: contra esta institución —cuya introducción en Italia fue propuesta por F. Carnelutti, *Natura del giuramento*, en «*Rivista di Diritto processuale penale*», en *Notissimo Digesto Italiano*, cit., VII, 1961, p. 963, el cual destaca su contraste con la libertad de defensa, por ser evidente que la negativa del imputado a deponer bajo juramento terminaría por volverse en su contra como argumento de acusación.

287. G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. XI, p. 137, en nota; *ibid.*, pp. 133-135: «el reo no tiene obligación de confesar su propio delito» y «el magistrado [...] no tiene derecho para exigir del reo no convicto la confesión». Palabras casi idénticas se encuentran en F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXII, p. 116. Cf. también F. Carrara, o. c., p. 932. El derecho al silencio había sido reconocido ya por D. Ayrault, *Ordre, formalité et instruction*, cit., lib. III, parte 3, apart. 27. Y también Hobbes había afirmado que «semejante testimonio está corrompido por naturaleza» y que, en particular, «estas contestaciones no son testimonios del hecho, sólo ayudan en la investigación de la verdad. Tanto si el torturado responde la verdad como si miente o no responde nada, siempre actúa con derecho» (*Del ciudadano*, II, 19, p. 83). En sentido contrario se pronunció en cambio, como se ha visto en la nota 48, G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, pp. 213-216, en coherencia con la tesis de que el imputado es un «medio de prueba» (*ibid.*, pp. 207-208). De una «obligación de veracidad» de los testigos, designando con esta expresión también a las partes, habló asimismo J. Bentham, *Teoría de las pruebas*, cit., t. I, lib. I, cap. XI, p. 66 y lib. III, cap. I, p. 178. En época más reciente la tesis del «deber testimonial» del imputado fue de nuevo propuesta por F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Ateneo, Roma, 1947, vol. II, pp. 165 ss.

288. A favor de las posibles manipulaciones psíquicas dirigidas a extraer la verdad se expresa cínicamente F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 168: «la tortura debe ser rechazada porque no ofrece ninguna garantía de veracidad en la respuesta del torturado, no porque lo constriña a desvelar un secreto. Porque si existiese un medio de coerción que ofreciera esa garantía, sin ocasionar grandes daños al cuerpo del interrogado, no habría ninguna razón para que no fuera adoptado». Contra tales «violencias medicinales» léanse las bellas páginas de F. Cordero, *Riti*, cit., pp. 410 ss.; *Id.*, *Procedura penale*, cit., pp. 18-19.

289. Según Filangieri, «considerese, pues, como se quiera la confesión de los reos, es constante que o no deberían exigirla las leyes, o no deberían dar ningún grado de valor a esta especie de prueba» (o. c., t. III, lib. III, cap. X, pp. 103-104). Cf. también, *ibid.*, XV, cap. 4, p. 166, donde se dice que «jamás tendrá ningún valor legal el testimonio directo del reo contra sí mismo».

290. La asistencia del defensor en el interrogatorio sumarial del imputado —excluida en el código de instrucción francés de 1808, debido a la rígida separación entre fase instructora de tipo inquisitivo y fase de juicio oral de tipo acusatorio— se introdujo en Francia por una ley de 8.12.1897. En Italia, aunque el art. 24 de la Constitución garantiza la defensa «en todo estado y grado del procedimiento», una norma análoga fue introducida sin embargo, después de un pronunciamiento de inconstitucionalidad (n. 190 de 16.12.1970) por una ley n. 62 de 18.3.1971, neutralizada poco después, como veremos en el apartado 50.3, por el poder extraordinario de «practicar sumarias investigaciones del sospechoso» sin la presencia del defensor, reconocido a la policía por

el d.l. n. 59 de 21.3.1978 para algunos delitos graves y después, con carácter general, por los arts. 305, 5.º y 364, 5.º del nuevo código de procedimiento.

291. F. M. Pagano, o. c., XXII, pp. 167-169; F. Carrara, o. c., 894, pp. 367-371. 292. Sobre la notificación del *costituito obietivo*, es decir, de todos los elementos de prueba o de acusación recogidos a cargo del reo para permitirle contradecirlos en tiempo, insiste sobre todo F. Carrara, o. c., 894, p. 369 y 936, p. 418, que llama «asesinatos judiciales» a las omisiones de este fundamental deber de lealtad procesal y la consiguiente «coartación de la defensa».

293. El principio se remonta al derecho romano, donde fue formulado así en un escrito de Trajano: «*Qui questionem habiturus est, non debet specialiter interrogare an Lucius Titus homicidium fecerit, sed generaliter quis id fecerit: alterum enim magis suggerentis quam requirentis videtur*» (Ulpianus, 8 de *officio proconsulis*, D. 48.18.1.21). Sobre esto, véase F. Carrara, o. c., 939-942, pp. 420 ss., que llama «*sugestión verbal*», asimilándola a la «*sugestión real*» de la tortura, a todo tipo de pregunta capciosa dirigida a influenciar al interrogado, sugiriéndole la respuesta, «que, por consiguiente, ya no viene a ser la expresión espontánea de su alma, ni la manifestación genuina de lo que sabía antes de presentarse al interrogatorio, sino un eco de lo que el juez le va sugiriendo. Viciosísimo es todo interrogatorio que peque de sugestión». Consecuentemente Carrara exige un «*método analítico*, es decir, que el juez que interroga no debe partir nunca de lo conocido, sino interrogar como si no supiera lo que sabe, pues de otro modo sugiere, no interroga» y debe «*buscar la mayor precisión y claridad del lenguaje*» (938, p. 419). Véase también *ibid.*, 894, p. 371, donde se citan las reglas de corrección procesal formuladas a fines del siglo XVII por J. P. Banniza, *Systema jurisprudentiae criminalis*, Trattner, Viena, 1755, cap. IX: desde el principio de que toda pregunta debe recaer sobre una sola circunstancia para evitar confundir al interrogado (apart. 8), a la prohibición de seducir a éste con promesas de impunidad o de otros favores (apart. 11), o también a la prohibición de atemorizarlo, amenazarlo, escarnecerlo (apart. 16) y similares.

294. «Siempre han de ser tenidos por reprotables todos los artificios mendaces y todos los medios sorpresivos con que el inquisidor seduce al reo para que confiese. Éstos son hechos inmorales a los que no deben prestar apoyo los jueces encargados de decidir, sino que deben repararlos no dándole ningún crédito a la confesión así arrancada, cuando el imputado la retracta. Y más vituperables todavía son esos artificios en que los investigadores se hacen aliados de los guardianes de las cárceles al invitarlos a aprovechar cualquier medio para que el detenido confiese; y sin embargo, en ciertos países era tan usual el empleo de tales infamias... Muy distintos eran los preceptos que regían en los pueblos verdaderamente civilizados, como lo prueba, respecto a Toscana, la ley procesal orgánica del 4 de noviembre de 1838, publicada por Leopoldo II con el título de *Dichiarazioni e istruzioni*, y que en su art. 537, núm. 2 ordena lo siguiente: «Queda prohibido... tomar declaración como testigos, tanto en los procesos escritos como en los juicios públicos, en contra de los imputados y acusados, excepto en las causas de fuga de la cárcel como lugar de custodia, a los demás detenidos en las mismas cárceles, respecto a las revelaciones que dichos imputados o acusados hayan hecho a los demás detenidos durante la custodia indicada». Es doloroso que bajo el gobierno de la libre Italia haya que lamentar ciertas órdenes de despojar ahora expulsados de ella, y que esas quejas sean miradas con desprecio por los que tienen la misión de impulsar la patria por los caminos del progreso, en vez de volver a llevarla a la barbarie de las prácticas medievales» (F. Carrara, o. c., 930, pp. 412-413, nota).

295. También es ésta una indicación de F. Carrara, o. c., 894, p. 371, nota 2 y 938, p. 420, nota 2, que la propone como única alternativa aceptable a la oralidad del juicio —para impedir las deformaciones inevitables de las declaraciones simplemente

suscritas del código Annamita—. El «proceso verbal» transcrito por un secretario o un *notarius* es, por el contrario, una típica institución inquisitiva (véase una detallada regulación del mismo en F. Chartarius, o. c., lib. III, cap. III, pp. 71-187).

296. «Aquí nunca se le recomendará suficientemente la tolerancia a los jueces que dirigen el debate. Sería vicio gravísimo si al reo que quiere objetar alguna cosa contra el testigo que está en su contra, se la cortara la palabra antes de que hubiera explicado el concepto de lo que quiere oponer, pues el reo no está ahí para ser un mudo espectador del juicio» (F. Carrara, o. c., 936, p. 417).

297. *Ibid.*, 894, p. 369. El principio —que refleja la condición epistemológica ilustrada en el apartado 10.6 del control defensivo por *modus tollens* de las hipótesis acusatorias y por *modus ponens* de las contrahipótesis que las contradicen— estaba enunciado expresamente en el art. 368 del código de procedimiento de 1930: «El juez debe investigar todos los hechos y circunstancias que ha expuesto el imputado en el interrogatorio, en cuanto puedan conducir a la averiguación de la verdad». Más genéricamente está enunciado en el art. 385 del nuevo código: «El ministerio público... realizará asimismo comprobaciones sobre los hechos y circunstancias favorables a la persona sometida a investigación».

298. Voltaire, *Prix*, cit., XXIII, p. 580: «Arrojar a un hombre a la cárcel, dejarlo solo presa del miedo y de la desesperación, interrogarlo solamente cuando ha perdido la memoria por la angustia, ¿no es como atraer a un viajero a una caverna de ladrones para asesinarlo?».

299. «Algunos tribunales ofrecen impunidad al cómplice de un grave delito que descubre a los otros. Este recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas; los inconvenientes son que la nación autoriza la traición, detestable aun entre los malvados; por lo que siempre son menos fatales a una sociedad los delitos de valor que los de vileza... Además de esto, el tribunal hace ver la propia incertidumbre y flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende. Las ventajas son evitar delitos importantes... Pareceráme que una ley general, la cual prometiese impunidad al cómplice manifestador de cualquier delito, fuese preferible a una especial declaración en un caso particular... pero en vano me atormento para destruir el remordimiento que siento, autorizando con las leyes sacrosantas, con el monumento de la pública confianza, y con la base de la moral humana, la traición y el disimulo. ¡Qué ejemplo sería para una nación si se faltase a la impunidad prometida, arrastrando al suplicio, por medio de doctas cavilaciones, en vergüenza de la fe pública, a quien ha correspondido al convite de las leyes!» (*De los delitos y de las penas*, cit., XXXVII, pp. 99-100). De otra opinión fue J. Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., t. III, lib. I, cap. XIV, que partiendo de premisas puramente utilitaristas refutó como no pertinentes las consideraciones de Beccaria en tema de «traición» y de «falsedad» entre «malvados»; excluyó, en consecuencia, el premio de la impunidad a los cómplices delatores, que siempre «es malo», sólo «si hay otro medio para conocerlos», pero «si no hay otro es bueno, por lo que la impunidad de uno solo es un mal menor que la de muchos»; advirtió que «nunca deben señalarse semejantes recompensas por una ley general»; que «sería una invitación para toda especie de delitos, pues sería lo mismo que si dijese el legislador: entre muchos criminales el más maligno no sólo quedará sin castigo, sino que será recompensado», y propuso en cambio que su otorgamiento se dejase «a la discreción del juez», a fin de no sustraer a ningún criminal «al temor de sufrir pena». El propio Bentham, sin embargo, reconoció que «el dominio de la recompensa es el último asilo en el que se ha atrincherado la autoridad arbitraria» (*ibid.*, XII, p. 125). En favor de los «premios para los delatores» se había manifestado casi tres siglos antes T. Moro, *Utopía*, cit., I, p. 103.

300. «Conceder la vida a aquel que ejecutará a sus compañeros es un medio muy

seguro de hacer morir a los menos culpables y de salvar al más malvado» (D. Diderot, *Observations*, cit., p. 397).

301. «Mucho menos se debería admitir como un motivo razonable de impunidad el perdón que se suele prometer al cómplice por el descubrimiento de los demás. Aun cuando la cantidad de las leyes no fuese incompatible con un remedio que lleva consigo la más vil traición; aun cuando no fuese un indicio de debilidad e impotencia el ver que la ley implora el auxilio del mismo que la ofende; aun cuando no hubiese mostrado la experiencia que en estos casos suele ser el más perverso el que se libra del rigor de la pena, la razón sola debería bastar para disuadir al legislador de echar la mano de este remedio, que no sólo es insuficiente para producir el efecto que se desea, sino que puede ser causa del efecto contrario. En vez de retirar al hombre perverso y astuto la esperanza o la seguridad de la impunidad concedida a la delación del cómplice, le dará más aliento para emprender un delito en que se necesite el concurso de muchas personas... Todos verán en la delación un asilo seguro, y lisonjeándose de este modo vendrá a suceder que la esperanza común de la impunidad debilita igualmente el terror de la pena...; y que frustradas las esperanzas del legislador, tenga éste que arrepentirse al ver los funestos efectos de un remedio que aunque útil, debería abandonarse como contrario a la respetable dignidad de las leyes» (*Ciencia de la legislación*, cit., t. IV, lib. III, cap. LVII, pp. 360-361).

302. «Ninguna confianza merece el reo que, alentado por la impunidad, señala a sus compañeros. Porque cuando se compra la impunidad al precio de la denuncia de los delitos y de los cómplices, el reo busca a menudo su salvación fingiendo delitos e imaginando cómplices: del mismo modo que el que, para procurarse el sustento, expende moneda falsa si no tiene de la verdadera» (*La lógica dei probabili*, cit., XIV, p. 37). También porque, más allá de las promesas de impunidad, «un reo que denuncia al cómplice ¿por cuántas razones lo puede hacer? Debiendo perecer por su delito, con frecuencia quiere arrastrar con él a sus enemigos en su ruina...; a menudo el órgano de la intriga sirve al interés del poderoso... A veces en la inculpação de ilustres socios busca la propia disculpa, porque el crédito de aquéllos hace inverosímil su delito o para que su defensa le salve también a él... Es también cierto que a veces su labor señalando al cómplice expresa la verdad. Pero de ordinario sucede que su delación sea el instrumento de la venganza, de la maldad o de una esperada protección. Quiere decirse que la delación del correo conlleva más frecuentemente lo falso que lo verdadero» (*ibid.*, pp. 36-37). Por ello, concluye Pagano, la «denuncia del cómplice» requiere siempre contrastes y confirmaciones, que no pueden consistir en otras «denuncias de cómplices» por parte de otros computados: «la sola «denuncia», aunque provenga de mil socios, no puede producir la certeza moral» (*ibid.*, p. 42).

303. «Permitir la impunidad subsiguiente al delito consumado es un expediente inhumano que lo fomenta... Cuando un gobierno quiere eficazmente apoderarse de un reo, lo puede conseguir sin rebajar su autoridad y sin emplear medios tan inmorales y ofensivos a la majestad y a la opinión de fuerza y de vigilancia que debe inspirar, como funestos para la seguridad pública y privada» (*Génesis del derecho penal*, cit., lib. II, cap. X, 896 y 899, pp. 332-333).

304. Véanse, *supra*, las notas 293 y 294. La calificación de «toda sugerión empleada por los jueces en sus interrogatorios» como «abuso de la autoridad» está en F. Carrara, *Programa. Parte especial*, V, 2513, p. 55, donde se exponen dos ejemplos de este delito: «los artificios utilizados para inducir a un inocente a declararse culpable» y los «usados por el juez instructor con el fin de que los testigos interrogados por él depongan de la manera que él quiere, aunque sea contraria a las opiniones y la intención de ellos».

305. Cf., sobre las arbitrariedades permitidas por semejantes contrataciones, la nota 119 de este capítulo y la nota 35 del cap. 10.

306. Una constitución de Arcadio y Honorio de 4 de septiembre del 397 estableció el premio de la impunidad para la denuncia de los cómplices de una conspiración: «si quis in exordio initiae factionis, studio verae laudis accensus, ipse prodiderit factionem, et praemio a nobis et honore donabitur. Is vero, qui usus fuerit factione, si vel sero, tamen incognita adhuc consiliorum arcana patefecerit, absolutioe tantum ac venia dignus habebitur» (CI. 9.8.5.7; C. Th. 9.14.3.7). Pero en el 423 Honorio y Teodosio —remitiéndose a la *veteris iuris auctoritas* según la cual no se debe dar crédito a las «denuncias de complicados» de los reos confesos (D. 48.18.26, CI. 9.41.4)— dictaron una norma exactamente opuesta, advirtiendo a los reos de no esperar indulgencia por la denuncia de los cómplices y llegando hasta a prohibir que el reo confeso fuera interrogado sobre los delitos cometidos por otros (CI. 9.2.17). La institución del premio para los reos delatores se desarrolló sin freno, sin embargo, incluso más allá de los delitos de subversión y traición en el período intermedio (A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., pp. 119-120). Recuérdese, todavía en 1765, el bando dado en Milán en el cual, en vista de los numerosos robos en las casas, se prometía «cien zecchini a quien suministrase indicios suficientes para la tortura, mediante los cuales pueda llegarse a conocimiento de los autores de los susodichos hurtos. No excluimos del citado premio, incluso lo prometemos positivamente a los cómplices y autores de esos hurtos y atentados, cualesquiera que sean, y les aseguramos además la impunidad cuando suministren indicios suficientes para la tortura de sus compañeros» (en C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, cit., p. 83). Con posterioridad la impunidad para los cómplices delatores se introdujo sólo para los delitos contra la seguridad del Estado en el art. 108 del Code napoleónico de 1810: «Estarán exentos de las penas previstas contra los autores de conspiraciones o de otros crímenes que atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado, aquellos culpables que atenten contra la persecución, hayan sido los primeros o de estos crímenes, y antes de que se hayan iniciado su persecución, hayan sido los primeros en dar a conocer tales conspiraciones o crímenes y sus autores o cómplices a las autoridades mencionadas en el art. 103, o aquellos que, incluso después del comienzo de las actuaciones, haya procurado el arresto de dichos autores o cómplices. Los culpables que hayan aportado estos conocimientos o procurado esos arrestos, podrán sin embargo ser condenados a permanecer de por vida o por un tiempo bajo vigilancia especial de la policía superior; el art. 101 del mismo código dispone además que «no se impondrá ninguna pena por hecho de sedición contra los que, habiendo formado parte de estas bandas sin ejercer en ellas ningún mando y sin desempeñar en ellas ningún empleo ni función, se hayan retirado a la primera advertencia de las autoridades civiles o militares, o incluso después, cuando hayan sido prendidos fuera de los lugares de la reunión sediciosa, sin oponer resistencia y sin armas». Normas análogas fueron introducidas en la mayor parte de los códigos penales preunitarios: en el de Parma (arts. 124-125), en el napolitano (arts. 157-158), en el gregoriano (art. 87), en el sardo (arts. 196-197) y en el esense (arts. 126-127). En particular, los dos preceptos del código francés fueron calcados casi literalmente por los arts. 179 y 165 del código piemontés de 1839 y después del italiano de 1865. Un cambio de dirección en sentido liberal se da, sin embargo, con el art. 133 del código de 1889 y después con el art. 309 del código de 1930, los cuales recibieron (según el modelo toscano) sólo el art. 100 del código de Napoleón, acordando la impunidad únicamente en el caso de desistimiento (para aquellos que «disuelvan o determinen la disolución de la banda» o «no siendo promotores o jefes se retiren de la banda o se rindan sin oponer resistencia y entregando o abandonando las armas») y no en caso de delación de los cómplices (por haberse considerado —se escribe en las exposiciones de motivos de los dos proyectos de código, recogiendo el argumento de Beccaria— que «nada puede justificar una traición, ni siquiera entre delinquentes»).

307. Sobre las distintas formulaciones en el derecho intermedio del deber del juez de decidir *iuxta alligata et probata* —por parte de Cino de Pistoya, santo Tomás, Panormitano, Bártolo, Baldo, Casoni, Durando y Bonifacio de Vitalinis—, véase V. Manzini, *Trattato di diritto processuale*, cit., I, pp. 187-189; G. Salvio, o. c., parte II, pp. 470 ss. Sobre la irrelevancia del «conocimiento privado» véase, *infra*, el apartado 41.7 y la nota 358. Cf. también el apartado 10.4, en particular las notas 52 y 54 del capítulo 3, así como la redefinición de todo el esquema epistemológico en los apartados 10.6 y 10.7. Puesto que en este esquema la libre convicción (o certeza subjetiva) se requiere no alternativa sino conjuntamente con su argumentación por medio de pruebas, el significado normativo de la primera se reduce, según las eficaces palabras de Nicola Nicolini, a la exigencia de que «se evite en mentes deformes y refinadas que, a fuerza de sorites y sofismas, lo que es manifestamente verdadero, pasando de proposición en proposición, mediante levisimas y casi imperceptibles mutaciones, produzca algo falso» (*Della procedura penale*, cit., parte II, 237, p. 394). Sobre la carga acusatoria de la prueba y la obligación del juez de motivar en orden a su satisfacción según el nuevo código de procedimiento italiano, véase, *supra*, el fin del apartado 10.8 y las notas 57 y 83 del cap. 3.

308. F. Carrara, o. c., 924, p. 406; L. Lucchini, o. c., pp. 149 y 145.

309. Cf., por ejemplo, F. Carrara, o. c., 930, p. 411, a cuyo juicio una confesión «legítima» debe: 1) «ir precedida de la prueba de la parte *material* del delito»; 2) «ser judicial, es decir, hecha ante el juez competente»; 3) «ser hecha después de un interrogatorio, y no espontáneamente»; 4) «hacerla una persona inteligente y libre»; 5) «ser hecha de manera principal» y «no incidentalmente»; 6) «ser espontánea»; 7) «recabar sobre cosas posibles»; 8) «ser inequívoca»; 9) «ser constante» y «no revocada». Reglas análogas fueron enunciadas por G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. X, p. 102 ss. y por F. M. Pagano, *La logica*, cit., XII, pp. 29-33.

310. Véanse los textos de Filangieri recogidos en la nota 289. El principio del valor no decisivo de la confesión en el proceso penal romano —contrariamente a la máxima civilista «confessus pro iudicato habetur» (Paulus, 9 *ad Plautium*, D. 42.2.3)— fue enunciado en un rescripto de Severo: «Divus Severus rescriptis confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscens instruat» (Ulpianus, 8 *de officio proconsulis*, D. 48.18.1.17); cf. también, *ibid.*, D. 48.18.1.27: «Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut alia de causa in se confitentur». La norma que establece el carácter no decisivo de la confesión supone evidentemente el principio ya ilustrado de la inderogabilidad del juicio y de la indisponibilidad de las situaciones penales: por esto, en paradójico contraste con el principio de la libre convicción y de la exclusión de las pruebas legales, la misma es ajena a la tradición acusatoria anglosajona, en la que las situaciones penales son disponibles de modo que el *guilty plea* o admisión de culpabilidad, incluso negociada con la acusación, autoriza la condena inmediata.

311. De signo inquisitivo es en cambio el método de interrogatorio del proceso mixto, donde los testigos pueden ser interrogados en la instrucción sumaria por la acusación y hasta arrestados por ella y en el juicio son interrogados por el presidente, que tiene además el poder de admitirlos o no, arrogándose así un control sobre el contenido de la estrategia defensiva o acusatoria e incluso anticipando el juicio. «Cánones de judicatura para las pruebas testimoniales», normas de «exclusión» y modalidad de interrogatorio de los testigos, fueron dictadas por G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. XV, pp. 164 ss.; J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., lib. II y III, t. I, pp. 101-225 y lib. VII, t. II, pp. 8-155; B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. IX, pp. 397-399; F. Carrara, o. c., 943-963, pp. 425-446. En particular sobre la *cross examination*, cf. J. Bentham, o. c., t. I, pp. 109, 132-133 y 205-215. En cuanto a los criterios de exclu-

sión, éstos son obviamente justificados sólo por la no credibilidad de los testigos o de las deposiciones (enajenados, familiares y por otra parte deposiciones *per relationem* a declaraciones de terceros, o al rumor público y similares), y no en cambio, como en la época premoderna, por condiciones personales de *status*. Así C. Beccaria, o. c., XIII, p. 46: «Cualquier hombre racional, esto es, que tenga una cierta conexión en sus propias ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los otros hombres, puede ser testigo. La verdadera graduación de su fe es sólo el interés que tiene de decir o no decir la verdad. Por esto aparece frívolo el motivo de la flaqueza en las mujeres, pueril la aplicación de los efectos de la muerte real a la civil en los proscritos, e incoherente la nota de infamia en los infames cuando no tienen en mentir interés alguno»; y, casi con las mismas palabras, G. Filangieri, o. c., p. 164, y Voltaire, *Prix*, cit., XXII, 4, p. 579.

312. J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial*, cit., 105.

313. *Ibid.* Cf. también J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., t. I, lib. III, cap. III, pp. 185-187.

314. N. Nicolini, o. c., p. 5.

315. Introducido en Piemonte en 1770, en Toscana con el código leopoldino de 1786 (art. 50), en Francia con el código napoleónico de 1808 aunque limitado a los procesos en la *Corte d'Assise* (art. 294), en Austria en el código de 1873 (arts. 39-41).

316. La idea de la defensa como obligación (también) para el imputado además de derecho fue sostenida, gracias a un obrosa interpretación literal de los arts. 125 y 128 del código de procedimiento, por la *Corte d'Assise* de Turín (ord. 9.6.1976) y por la de Nápoles (ord. 29.11.1976), que rechazaron como manifestamente infundada la cuestión de su legitimidad constitucional suscitada, en otros tantos procesos de terrorismo, por el rechazo de la defensa técnica por parte de los imputados. A favor de esta idea se alineó la mayor parte de la doctrina, sobre la base de una distinción, diversamente argumentada, entre «derecho de defensa» y «garantía de defensa», como si ésta estuviera dirigida a tutelar un interés no sólo del imputado sino también del ordenamiento: véanse las intervenciones de Vittorio Grevi, Vittorio Denti, Angelo Giarda, Metello Scaparone, Giandomenico Pisapia y Giuliano Vassalli, recogidas en V. Grevi (ed.), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli, Bologna, 1977. En sentido contrario, cf. Angelo Melchionda, Mario Siniscalco, Ennio Anodio, O. Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 308-316. Yo creo que la concepción de la «defensa» como funcional (también) a un interés público supraordenado al del imputado, además de desnaturalizar en sentido paternalista y autoritario la garantía de la defensa, choca con el art. 24 de la Constitución, que la califica como «derecho» inviolable; y está además en contradicción con el art. 3.1 de la Convención europea de los derechos del hombre, ratificada por ley n. 848 de 4.8.1955 que reconoce al imputado el «derecho» a la alternativa entre «defenderse por sí mismo o tener un defensor de su elección».

317. F. Carrara, o. c., pp. 255-256. Recientemente, sobre el problema de la igualdad de las partes, cf. O. Dominioni, o. c.

318. «La ley parece obligar al magistrado a conducirse con el acusado más como enemigo que como amigo. Este juez es dueño de mandar la confrontación del acusado con el testigo o de omitirla. ¿Cómo es posible que una cosa tan interesante como la confrontación sea arbitraria?... Es, pues, muy importante el confrontar todos los testigos con el acusado, y que en este caso la confrontación no sea arbitraria» (*Comentario*, cit., XXII, pp. 156-1578). La necesidad de la confrontación entre el imputado y los testigos de cargo se sostiene, como condición de validez de la prueba testimonial, también por Condorcet, *Notes sur le Code criminel publié à Florence le 30 novembre 1786*, art. XXIII, en *Inediti*, cit., p. 427.

319. *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. XX, p. 274. Cf. también

t. III, lib. III, cap. II, pp. 13 y ss., notas, donde se hace referencia a las numerosas fuentes que dan testimonio de la vigencia de la publicidad, la asistencia del defensor a todos los actos del procedimiento y la práctica del examen cruzado de los testigos en el proceso acusatorio romano.

320. J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., t. I, lib. III, cap. II, pp. 181-184.

321. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXXII, pp. 168-169. El mismo principio se encuentra enunciado en G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. XV, cánones 9 y 11, pp. 168-169.

322. Es la misma disparidad denunciada en la inquisición por F. Pagano, *Considerazioni*, cit., XVII-XX, pp. 88, 91, 94, 96, 101, que lamentaba además la mayor credibilidad que se daba a los «testigos fiscales» que «son propuestos por los acusadores», la relevancia asociada en el «informe fiscal» sólo a los elementos probatorios de cargo y las vejaciones de los testigos de la defensa. En el mismo sentido, véanse las protestas de B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. IX, pp. 598-599, y de F. Carrara, o. c., 956, pp. 436 ss.

323. *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli Rocco per l'approvazione del codice di procedura penale*, apart. 108. La exposición dice: «Yo he explicado ya que haber atribuido al ministerio público el carácter de parte no significa de hecho haber creado una situación de igualdad frente al imputado».

324. Cf. A. Pertile, *Storia della procedura*, cit., t. I, p. 1, que recuerda la división también en dos fases del proceso inquisitivo: «en el procedimiento preliminar o informativo no se buscaban más que las pruebas de cargo, dejando para la segunda fase, a la que se llama defensiva, las favorables a la inocencia del indagado; cuando un testigo hubiera depuesto a favor del reo, no se registraba la deposición». Y era una característica específica del método inquisitivo que sólo en la segunda fase se admitiera al defensor y se permitiera al reo el examen de las actas (F. Chartarius, o. c., lib. III, cap. II, 22, p. 60 y cap. III, pp. 183 ss.).

325. El «foro» donde se celebraba públicamente en Roma la justicia era la plaza del mercado. Sobre la publicidad del antiguo proceso acusatorio, véanse G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. III, pp. 30-31; Th. Mommsen, o. c., t. II, lib. III; V. Manzini, o. c., I, pp. 5-6. La publicidad y la oralidad no excluían el secreto y la escritura en la fase del proceso que hoy se conoce como investigaciones preliminares y de policía: como testimonian las célebres palabras de Cicerón contra Verres, incluso en la *inquisitio* privada el *civis* acusador estaba dotado por la *lex* del pretor de poderes de instrucción que podía ejercitar en secreto hasta la *delatio nominis*, esto es, hasta la formulación de la acusación y su comunicación al acusado, y la *delatio*, que en los delitos privados se debía hacer inmediatamente y en los públicos podía renviarse al término de la instrucción preliminar (cf. F. Carrara, *Instrucción secreta*, en *Opúsculos*, cit., IV, pp. 115 ss.).

326. Th. Mommsen, o. c., t. II, lib. III, secc. II, pp. 26-27; V. Manzini, *loc. cit.*; G. Pugliese, *Le garanzie dell'imputato*, cit., pp. 614-615. Según Voltaire, *Comentario*, cit., XXII, p. 154, la idea, acreditada en la Edad Media, de que en el proceso romano los testigos eran interrogados en secreto y que el secreto era legítimo, se debió a una interpretación errónea de las palabras *intrare secretum* que figuran en una Constitución de Zenón del año 486 (CI. 4.20.14) y que significan simplemente que los testigos eran introducidos en el despacho del juez (*secretum*, o también *secretarium*, como se dice en C. Th. 1.16.6). El mismo equivoco lingüístico se denuncia por F. M. Pagano, o. c., XII, p. 68 y por G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, p. 201. El principio de la publicidad del proceso incluso en la época imperial está acreditado, por el contrario, por dos Constituciones de Constantino del 313 (en C. Th. 1.12.1) y del 331 (en C. Th. 1.16.1): en esta última se establece —evidentemente para hacer frente a la práctica tendencialmente predominante del secreto— que los tribunales sean públicos y que sus pre-

sidentes no se escondan, para juzgar, en sus despachos privados («Praesides publicas notiones exercant frequentatis per examina tribunalibus, nec civiles controversias audiri secretarius sese abscondant»).

327. Sobre la presencia del secreto también en el proceso acusatorio medieval, cf. V. Manzini, o. c., I, pp. 26 ss. Sobre los diversos grados y formas del secreto en el sistema inquisitivo —desde el secreto absoluto de la célebre *Santa Feme* en Alemania y el Consejo de los Diez en Venecia, y por otra parte del proceso inquisitivo sumario por delitos de lesa majestad y de herejía, hasta el secreto sólo instructorio del proceso inquisitivo formal, en el que se consentía al interrogado consultar las actas antes del juicio— cf., *ibid.*, pp. 33, 58 ss., 50 ss., 38 ss., y 45.

328. *De los delitos y las penas*, cit., I, p. 50.

329. *Comentario*, cit., XXII, p. 154; *Id.*, *Précis du siècle de Louis XIV*, en *Oeuvres Historiques*, Gallimard, París, 1957, p. 1561.

330. *Prix*, cit., XXII, p. 580. «Todos estos procedimientos secretos», declara Voltaire al propósito del secreto instructorio, «se parecen a una mecha que quema imperceptiblemente hasta hacer explotar la bomba» (*ibid.*, p. 579).

331. *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. III pp. 32-33; *ibid.*, XVI, p. 195: «Un velo misterioso y arbitrario oculta todos los pasos de su violento proceder: un silencio espantoso deja a los parientes y amigos del infeliz que es conducido a aquellos tribunales en una cruel ignorancia de su suerte y en la imposibilidad de socorrerle».

332. *Istituzioni di civile filosofia, ossia di Giurisprudenza teorica*, en *Opere*, t. XIX, Piatti, Florencia, 1839, lib. IV, p. 265. Cf. también, de G. Romagnosi, *Se la pubblicità dei giudizi criminali convenga alla monarchia*, en «Antologia», XXIX, Florencia 1828, pp. 48 ss.

333. *Considerazioni*, cit., XXII, pp. 170-171; *ibid.*, cap. XII, titulado «Origen del secreto y misterioso procedimiento», en donde el secreto instructorio es también denominado «misterio judicial» y «misterio criminal».

334. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, lib. II, cap. X, p. 140. La misma frase se encuentra también en J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial*, cit., XVII, p. 80; *ibid.*, XVI, p. 76, donde el secreto resulta identificado como el principal factor de parcialidad y deshonestidad de los jueces, y donde se recogen estas palabras de Mirabeau en un discurso en la Asamblea Nacional: «Dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público».

335. *Tratado*, cit., pp. 140-141: «la mentira puede ser audaz en un interrogatorio secreto, mas es difícil que lo sea en público e incluso es extremadamente improbable por parte de cualquier hombre que no sea un depravado completo. Todas las miradas dirigidas sobre un testigo lo desconciertan si tiene un plan de impostura: percibe que la mentira puede encontrar un contradictor en cada uno de los que lo escuchan. Tanto una fisonomía que le es conocida como otras mil que no conoce, lo inquietan por igual y se imagina, a pesar suyo, que la verdad que trata de ocultar surgirá del seno de esa audiencia y lo expondrá a los peligros de falso testimonio. Se da cuenta de que hay, al menos, una pena a la que no podrá escapar: la vergüenza en presencia de una multitud de espectadores». Además, añade Bentham, la publicidad puede dar lugar a nuevos e inesperados testimonios por parte de los presentes.

336. «Los efectos de la publicidad llegan a su máximo de importancia cuando se consideran en relación a los jueces, ya sea para asegurar su probidad, ya sea para otorgar a sus sentencias la confianza pública. Esta publicidad les es necesaria como estímulo, en una carrera llena de penosos deberes, en la que se requieren todas las facultades de la inteligencia y toda la actividad del espíritu; en la que cada día de abandono significa un triunfo para la injusticia y una prolongación del sufrimiento para el inocente. Les es

necesaria como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar. Existen defectos y vicios que es indispensable prevenir. Los defectos provienen del carácter y la publicidad no los cambia, pero un juez, ante una audiencia numerosa, se atreverá menos a dejarse llevar por su impaciencia, por su humor, por ese despotismo de conducta que inculca a abogados y testigos, por esas diferencias de consideración, halaguetas para unos y humillantes para otros. Se conducirá, ante los ojos del público, con una dignidad sin altivez y mantendrá un sistema de igualdad sin baja. Pero cualquiera que sea el efecto de la publicidad sobre la parte externa del juez, ha de ser saludable para la justicia de sus decisiones. Hay un llamado continuo de su tribunal al de la opinión pública. Los espectadores serán otros tantos testigos interesados que observan todos sus pasos y pesan todas sus palabras. ¿Cómo escapar a las miradas desconfiadas y vigilantes? ¿Cómo atreverse a cualquier tergiversación en campo abierto cuando se lleva cuenta de todos sus pasos? Aunque llevase la injusticia en el corazón, sería justo a pesar suyo por estar en una posición en la que no puede hacer nada sin suministrar pruebas en contra de sí mismo» (*ibid.*, pp. 142-143). Cf. también el pasaje de Bentham de la nota 257.

337. *Ibid.*, t. I, lib. I, cap. II, p. 14; *ibid.*, X, p. 141-142: «La publicidad en el procedimiento puede también tener un efecto muy saludable, creando una conciencia pública con relación al testimonio y formando así, en este punto esencial, la instrucción de los individuos. Las discusiones sobre las cuestiones jurídicas entran desde ese momento en el curso de las ideas corrientes y el público se acostumbra a tener mayor interés en sus resultados. La naturaleza y las reglas del testimonio, las diversas especies de pruebas y sus grados de fuerza probatoria se conocen mejor, incluso en los ambientes en que menos se espera». Por el contrario, escribe Bentham, la falta de publicidad ha sido siempre la causa principal de todos los «vicios» de la justicia, al hacer posible que prevalezcan «aquellos intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar» (*ibid.*, II, p. 14).

338. «Si la publicidad es necesaria para asegurar la probidad del juez, no lo es menos para fundamentar la confianza del público. Supongamos, contra toda verosimilitud, que una justicia secreta fuese siempre bien administrada, ¿qué se ganaría con ello? Apenas nada. La integridad estaría en el corazón de los jueces y la injusticia se piraría sobre sus frentes. ¿Cómo el público podría conceder el título de justos a hombres a quienes ve adoptar una conducta en la que sólo la injusticia puede triunfar y la probidad no puede sino perder?» (*ibid.*, X, pp. 144-145).

339. *Ibid.* La cita completa está recogida en la nota 257.

340. *Ibid.*, pp. 145. «El tribunal de la Feme», prosigue Bentham, «la inquisición, el Consejo de los Diez, han deshonrado a los gobiernos que los adoptaron. Tal vez se les ha imputado infinitamente más crímenes de los que han cometido, pero los partidarios del secreto son los únicos que no tienen derecho a quejarse de calumnia».

341. *Ibid.*, p. 146.

342. Cf., sobre tales vicisitudes, P. Ferrua, *Oralità del giudizio e lecture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milán, 1981, caps. I-II.

343. F. Carrara, *Programa. Parte General*, cit., I, 547, p. 363 y II, 858, p. 313; L. Lucchini, o. c., p. 34. Anselm Feuerbach llegó a exigir no la sola posibilidad sino la obligación de la presencia del público (Über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen, 1821, pp. 166 ss., citado expresamente por V. Manzini, o. c., vol. III, p. 33). Carnignani reservó en cambio la publicidad al proceso acusatorio, discutiéndola en el inquisitivo (*Teoría*, cit., IV, pp. 205-217; véanse las críticas en F. Carrara, o. c., II, p. 259). Sobre el valor general de la publicidad en el derecho público, recuérdese la máxima de Kant: «Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados» (*Zum ewigen*

Frieden [1795], trad. cast. de J. Abellán, presentación de A. Truyol y Serra, *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 61-62).

344. Cf. por ejemplo, R. Garofalo, *Criminología*, cit., p. 327: «Sólo por medio del más riguroso secreto puede garantizarse la sinceridad de la instrucción. Mostrar al imputado y a su defensor ese tenue hilo que se desliza en el laberinto de un proceso inquisitivo es lo mismo que dejarlo romper».

345. «Las deliberaciones de los miembros del tribunal sobre el juicio que se va a dictar son expresiones de opiniones y puntos de vista aún particulares y, por lo tanto, por su propia naturaleza, no son algo público» (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 224, p. 286).

346. Las relaciones entre secreto instructorio, información periodística, tutela de la presunción de inocencia y control social sobre la justicia son objeto de una ya vasta literatura. Recuérdense los volúmenes *Giustizia e informazione*, cit., que recogen las actas del XV Congreso del ANMI de 1975; *Segreti e prova penale*, Actas del Congreso de Ferrara, Giuffrè, Milán 1979; *Atti del convegno su «giustizia e informazione alla prova degli anni 80»*, Milán, 1983 (en particular la intervención de Elena Paciotti). Cf. además, sobre el secreto en general, el volumen colectivo *Il segreto nella realtà giuridica*, Cedam, Padua, 1983; G. Arena, *Il segreto amministrativo*, 2 vols., Cedam, Padua, 1983-1984.

347. *Infra*, apartado. 44.6. M. Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 16-17, 38 ss., 47 ss., sitúa el nacimiento del derecho penal moderno en la inversión de la relación entre pena y proceso respecto de la publicidad: mientras en el derecho premoderno los procesos eran secretos y era pública y espectacular la ejecución de la pena (suplicios, exposiciones en la piqueta, argolla, patibulos en las plazas, amputaciones visibles e infamantes y similares), en la Edad Moderna la pena se hace secreta, ocultándose y separándose del mundo externo (reclusión, vehículos cerrados en lugar de las carretas descubiertas para el transporte de los condenados, ejecuciones capitales dentro de las cárceles y antes del alba, etc.), y el proceso, al menos en línea de máxima, se hace público y acentúa sus rasgos litúrgicos. El carácter solemne y espectacular del derecho se transfiere del momento punitivo al procesal y la función garantista del proceso tiende a convertirse en una función represiva.

348. O. c., XXVIII, cap. 34, pp. 424-425, titulado «Cómo se hizo el secreto del procedimiento».

349. Recuérdese el rescripto de Adriano, según el cual se necesita creer a los testigos y no a los testimonios: «Divus Hadrianus rescriptis testibus se, non testimoniis crediturum... Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent» (Callistratus, 4 de *cognitionibus*, D. 22.5.3.3-4); también la viva voz tiene valor expresivo: «Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipsa et cognitionis subtilis diligentia adfert: nam et ex sermone et ex eo, qua quis constancia, qua trepidatione quid diceret, vel cuius existimationis quisque in civitate sua est, quaedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt» (Charisius, *Lib. sing. de testibus*, D. 48.18.10.5).

350. G. Salvio, o. c., p. 325; V. Manzini, o. c., I, pp. 23-31 y 50. La preeminencia de la escritura también en el proceso acusatorio medieval se debió sobre todo a la influencia de los esquemas civilistas: tanto en la comunicación de la acusación (*liber accusationum*) como en el interrogatorio del imputado que se recogía por escrito, y así mismo en el de los testigos que se hacía en capítulos escritos. En cuanto al proceso inquisitivo, totalmente escrito, en él se producían numerosos libros (*denuntiacionum, testimonium, confessionum, diversarum scripturarum, praeceptorum* y otros) que se recogían en el *liber inquisitionum*, que se correspondía con los actuales «autos» del proceso. Sobre la escritura y el secreto en el proceso inquisitivo francés según la *Ordonnance de 1670*, cf. P. Ferrua, *Oralità*, cit., pp. 3-13.

351. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXI, pp. 105-106: «La escritura, como bien dice Sócrates ante Platón, está muerta; no nos habla más que por una parte, es decir, por medio de aquellas ideas que con sus signos nos comunican en el espíritu... En la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras distintas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en éstas. La lengua muda, la elocuencia del cuerpo, por usar la frase de Tulio, como más interesante es también más verídica que las palabras y la verdad se puede esconder menos. Todos los signos enunciados se pierden en la muda escritura, faltando al juez los más claros y ciertos argumentos». En el mismo sentido, véanse J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., que reconoce, sin embargo, «la utilidad», también para la defensa, «de la conservación de los testimonios mediante la escritura» (t. I, lib. II, cap. IX, p. 135 y lib. III, cap. XIII, p. 225); F. Carrara, o. c., 893-894, pp. 367-372, donde se propone, como se ha señalado, la compilación autógrafa del proceso verbal por parte del interrogado como única alternativa admisible a la simple oralidad. Favorable a la escritura fue sin embargo G. Carmignani, *Teoría*, cit., lib. IV, pp. 317-322.

352. Sobre las vicisitudes del principio de oralidad —de su afirmación en el proceso acusatorio francés creado con los decretos revolucionarios de 1789 y 1791, a su involución en la reforma de 27.1.1801 y después en el código napoleónico de 1808, los códigos preunitarios y los italianos de 1865 y de 1913— véase también P. Ferrua, *Oralità*, cit., parte I. Sigue siendo muy útil el panorama de los procedimientos orales en los diversos ordenamientos del siglo pasado trazado por K. J. Mittermaier, *Il processo orale accusatorio secondo le varie legislazioni*, cit.

353. El desarrollo de la escritura, si por un lado es una consecuencia inevitable de la extensión de los procesos, por otro es también un factor decisivo, que impide la concentración y la inmediación. Esta última se ve impedida en el plano epistemológico por el filtro de la transcripción, mediante el cual, como se ha visto en el apartado 4.3, los hechos son ya interpretados judicialmente, resultando destacado sólo lo que se considera relevante de las deposiciones por el que las compila y que después, por lo general, equivale a lo que es relevante para la acusación. Sobre la lentitud de los procesos, originada en la Edad Media por la escritura, además de por las continuas interrupciones y disfunciones, cf. A. Pertile, o. c., I, t. I, pp. 9 ss., que pone de manifiesto como aquella no excluía la «precipitación» con la que «contra los hombres del estado llano y contra los del partido contrario se procedía y se sentenciaba con frecuencia sin siquiera oírlos, e incluso sin citarlos»; V. Manzini, o. c., III, pp. 486-487, que recoge una ley del Consejo de Venecia del 2.9.1708 contra la inercia del Colegio, que «permanece durante muchos meses en una oficina, sin reunirse más que rarísimas veces... con lo que están allí seis, ocho, diez años inactivos, con gran perjuicio para la justicia». Contra esta lentitud, Pagano propuso una norma: «En otro día, que no debe durar más de tres desde el de la discusión, se debatirá y se votará conjuntamente la causa» (*Considerazioni*, cit., XXXII, p. 169). El problema se había planteado también en Roma con el desarrollo del proceso inquisitivo *extra ordinem*: prueba de ello son las gravosas multas dispuestas por una constitución de Justiniano del 529 para los jueces que no hubiesen resuelto una causa penal en los dos años siguientes a la contestación (CI. 9.44.3).

354. G. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 139. Chiovenda señala que estas tres «consecuencias procesales» son «tan importantes como la oralidad misma. Y al decir principio de la oralidad» «compréndese en una fórmula necesariamente breve y representativa toda aquella serie de consecuencias» (*ibid.*, p. 136). En el mismo sentido, P. Calamandrei, *Oralità nel processo*, en *Nuovo Digesto Italiano*, cit., IX, 1939, pp. 178-180; A. Segni y S. Costa, *Procedimento civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XIII, 1966, pp. 1028-1029.

355. O. c., t. II, 886, p. 356. De manera análoga F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., III, p. 20: «Para tutelar el más precioso de los derechos civiles, la libertad, es necesario el freno de la regularidad del proceso, que contenga el arbitrio ilimitado del juez».

356. F. Carrara, o. c., t. II, 813, p. 277, nota. La alusión, reiterada en el párrafo 886, p. 356, se refiere al código de procedimiento de 1865: «Sería burlarse del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando su observancia a gusto del juez, como lo ha hecho con tanta frecuencia el único código de procedimiento italiano de 1865». Son palabras actualísimas todavía, sobre todo después de que la ley n. 534 de 8.8.1977 suprimiera la «insanabilidad» de las violaciones de las normas concernientes a «la intervención, asistencia y representación del imputado», previstas todas como motivos de nulidad absoluta, apreciables de oficio en el art. 185, n.º 3 del viejo código de procedimiento, y en el art. 179 del nuevo código, sólo para los supuestos de «omisión de la citación del imputado» y «ausencia de su defensor en el caso en que sea obligatoria su presencia».

357. *Ibid.*, 819, 283-284: «No basta que el juicio haya alcanzado efectivamente su fin *iurídico*, o sea, el de conducir al exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya condenado al *verdadero culpable*, y se le haya condenado tan sólo en la medida que merecía, sino que es preciso que esto sea *creído* por el pueblo. Tal es el fin *político* de las formas procesales, y cuando estas formas no se observan, entonces la confianza pública en la justicia del fallo no sería ya sino confianza en la sabiduría y la integridad del *hombre* que juzga, y que no todos pueden tenerla; pero cuando esas formas se observan, la confianza pública se apoya racionalmente en esa observancia».

358. En este sentido, cf. F. Carrara, o. c., 905, nota, p. 385: «Hay que tener por cierta la distinción entre juez que *absuelve* y juez que *condena*; el primero tiene que obedecer los principios legales y decidir de acuerdo con lo que sabe que es verdadero, aunque *no consiste en los autos*; el segundo no, pues respecto a lo que conoce fuera de los autos, ni ha habido intimación ni se ha dado oportunidad para la defensa... El juez siempre es dueño de *no creer en los autos*, y por esto puede absolver en conciencia, aunque sepa que los testigos han acusado a un inocente; pero no es libre de *afirmar* ni de creer lo que *no exista en los autos*. En el derecho intermedio la fórmula conforme a la cual el juez debe juzgar *secundum allegata et probata* era sin embargo bastante más rígida. Recuérdese la pilatesca tesis de santo Tomás: «Iudex, si scit aliquem esse innocentem qui falsis testibus convincitur, debet diligentius examinare testes, ut inveniatur casum liberandi innocentem, sicut Daniel fecit. Si autem hoc non potest debet eum ad superiorem remittere iudicandum. Si autem hoc non potest, non peccat secundum allegata sententiam ferens: quia ipse non occidit innocentem, sed illi qui eum assensum nocentem» (*Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXIV, art. 6).

359. *Pensamientos*, cit., 44, p. 32.

360. Numerosas fuentes que acreditan la práctica y a veces la obligación de la motivación en la Edad Media —desde algunas sentencias de jueces longobardos hasta sentencias pisanas del siglo XII, desde las motivaciones cultas de los llamados «Grandes Tribunales» italianos hasta las resoluciones motivadas de los *Schöffengerichte* en Alemania, y la prescripción de la motivación en algunos estatutos y principios italianos— son citadas por M. Taruffo, *La motivazione*, cit., pp. 319-325; *Id.*, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, en «Rivista di diritto processuale», 1974, pp. 279 ss. Sobre el abandono en Francia de la práctica de la motivación en el siglo XV en nombre del carácter absoluto del poder del rey y de las cortes reales, cf. T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, en «Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger», 1955, pp. 23 ss. En lo que respecta a los tribunales eclesiásticos, V. Manzini, o. c., I, p. 47, nota, 7, recuerda la motivación de la sen-

tencia del Santo Oficio de 8.2.1600 contra Giordano Bruno. En la mayor parte de los casos, las sentencias eran sin embargo inmotivadas, siendo la motivación sólo facultativa (B. Brunatius, *Agon*, per Melchiorum Sessam, Venetis, 1535, p. 48 bis: «Quaero igitur ex praedictis: an iudex teneatur ponere in sententia, quare condemnat; dici quod non, quia sufficit satis si dicat: condemnno, vel absolvo; [...] sed si iudex vult, potest apponere»). 361. V. Manzini, o. c., I, p. 6, donde se precisa que sólo eran motivadas las sentencias de los magistrados y no las de los jurados.

362. *De dignitate et augmentis scientiarum*, cit., lib. VIII, afor. 38, p. 812: «Nec decreta exant cum silentio; sed iudices sententiae suae rationes adducant, idque palam atque astante corona; ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum».

363. Voltaire, *Comentario*, cit., XXIII, p. 159: «En fin, ¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿Hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?»; Condorcet, *Reflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu* (1786), en *Oeuvres*, cit., t. VII, p. 152: «[El derecho natural] exige que todo hombre que emplee contra miembros de la sociedad la fuerza que ella le ha confiado, le rinda cuentas de las causas que le han movido a ello. En vano se diría que, en el fallo impreso, el escribano corrige con un título detallado este silencio insultante para la nación. Esto no es, aquí, más que un pretexto que encubre la culpable intención de reservarse el derecho de romper o de guardar silencio según motivos particulares»; J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English Practice* (1827), en *The Works*, cit., VI, pp. 356 ss., donde la motivación se considera *altogether desirable* y objeto no de una obligación *of the legal kind* sino sólo un deber *of the moral kind* (p. 357).

364. El texto de la Pragmática fernandina, citado en la nota 24 del cap. I, está en Filangieri, *Reflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano*, cit., pp. 375-376. A continuación de las protestas del *Sacro Regio Consiglio*, que encontró esta ley irrespetuosa para los jueces, Fernando respondió con un despacho de 25 de noviembre de 1774: «Quiere Su Majestad que el Consejo tenga por máxima que la legislación reside toda en la soberanía; que el Consejo no es más que un juez y que los jueces son ejecutores de las leyes y no legisladores; que el derecho tiene que ser cierto y definido, no arbitrario; que la verdad y la justicia que los pueblos conocen y ven en las decisiones de los jueces es el decoro de los magistrados y no ese estilo de oráculo que no duda atribuirse en su representación el Consejo: siendo el género humano por desgracia llevado a sospechar y a maldecir lo que no entiende fácilmente». Sobre la pragmática de Fernando, «grandísimo freno al arbitrio del juez», véase, además de las citadas *Reflessioni* de Filangieri, N. Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, cit., pp. 76, 389, 779 y 913-918. Cf. también R. Ajello, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Jovene, Nápoles 1968, pp. 137-171; M. Pisani, *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, en «L'indice penale», 1970, pp. 317 ss.; E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXVII, 1977, pp. 187-188.

Antes de la Pragmática de Fernando, una obligación de motivación no general, sino relativa a determinados procedimientos y sin garantía de publicidad (prescrita sólo medio siglo después en el *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793), había sido introducida en Prusia en el *Codex Fridericianus Marchicus* de 1748 redactado por Samuel Cocceio y auspiciado por Federico II; en Piamonte, donde una ley de Carlo Emanuele I, de 7.1.1615, confirmada en 1723, la prescribió cuando fuera reclamada por las partes o en caso de particular importancia; en el ducado de Módena se introdujo en 1771 según el modelo piamontés. Para ulteriores indicaciones, cf. M. Taruffo, *L'obbligo*, cit., pp. 273 ss.; *Id.*, *La motivazione*, cit., pp. 327 ss.

365. La Declaración real relativa a la ordenanza criminal de Luis XVI prescribía

que toda sentencia «enuncie o califique expresamente los crímenes y delitos de los que el acusado haya sido convicto y por los que será condenado». Quedaban sin embargo excluidas de la motivación las sentencias de absolución y las de apelación. Cf. A. Laingui y A. Lebigre, *Histoire*, cit., pp. 104-105 y 129. Del mismo año —1788— es el código judicial llamado barbacoviano del Principado de Trento, que introdujo la obligación de la motivación en sus apartados 212 y 214.

366. La obligación de la motivación, establecida en Francia por los códigos de procedimiento napoleónicos, fue sancionada con pena de nulidad por el art. 7 de la ley de 20 de abril de 1810. En Italia la historia legislativa de la institución está marcada en gran parte por la influencia francesa: calcada de la Constitución francesa de 1795 por todas las Constituciones de las Repúblicas jacobinas —la de Bolonia de 1796 (art. 129), la cispadana de 1797 (art. 228), la cisalpina de 1797 (art. 208), la de Liguria de 1797 (art. 222), la romana de 1798 (art. 207) y la napolitana de 1797 (art. 207)—, el principio de la obligatoriedad de la motivación se omitió sin embargo en las Constituciones napoleónicas de la República italiana de 1802 y del Reino de Nápoles y Sicilia de 1808 (pero no en la de Sicilia promulgada en 1812 por Fernando III, que lo reafirma en el tít. III, cap. I, pár. 5). Después se introduce nuevamente en el código de procedimiento civil para el Reino de Italia de 1806 (art. 141), que es una traducción del napoleónico; y es confirmado en los dos códigos de procedimiento del Reino de las Dos Sicilias de 1819, así como en los piemonteses y en los de otros estados preunitarios. Para una reconstrucción detallada, cf. M. Taruffo, *La motivazione*, cit., pp. 333-334.

367. En los ordenamientos del *common law* no existe todavía una obligación jurídica de motivación, aunque la motivación es una práctica generalizada que se afirma desde fines del siglo XII (cf. M. Taruffo, *o. c.*, pp. 363 ss.). Para una crítica de la vinculación entre el juicio por jurados y el veredicto inmotivado, cf. E. Amodio, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, en «Rivista di Diritto processuale», 1970, p. 462.

368. La expresión es de F. Carrara, *o. c.*, p. 254: «el que contemple al desnudo lo terrible de la fórmula *te declaro asesino porque te creo tal*, y *no debes averiguarme por qué te creo asesino*, no podrá, si es que tiene corazón sensible, dejar de estremecerse ante poder tan inhumano».

369. De estas tres condiciones epistemológicas exigidas a la motivación fáctica y controlables en casación, la primera refleja, sin caer en los vicios lógicos de las pruebas legales negativas ilustrados en el apartado 10.7, la necesidad de verificación que toda prueba adecuada debe ser capaz de soportar y que fue expresada por Montesquieu con la tesis según la cual «las leyes que permiten la muerte de un hombre por la declaración de un solo testigo son fatales para la libertad» (*o. c.*, t. II, p. 173). La segunda y la tercera reflejan la necesidad, requerida por el art. 368 del viejo código de procedimiento, de tener en cuenta las refutaciones defensivas de las hipótesis acusatorias y, por otro lado, de ofrecer refutaciones de las contrahipótesis defensivas.

370. *O. c.*, p. 208.

371. Sobre la distinción entre la función «endo-procesal» o de garantía interna al proceso de la motivación y su función «extra-procesal» como condición del control de motivación y de la responsabilización externa de la actividad judicial, cf. M. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 334 ss. y E. Amodio, *o. c.*, pp. 185-189, los cuales no obstante disienten acerca de la ascendencia de los dos esquemas funcionales, identificados por el primero en la tradición napolitana y en la francesa y a la inversa por el segundo. Sobre el valor democrático de la motivación como factor de publicidad y de responsabilidad, cf. también M. Ramat, *Significato costituzionale della motivazione*, en *Magistrati o funzionari?*, G. Maranini (ed.), Comunità, Milán, 1962.