

IN SPRAVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2014

33

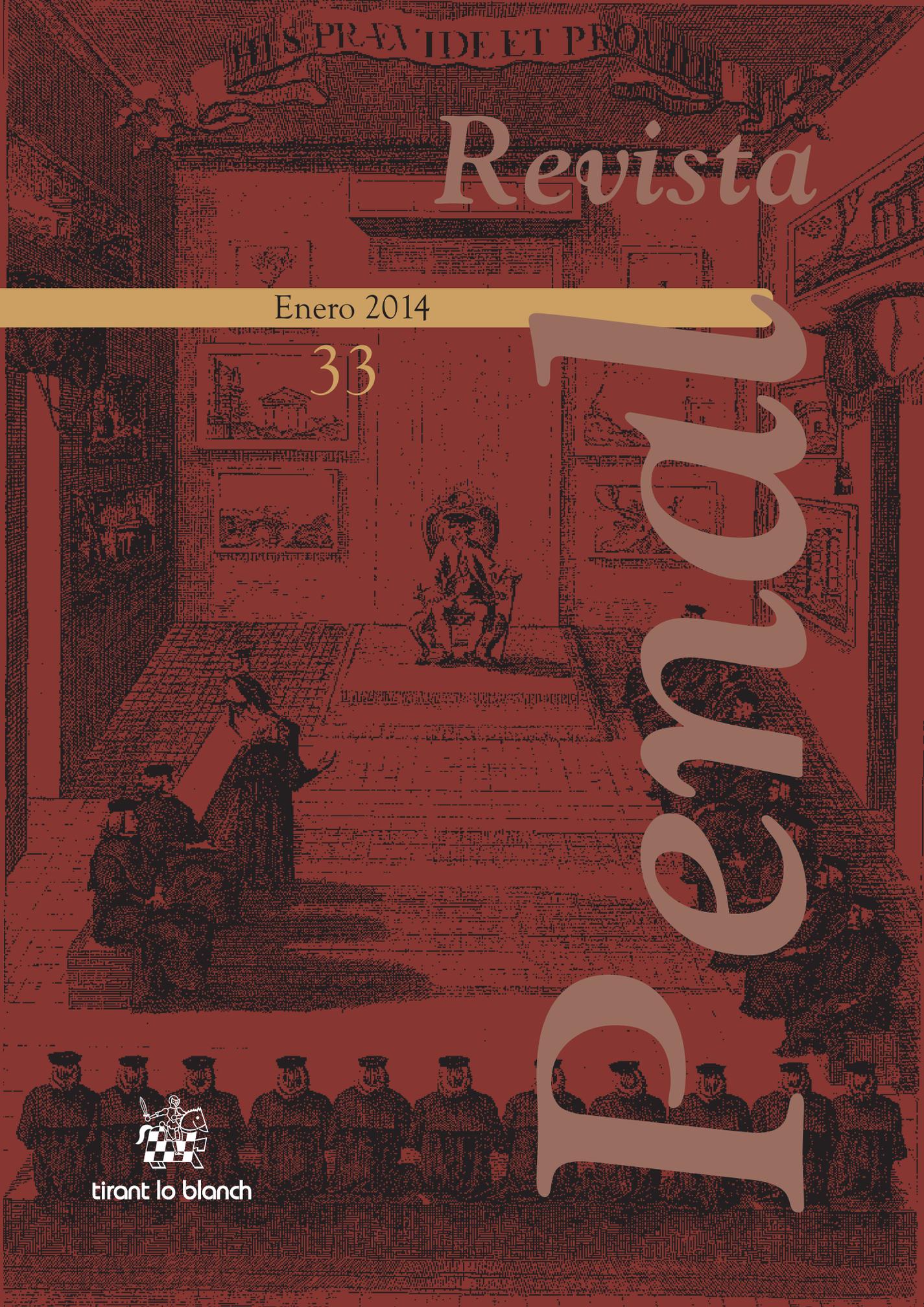
Revista Penal

Enero 2014

# Penal



tirant lo blanch



# Revista Penal

Número 33

## Sumario

---

### Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i> .....	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i> .....	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i> .....	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i> .....	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i> .....	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i> .....	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i> .....	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i> .....	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i> .....	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i> .....	208
<b>Especial:</b> Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	218
<b>Sistemas penales comparados:</b> Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
<b>Bibliografía</b> Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	281
<b>In Memoriam</b>	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i> .....	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i> .....	291
<b>Crónica:</b> Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i> .....	293
<b>Informe final</b> del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferreolive@gmail.com

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ.Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## La situación actual de la justicia penal en Italia

Enzo Musco

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

### Ficha técnica

**Autor:** Enzo Musco

**Adscripción institucional:** Prof. ordinario di diritto penale. Universidad de Roma

**Resumen:** El proceso penal en Italia se encuentra en una profunda crisis, ya que no existe un proceso en condiciones de igualdad entre las partes, y su duración es irracional. La crisis se extiende a la legislación penal, a su aplicación jurisdiccional y a la ejecución de la pena.

**Palabras clave:** Italia. Proceso penal. Ley penal. Ejecución de la pena.

**Abstract:** The criminal process in Italy is in a deep crisis, since there is a process under conditions of equality between the parties, and its duration is irrational. The crisis extends to criminal law, its jurisdictional application and the execution of the penalty.

**Key words:** Italy. Criminal process. Criminal law. Execution of the penalty.

**Observaciones:** Traducción realizada por María Mora y Susana Barón. Universidad de Huelva.

**Recepción del artículo:** 10-04-2013

**Evaluación favorable:** 12-06-2013

1. La situación espiritual de la justicia penal italiana es —en mi opinión— un fiel reflejo de la crisis que sufre el Estado, como es pacíficamente admitido por las instituciones políticas y culturales más cualificadas de nuestro país.

La incapacidad de hacer justicia en Italia se puede constatar fácilmente examinando los frentes en los que juega la cuestión de la justicia, estos son: a) el proceso y su funcionamiento; b) la legislación penal y su perfil interpretativo de naturaleza judicial; y c) la condición en que se encuentra la ejecución penal, es decir la situación de las prisiones.

Brevemente les muestro el cuadro con las respectivas situaciones.

La filosofía de fondo que inspiró el código procesal italiano, en vigor desde 1989, es doble: a) es aquella de un proceso que sigue el modelo acusatorio, como el modelo anglosajón donde la formación de la prueba se lleva a cabo en audiencia pública mediante la controversia de las partes en condiciones de igualdad; b) aquella de reservar para la audiencia pública (en otras palabras, para el proceso ordinario) solamente algunos procesos, favoreciendo, a través de la provisión de modelos alternativos (como, por ejemplo, el juicio rápido o la llamada conformidad), soluciones diversas y anticipadas, en una lógica de “intercambio” entre el Estado y el imputado, el que, al frente de evidentes efectos de economía procesal derivada de la adopción de medidas

alternativas por parte del imputado, el Estado recompensa al mismo imputado con beneficios (por una reducción de la pena muy relevante o importante).

2. Hoy en día, la opinión unánime de estos objetivos no se ha alcanzado.

La patología estructural y genética que afecta al proceso se registra desde una fase temprana: la de las investigaciones preliminares, caracterizada por un exagerado poder del Fiscal que es el *dominus* exclusivo de las investigaciones, y las dirige y las gobierna.

El efecto resultante es aquel de poner al defensor, en esa fase, en la condición de quién no puede hacer otra cosa, en muchos casos, que “mendigar” pidiendo noticias al Fiscal para poder obtener algún elemento que le permita defenderse.

La elección legislativa de un secreto absoluto en la investigación ha constituido uno de los rasgos caracterizadores de la nueva filosofía del proceso diseñada por el legislador de 1989, hasta el punto de conducir al mismo legislador a predecir verdaderas y propias normas-paradójicas, precisamente en nombre de una investigación secreta que a menudo se configura como mera y estéril opción de principio.

Ni el exagerado poder del Ministerio Público en la fase preliminar de investigación ni el secretismo absoluto de esta fase, encuentran remedio en la norma (art. 358 c.p.p.) que impone al Fiscal buscar también elementos a favor del investigado. La norma es ciertamente justa pero de muy difícil (y rara) aplicación, como la praxis ha demostrado.

En general la misma no es nada más que la confirmación de una elección fundamental: aquella de atribuir al Fiscal todo el poder en esta fase, incluso aquellas competencias (típicamente defensivas) de buscar elementos a favor del investigado.

Por otra parte, la elección legislativa de excluir del todo a la defensa en esta fase de diligencia preliminar se justifica hoy incluso menos de cuanto no lo fuese justificado en el momento de aprobación del vigente código procesal: desde el año 2000 de hecho, ha sido introducida una disciplina articulada en materia de investigación por parte de la defensa que todavía en muchos casos es inútil.

El desarrollo de investigación por parte de la parte de la defensa, en efecto presupone el conocimiento (al menos) de una hipótesis acusatoria concreta, la cual, en lugar de cómo ya se ha dicho, es conocida por la defensa solo por una “gentil concesión” del Fiscal o después de la adopción por parte del Juez de la investigación preliminar de medidas restrictivas (las medidas cautelares).

Sin poder considerar que la propia normativa en materia de diligencia de investigación de la defensa parece negar la filosofía que había inspirado el (nuevo) código procesal penal: aquella de un proceso en condiciones de igualdad entre las partes.

Pero los poderes atribuidos a la defensa que se propone llevar a cabo investigaciones particulares son totalmente distintas (por defecto) respecto a aquellos reconocidos al Fiscal.

Es suficiente considerar, a tal efecto, que la defensa no tiene a su disposición a la propia Policía Judicial; no puede forzar a los testigos a comparecer en su propio procedimiento para ser oídos; ni para los testigos que comparezcan, hay consecuencia prevista si no intentan responder a las preguntas que se les están abordando (más bien, la facultad de no responder está expresamente reconocida en la ley).

Pues bien, esta opción constituye la negociación ontológica de un proceso que ve realmente al Fiscal y al defensor del imputado en condiciones de igualdad. Representa más bien la elección de un legislador procesal penal profundamente inmaduro, que busca patrones de los demás modelos (como del acusatorio) sin que se pueda después señalar una consecuencia coherente.

Precisamente para eliminar estos defectos en 1999, con el art. n.2, de la Constitución, fue reformado el artículo 111 de la Constitución, introduciendo el principio del llamado **proceso justo** según el cual: a) el proceso y la formación de la prueba se desarrolla mediante la contradicción de las partes; b) Las partes están en condiciones de igualdad entre ellas; c) la persona acusada debe ser informada de la naturaleza y de los motivos de que se le acusa en el tiempo más breve posible; d) la persona acusada tiene derecho a interrogar a personas que hacen declaraciones en su contra y ninguno puede ser condenado por hechos que no han sido demostrados por la acusación. Pero sobre todo se introdujo otro **principio fundamental, el de la razonable duración del proceso (art. 111, párrafo 2º, Constitución Italiana)**.

Se trata de principios fundamentales, presentes también en la Convención Europea de los Derechos Humanos, que seguramente era justo introducir a nivel constitucional.

La irrazonable duración del proceso penal constituye, en efecto, el problema indudablemente más grave. El proceso penal italiano es un proceso larguísimo y se puede decir que —en contraste con lo que dicta la Constitución— la ley procesal hoy paradójicamente contribuye a garantizar la irrazonable durabilidad del proceso.

Enumerar las causas de la exagerada duración de la fase de instrucción es complejo, requeriría una profundización y un análisis no compatible con la economía de la presente intervención, pero se puede indicar a continuación, algunas de las más importantes: a) al término de la fase de instrucción previa el Fiscal no tiene plazo para acordar (el ejercicio de la acción penal o la solicitud de sobreseimiento). Esto comporta que, a pesar de que con la instrucción se llegue a una conclusión, el archivo sigue siendo en las dependencias del Ministerio Público sin que este pueda adoptar, en un tiempo razonable, una solución: se ha mantenido prácticamente sin aplicación, también porque son las mismas partes quienes dudan en activarlo, por el temor de eventuales repercusiones que podrían derivar sobre la defensa de su posición y que la solicitud podría ser rechazada;

b) la disciplina en materia de notificaciones de los actos del proceso penal está ya obsoleta y constituye una de las más frecuentes causas de ralentización de los procesos;

c) la **audiencia preliminar** —después de las investigaciones, es una fase del proceso que ha demostrado ser ineficaz para cumplir la función atribuida por el legislador: la de filtrar las denuncias condenadas al fracaso. En la gran mayoría de casos de hecho el Juez de instrucción pone el caso a disposición del Tribunal para el juicio porque tiene la obligación de motivar en la sentencia que no da lugar a proceder, no debe motivar la notificación de la prueba que es, por tanto, decisión más rápida que la primera;

d) los modelos alternativos al juicio ordinario (aplicación de la pena solicitada, juicio abreviado, procedimiento de notificación penal de condena) han fallado sustancialmente en su función deflacionista. Frente a una situación similar alternativa ofrecida por los modelos especiales y, particularmente, los mecanismos preliminares previstos por el legislador para incentivar la elección son en muchos de los casos menos atractivos que aquellos “paracaídas” constituidos precisamente para la prescripción del delito, que eligiendo un modelo alternativo, ciertamente no se abrirá;

e) la previsión de un Fiscal solo e imposibilitado a relacionarse de forma dialéctica y constructiva con el defensor del imputado por el límite que les impone la confidencialidad de la investigación (y así volvemos al problema tratado en la apertura), es tal que impide en muchos casos un intercambio productivo entre las dos partes, que podría a menudo consentir una definición del procedimiento con el archivo, como demuestra la alta tasa de absoluciones sucesivas al aplazamiento del juicio

3. Estas son algunas de las más evidentes disfunciones del proceso, que contribuyen a hacerlo un instrumento insuficiente para hacer justicia en tiempo razonable.

No obstante las numerosas condenas impuestas al Estado Italiano por el Tribunal Europeo por razones del largo tiempo con el que vienen definidas las causas, la situación sigue siendo muy grave.

Principalmente hace que el precio sea la víctima del delito.

Raramente hoy en Italia la víctima es capaz de obtener en un tiempo razonable la satisfacción de sus pretensiones a través del proceso penal. Y esto también para una abusada praxis jurisprudencial (que se está convirtiendo en una realidad de mala praxis real): aquella por la que el Juez penal, cuando condena al imputado a resarcir el daño a la parte civil, delega entonces la relativa cuantificación al Juez Civil; de modo que la víctima, después de años de proceso (penal), se ve obligada a tomar otra causa (ante el Juez civil) para obtener la cuantificación del daño que le debe ser resarcido: y lo debe hacer en sede jurisdiccional (la civil) que en cuanto a la duración irrazonable del proceso, vive una condición todavía peor que la penal.

En conclusión: el peor de los males que afecta al proceso penal italiano es aquél de su irrazonable duración. En muchos (en demasiados) casos el mismo proceso resulta inútil porque no cumple con su auténtica función.

Una duración irrazonable del proceso no está al servicio de la justicia sino de la maduración del plazo de prescripción de los delitos.

La prescripción de los delitos es hoy en Italia un fenómeno tan extendido que a buena razón puede ser calificado como una forma de amnistía enmascarada.

El dato quizás más embarazoso de la evaluación de las razones determinantes de la extinción de los delitos por prescripción es aquel relativo al tiempo que los procedimientos penales trascurren en la fase de instrucción previa, también una vez expirados los términos para realizar dichas investigaciones (porque, como se ha dicho, en muchos casos el Ministerio Público espera para decidir). Que sea el mismo Fiscal quien contribuye de manera incisiva a la duración irrazonable del proceso es paradójico: se trata en efecto del órgano del cual se esperaría la mayor celeridad.

4. Y ahora llegamos a la legislación penal y a sus propias relaciones con la actividad interpretativa.

En el ámbito de las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial, desde hace tiempo se señala el creciente activismo judicial, que condujo “tanto a una primacía tendencial de la jurisprudencia penal (...),

como a la asunción por parte del poder judicial de un papel (de actor) de la política criminal; en colaboración con el poder político-legislativo pero, no pocas veces, también en contraposición de este”.

En esta perspectiva, no faltan hipótesis de las llamadas “creaciones jurisprudenciales de delitos” que se encuadran en la expansión de aquel “poder normativo jurisprudencial”, fruto del conocimiento adquirido por la jurisprudencia “de la propia función constructiva respecto al contenido del derecho y por lo tanto de las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones”: esencialmente, del propio papel de coproductor del derecho”, en formas diversas y concurrentes.

Un peso siempre muy significativo ha terminado por asumir también la llamada “interpretación constitucional orientada” en el derecho penal, en el que el nivel de autonomía del tenor literal de la norma ordinaria puede resultar todavía mayor”. En tal esquema interpretativo, se puede comprender incluso —la peculiar hipótesis de *sentencias de inadmisibilidad por falta de interpretación adecuada*— la combinación de dos factores de *distorsión* de la fisiología de las relaciones entre poder legislativo y poder judicial (conectados con el papel tanto del Tribunal Constitucional como de los Tribunales ordinarios), a través del cual se puede alcanzar la legitimación por medios hermenéuticos potencialmente disonantes respecto de los límites textuales delineados por el legislador.

Los pasos, bien resumidos de la doctrina constitucional, son esencialmente tres, que son: a) en la posibilidad de extrapolar de una o más pronuncias del Tribunal Constitucional un principio constitucional, como si eso fuese directamente asequible a la Constitución, y por tanto dotado del mismo valor;

b) en la atribución a los jueces ordinarios de competencia para recabar *por sí solos* tales principios, de las sentencias constitucionales, sin esperar un pronunciamiento del Tribunal que los haga explícitos o los reafirme;

c) en la consecuente manipulación —directa y sin ni siquiera la interposición del Tribunal Constitucional— por parte del juez ordinario de los textos legislativos, con el fin de cumplir con los principios constitucionales enunciados.

Es bastante evidente como, de tal modo, de un lado nos acercamos a una especie de sindicato de constitucionalidad difusa, bien distante del modelo prefigurado por la Constitución, y del otro se activa un verdadero y propio corto circuito institucional entre jueces, Tribunal y legislador, sin embargo con un fuerte desincentivo para los jueces ordinarios a plantear cuestiones de

legitimidad constitucional —por el temor de una inadmisibilidad.

**4.1.** Por este camino se llega al pleno reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho, también del derecho penal. Se trata de un definitivo reconocimiento formal del papel que, en el ámbito de la actividad fundamental interpretativa, el poder judicial tendría de hecho ya asumido.

Es claro como el punto acuerda las disputas que nunca han desaparecido en referencia a los límites de la actividad hermenéutica del juez. Puede ser suficiente recordar los términos esenciales de la cuestión, que ve opuestas, los extremos, un criterio lingüístico, un canon **lógico-sistemático** y un enfoque **teleológico**.

El **primero**, fundado sobre una interpretación literal, se connota por la máxima valoración en clave garantista del papel fundamental de la *littera legis*. Como se sabe, los criterios interpretativos están en inseparable conexión con los principios de taxatividad y determinación de la materia.

El canon **lógico-sistemático** tiende a buscar el sentido de la disposición incriminatoria reconstruyendo las conexiones conceptuales existentes entre esta y las otras normas del sistema penal; como se ha destacado, “cada norma, cada ley es una pieza de un mosaico complejo, en el cual el sentido de cada pieza está conectado a la de otras: contribuye a la composición del conjunto, y es definido (también) por el diseño del conjunto”, de modo que, en retrospectiva, la interpretación de cada norma surge también como “reintegración del conjunto, esto es del significado que cada fragmento normativo viene a asumir en relación al conjunto” y “la interpretación de la ley es siempre interpretación sistemática”.

Finalmente, el **criterio teleológico**, que focaliza la atención sobre la función político-criminal del tipo legal: En particular, la actividad hermenéutica, que representa el imprescindible punto de partida, encontraría su momento decisivo en los *finés de la ley*, implicando una verificación judicial de la conformidad de la interpretación propuesta con el mismo tipo penal.

Esencialmente, la actividad interpretativa del juez supera los límites de un mero descubrimiento del significado preexistente al enunciado normativo, asumiendo el contorno de una verdadera y propia creación del significado a la luz de los fines de la tutela perseguidos por el tipo penal.

En tal perspectiva, la actividad interpretativa se convertiría en ilegítima solo donde termina para dar lugar a un proceso analógico *irrazonable*, esto es en el caso en el que, superando los límites del tipo penal, abarque

su interior y también comportamientos bien distintos contenidos de desvalor.

El principio de legalidad, de acuerdo con esta lectura del espacio interpretativo del juez, esfuma inevitablemente en contornos 'híbridos', en los cuales el significado de las locuciones normativas es detectado por la sinérgica cooperación entre legislador y juez, con particular atención a las exigencias de razonable previsibilidad por parte del ciudadano de las consecuencias penales con las propias acciones. Esta claro que plantear dudas sobre la oportunidad/necesidad de poner límite a la interpretación supone una (involuntaria) contribución de la inercia del legislador, además de la dejadez frecuente en la formulación del tipo.

**4.2.** Ahora para evitar que de este paso se llegue a una forma enmascarada de democracia judicial el remedio adecuado a la mala gestión del poder legislativo no es la función impropia del poder judicial, sino la eliminación de la mala gestión”.

Fundamentalmente parece en esta óptica eliminar la posibilidad de preveer una posible solución moviendo su impresión, desalentadora, que el acto interpretativo, por encima de creativo, sea a menudo el fruto de un procedimiento aleatorio, que mal se concilia con los valores de quien debería ser portador del sistema penal”.

La aleatoriedad y incluso la arbitrariedad de las operaciones hermenéuticas se anidan en la interpretación extensiva, “desde siempre en el banquillo de los acusados de la ciencia penal” sea para su sutil inclinación a minar el valor del principio de estricta legalidad sobre el plano de la concreción de la prohibición penal, sea para su escasa compatibilidad con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad.

Se debería en otros términos *constitucionalizar la prohibición de interpretación extensiva*, sobre el modelo del Código Penal francés de 1994, (art. 111-4), del Código Penal Español de 1995 (art. 4) y, sobre todo, del proyecto de ley constitucional puesto en marcha por la Comisión bicameral para la reforma de la Parte Segunda de la Constitución, que el art. 129. 3 prevea que **“las normas penales no pueden ser interpretadas de modo (...) extensivo”**.

El propósito de la propuesta es indudablemente la “recuperación de los valores de libertad individual en un marco de reequilibrio de los poderes del Estado sobre el valor de la legalidad”, llegando en el fondo “a profanar tanto el dogma de la omnipotencia de la interpretación en materia penal, que está detrás de la ilimitada libertad del intérprete (...), sea el mito de la integridad de la tutela penal postulada con sutil insistencia”.

Más allá de un indudable valor *de advertencia*, es evidente las ventajas que la propuesta presenta, sea por el papel de una fuerte “sensibilización cultural” que podría desarrollarse, sea por el potenciamiento, aunque indirecto, del “control del Tribunal Constitucional sobre el respeto, por parte del legislador, del principio de taxatividad”, sea finalmente por la posibilidad de la “directa censura del vicio en la Corte Suprema (ex art. 606. Letra b, c.p.p) por ‘inobservancia o errónea aplicación de las normas jurídicas de las cuales se debe tener en cuenta la aplicación de la ley penal”.

**5.** Vamos al tercer factor de crisis de la Justicia Penal italiana; que es la horrible situación de la ejecución penal (que es la situación de las cárceles)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha dictado una sentencia “que hacen época” hacia nuestro país, hablando abiertamente de “tratamiento inhumano y degradante” en las cárceles italianas.

La condena de un Estado ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos por haber aplicado a los seres humanos —culpable de haber cometido un delito— tratamientos inhumanos y degradantes es un evidente síntoma de una absoluta irresponsabilidad política. Un tratamiento inhumano y degradante —como aquel infligido en las cárceles italianas— es tal cuando no sólo se priva de la dignidad a cada ser humano, y pone en peligro su propia salud física (enfermedades, contagios, infecciones) y psíquica (los casos de suicidio son una de las consecuencias más tristes y degradantes de la humanidad).

La sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de los derechos humanos se funda sobre la evidencia encontrada de la violación sistemática de los derechos de los presos en las celdas italianas. En particular, ha sido estigmatizado un hecho específico que es el de que los presos se ven obligados a vivir en espacios muy reducidos: en los casos examinados por el Tribunal supranacional los detenidos eran encerrados en habitaciones de nueve metros, en las que conviven con otras personas, sin agua caliente ni, en algunos casos, iluminación.

El problema en el que sin embargo el Tribunal ha querido centrarse es el antiguo problema de la superpoblación carcelaria.

El Tribunal de Estrasburgo invita a Italia a remediar “inmediatamente” la superpoblación carcelaria también previendo penas alternativas a la prisión. Los jueces piden también a nuestro país de adoptar, en el plazo de un año, un sistema de recurso interno que ceda el paso a los presos para hacer frente a los tribunales italianos para denunciar las propias condiciones de vida

en las prisiones y obtener el resarcimiento por la violación de sus derechos.

Pero más en general, el Tribunal Europeo de los derechos del hombre: ha recomendado al gobierno de adoptar todas las medidas apropiadas en sede de revisión de la legislación y en la práctica en materia de superpoblación carcelaria con el fin de aplicar los siguientes principios de derecho:

1. La privación de libertad debe ser considerada como un último recurso.

2. La prisión debe ser considerada una medida excepcional, desde el momento que no es, en general, difícil ofrecer una solución al problema de la superpoblación.

3. Los Estados Miembros deberán tener en consideración la posibilidad de penalizar algunos delitos o re-clasificarlos de modo que no requieran pena en prisión.

4. Para elaborar una estrategia coherente contra la inflación de la población carcelaria deberá haberse seguido un análisis detallado de los principales factores que contribuyen a estos fenómenos. Tal análisis deberá comprender, entre otros, el tipo de delito que pueden comportar largas penas de prisión, la prioridad de la lucha contra la criminalidad.

Pero volvemos a la situación italiana. En las prisiones son recluidas 67.437 personas, contra una capacidad regular de 45.281. Estas cifras colocan a nuestro país como el líder europeo en superpoblación carcelaria, hoy igual al 140% (datos estadísticos recogidos por el Departamento de Administración Penitenciaria).

Italia es también el segundo país de Europa por número de detenidos imputados pero todavía no declarados culpables en vía definitiva. En nuestro país, de hecho, las personas internas a la espera de juicio son el 44% del total de los detenidos.

Las leyes que han llevado a esta situación solo la llamada Bossi-Fini en materia de inmigración, sobre todo después de la modificación aportada por la Ley 94/2009, la ley Fini-Giovanardi n.49/2006 normativa para la lucha contra el tráfico de estupefacientes y la última la llamada Cirielli ley 251/2005 que fortalece las sanciones penales y hace más difícil el acceso a los beneficios para los reincidentes. Detenciones relacionadas con la microcriminalidad, en la cual la reincidencia es un factor peculiar.

Una contribución significativa a la superpoblación viene también de diferentes enfoques culturales y políticos de matiz conservador. Piénsese por ejemplo en la ecuación: seguridad social igual a tolerancia cero, individualizando la prisión como solución a los problemas, sin buscar instrumentos diversos para resolver los problemas sociales.

La situación de la ejecución penal era conocida incluso a nivel de la opinión pública: incluso el presidente de la República había sido invitado a ejercer finalmente las propias prerrogativas para dar una respuesta contextual, concreta y no más postergable, sea a la crisis de la justicia italiana que a su más dramático punto de recaída, las prisiones”.

En la petición al Jefe del Estado numerosas personalidades del mundo de la cultura y de la política habían subrayado que *son ya más de una las condenas a Italia por la violación establecida en el art. 3 CEDU, bajo el perfil de condiciones inhumanas y degradantes a la que se han visto obligados algunos reclusos. Y habían hecho hincapié como todo esto se traduce en una actual violación de la Constitución italiana.* Habían escrito que el reformado art. 117.1 “*impone al legislador nacional el respeto 'a las limitaciones derivadas... de las obligaciones internacionales' también de los pactos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional asume la normativa del CEDU en la interpretación que asume el Tribunal de Estrasburgo en el parámetro judicial en el sindicato de constitucionalidad de la legislación nacional. Las condenas de Estrasburgo, son —según la conclusión de los estudiosos del mundo de la cultura y de la política— por lo tanto la señal de una Constitución violada.*”

Restaurar la legalidad constitucional violada se impone también por una razón ulterior como es por el anómalo aumento de suicidios de los internos de las prisiones italianas. En la petición al Presidente de la República se afronta también esta temática: “*se habla mucho de suicidios, en este periodo, acreditándose un forzado y no demostrado nexo de causalidad con la actual crisis financiera, reduciendo así las razones de “contabilidad económica una elección de la genealogía seguramente muy compleja y profunda. No existe en cambio duda alguna, ni estadística ni científica, sobre el siguiente dato de la realidad: la prisión se revela hoy como un lugar donde se arriesga la vida y a menudo se pierde.*”

“La probada correlación entre la superpoblación en prisión, la severidad del régimen de prisión y la frecuencia de las muertes por suicidio detrás de las rejas han alcanzado cifras así de alarmantes que, con el fin de prevenirlas, el Departamento de la administración penitenciaria ha dictado una circular especial (24 de abril de 2010) seguida más recientemente por otra circular de un espectro más amplio (24 de noviembre 2011 ‘modo de ejecución de la pena’)

El mismo Comité Nacional de Bioética, ha considerado necesario ocuparse del tema, elaborando su propio

dictamen (El suicidio en prisión. Orientación bioético). Obviamente no es suficiente. Con fecha de 22 de abril del año en curso son ya 20 los detenidos que se quitan la vida: uno cada 5 días. Pero aquellos internos, que se suicidan no van a las primera páginas de portada, ni en los titulares de los telediarios de las principales retransmisiones televisivas.”

Si tal es la situación en Italia, está claro que ésta abierta violación de la legalidad constitucional se debe interrumpir con medidas deflacionistas capaces de crear las condiciones de partida para la adecuada reforma.

Estos instrumentos están previstos en nuestra Constitución y se llaman amnistía e indulto.

Todavía, en las últimas décadas, la fuerza política ha estado reticente a aplicarlos. Es verdad que de hecho la última amnistía se remonta a 1992; en cuanto al indulto, en cambio, después de su concesión como una medida criminal por parte de aquella misma fuerza política que lo ha aprobado.

La “gravedad de la disfunción” que aflige la justicia italiana repercutiendo sobre la situación de las prisiones ha empujado al Líder del Partido Radical Marco Pannella, a iniciar huelga de hambre durante un tiempo muy largo, para llamar la atención de las instituciones sobre dos cuestiones:

1) La necesidad de urgencia de una amnistía como primer paso para afrontar la crisis de la justicia y la emergencia de la superpoblación en las prisiones.

2) El silencio de la información y la ausencia de cada debate democrático sobre esta cuestión que toca la conciencia de los ciudadanos y requiere importantes decisiones políticas y graves opciones legislativas.

Pero a pesar de este gesto clamoroso que tiene el sabor de la desesperación, la crisis de la justicia y la situación inhumana de las prisiones —ciertamente incompatibles con las características del Estado de derecho—, son por desgracia destinadas todavía a permanecer sin una rápida y eficaz solución, aunque esta sea claramente sugerida por el Consejo de Europa y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.