

DEUS PROVIDE ET PROVA

Revista

Enero 2012

29

LABOR



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272
Crónicas	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289
Noticias	294



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
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

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

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor 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).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	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:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

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



La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses*

Carlotta Conti

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

RESUMEN: *En el transcurso de veinte años tras la codificación, las prohibiciones probatorias han encarnado la matriz de la prueba en el proceso penal y han llegado a ser el campo específico de la titánica lucha entre el formalismo y el sustancialismo, en la óptica de proteger las exigencias cerciorativas sin olvidar el respeto por la ley.*

PALABRAS CLAVE: *prohibiciones probatorias, taxatividad, ponderación, prueba inconstitucional.*

ABSTRACT: *Over two decades after the codification, exclusionary rule has represented the matrix of proof in criminal proceedings and has become the elective field of the titanic struggle between formalism and substantialism, in order to preserve the needs of assessment without forgetting the law respect.*

KEY WORDS: *Exclusionary rule, obligatory nature, balance, unconstitutional evidence.*

I. Los veinte años del instituto

La ineficacia (*inutilizzabilità*) ha sido introducida en el código del 1988 con la finalidad de efectuar una elección muy nítida por lo que concierne a la expulsión del procedimiento de las pruebas irregulares. Los *conditores* tenían por objeto la creación de un cuello de botella para separar lo que es prueba de lo que no lo es¹.

Ahora bien, como en el sistema acusatorio las herramientas cerciorativas están reguladas minuciosamente,

y se contemplan rigurosas reglas de exclusión, la ineficacia ha sido elaborada con la intención de *respetar el principio de taxatividad cuyo supuesto esencial es aquel de determinación*. La finalidad del instituto —distinguir claramente las pruebas y las “no pruebas”— tenía que reverberarse en la naturaleza del instituto mismo².

Sin embargo, esto se ha convertido en un punto débil, ya que la aspiración hacia la taxatividad se ha revelado

* Texto rehecho de la relación desarrollada en el encuentro de estudio sobre “Nullità, inutilizzabilità, abnormità” organizado por el Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 18-20 de abril 2011. Traducción por Michele Ingenito, Doctorando en Derecho procesal penal, Universidad de Florencia.

1 La ineficacia de que se habla, a los fines de una fácil comprensión, se puede asimilar al concepto normativo de “inutilizzabilità” como previsto en el art. 191 CPP: “*Prove illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*” (“Pruebas adquiridas ilegalmente. 1 Las pruebas obtenidas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley no se pueden utilizar. 2 La ineficacia es detectable, también desde el juez, en todos los estados y grados del procedimiento”).

2 En los orígenes de la disciplina, Pierro, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Salerno, 1992, 63 ss.

como una utopía. Por un lado, desde 1988 hasta hoy se han registrado por lo menos ocho intervenciones legislativas —introdutoras de reformas en materias específicas— que, *más allá de prever nuevas hipótesis de ineficacia explícita*, han tocado algunas articulaciones fundamentales de esa sanción alimentando las dudas en vez de poner puntos fijos. Por otro lado, es cada vez más fuerte la impresión de que el instituto en cuestión vive en la aplicación jurisprudencial; diariamente se presentan situaciones en las cuales se encuentran ciertas violaciones de la *lex probatoria*, fuente de problemas interpretativos no pronosticables *ex ante*.

En la solución de tales cuestiones, es inevitable que entren en juego muchas exigencias contrapuestas cuya ponderación influye en las decisiones del juez. En el fondo se puede percibir el eterno conflicto entre la justicia formal y la sustancial, entre *fair play* y comprobación. En cada proceso, cuyo objetivo es la erogación de una sanción penal, se instauran procesos paralelos encaminados a la aplicación de las “sanciones procesales”. Esta última locución, aunque imprecisa por un enfoque estrechamente dogmático, está *dotada de mucha incisividad porque toma la función de la ineficacia que consiste en “castigar” la violación de una prohibición. Puede ser útil diseñar el rostro actual de las reglas de exclusión*, en el prisma de las *intervenciones legislativas y de la aproximación al derecho viviente, intentando examinar las facetas a la luz de los principios*.

II. La indicación de las prohibiciones y el principio de conservación

El primer punto a tratar concierne el clásico problema de la *individualización de las prohibiciones probatorias*. *A propósito, el código del 1988 ha efectuado una elección muy interesante. En los casos en los que se quería quitar de forma tajante cualquier discusión, se ha previsto la ineficacia especial (inutilizzabilità speciale)³; así pues, se ha previsto una categoría ge-*

neral de las “prohibiciones probatorias” (divieti probatori) a la violación de los cuales el art. 191 CPP conecta la ineficacia general (inutilizzabilità generale). La ineficacia especial, al menos normalmente, no trae problemas de interpretación porque el ámbito de aplicación se deriva de la única norma que la establece. Por otro lado, el concepto de “prohibiciones probatorias” ha dado lugar a infinitas *querrelles*⁴.

Para circunscribir este concepto se han elaborado muchas teorías, entre las cuales destaca la de la “carencia del poder de instrucción”⁵, seguida por la mayoría de la jurisprudencia. Seguido de este enfoque, existe una prohibición *donde la ley prohíbe, en el an, la admisión de una prueba en el procedimiento y, por eso, la autoridad investigadora o juzgadora no tendrá el poder de incorporarla*⁶.

El problema es que la teoría en cuestión “*aunque sea insalvable desde el punto de vista descriptivo*” aparece, sin embargo, insuficiente en el perfil explicativo: esa es útil para reformular la cuestión *subrayando los términos del problema: sin embargo, no es idónea para proporcionar la solución. De hecho, la clave de bóveda se traslada en el concepto de “poder de investigación”*.

Mirando el fondo del problema, parece que se puede detectar que, para establecer si tal poder existe o menos, se deben hacer tres evaluaciones *caracterizadas por el fuerte componente de discrecionalidad en la “indicación” de la prohibición. En primer lugar, es necesario localizar el interés protegido desde la norma violada; en segundo lugar, se requiere establecer el rango de ese interés; por último, tiene que ser ponderado el grado de la lesión que tal instancia ha sufrido. Esto es el significado sustancial de la expresión “prohibición establecida por la ley” (art. 191 CPP)*⁷.

Se trata de un concepto que va prescindiendo de la existencia de una norma expresa que sea elaborada como prohibición; una símil característica se ha notado desde los primeros años de vigencia del código Vassalli

3 La ineficacia especial es determinada por las reglas individuales de la prueba en presencia de violaciones de las normas establecidas ellas. A título de ejemplo, recordamos el art. 195 CPP en términos de testimonio indirecto y el art. 271 CPP en términos de in materia di interceptaciones.

4 V. *supra* la nota 1. En doctrina, Servi, en Scalfati e Servi, *Premesse sulla prova penale*, en *Trattato di procedura penale*, directo de Spangher, Torino, 2009, v. 2, t. I, 42. Sobre el concepto de ineficacia, Pierro, voz *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, en *Dizionario di diritto pubblico*, directo por Cassese, vol. IV, Milano, 2006, 3242. Por una lectura que considera sólo aparente el deficit de tipicidad de la expresión “prohibiciones probatorias”; Dinacci, *Inutilizzabilità*, en *La prova penale*, Tratado directo de Gaito, Torino, 2008, 190 ss.; Id., *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 46.

5 Sobre la cual, Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 73.

6 Cass., sec. I, 25 de octubre 2004, Giannelli, in *CED* 230774.

7 Sobre una interpretación “sustancial” de las prohibiciones establecidas por la ley, véase Galantini, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 139; Ead., voz *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, en *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 698.

y, probablemente, no había sido excluida tampoco por voluntas legis⁸.

Merece la pena admitir desde ahora que cualquier evaluación fundada sobre el grado del perjuicio sobre el interés protegido parece *prima facie* desvelar una pena asociada a un enfoque de tipo sustancial. Sin embargo, en este punto, es necesario presentar una distinción. En lo que refiere a la intensidad del *vulnus* puede ser, de hecho, efectuado tanto a nivel abstracto y formal, como en plano concreto y sustancial. En el plano abstracto, se hace referencia a conductas que pertenecen a la misma tipología de aquella perteneciente en el caso de especie y se nos pide qué grado de perjuicio éstas puedan acarrear al bien protegido. En el plano concreto, se refiere a la *conducta particular* perteneciente y se nos pide qué grado de perjuicio ésta ha efectivamente infligido a tal interés. Es evidente que solo al efectuar esta última evaluación puedan asumir relevancia otros factores ligados a la específica situación procesal, como el comportamiento de las partes, la fiabilidad de la prueba incorporada, la posibilidad de obtener aliunde la misma información, la existencia o no de otras pruebas y, por ello, la indispensabilidad del elemento recogido a los fines de la decisión.

Ahora bien, exclusivamente la evaluación abstracta del grado de la lesión es compatible con el momento del encuadramiento de la violación en la categoría de las prohibiciones probatorias. Viceversa, la ponderación concreta, y por decir “multifactorial”, es conveniente a un pasaje sucesivo respecto al encuadramiento: se trata de la determinación de las consecuencias sancionatorias de un vicio ya verificado. Nuestro sistema, sin embargo, no contempla totalmente una

actividad de evaluación de la intensidad de la lesión, ni a nivel de reconocimiento del vicio, ni a nivel de “imposición” concreta de las consecuencias. Puede ser sobre todo por este motivo que la jurisprudencia, con un salto lógico implícito, a veces efectúe una apreciación de esta índole ya desde el momento del reconocimiento, llegando a excluir la ineficacia cuando en el caso concreto se pueda revisar una lesión no relevante al interés protegido de la norma. En situaciones similares sucede que la patología es subsumida en la categoría de las nulidades —con la consecuente operatividad de los límites de deducibilidad y de las sanatorias— o también considerada una mera irregularidad privada de consecuencias sobre el plano de la validez del acto.

III. “Divagaciones” jurisprudenciales”

La jurisprudencia está llena de situaciones en las cuales una apreciación *concreta de la gravedad de la lesión* —más o menos correcta y comprensible en el mérito, habiendo tenido en cuenta las exigencias sustanciales protegidas” ha inducido a considerar inexistente una prohibición probatoria.

Sin pretensiones de exhaustividad, una referencia a la *casuística* puede ser útil para tener en cuenta la dimensión del problema.

Antes que nada, es posible subrayar que, diariamente, las violaciones de las normas que conciernen el examen cruzado están consideradas casi sin consecuencias en orden a su sanción⁹.

Análogamente pasa, con referencia a otras hipótesis en las cuales la ausencia de respeto por las normas repercute sobre otros aspectos pertinentes a la autenticidad de las pruebas orales¹⁰.

8 Sobre la temática, Scella, voz *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, en *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, 2009, 484 ss.; Id., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 152 ss.

9 Según Cass., sec. VI, 31 de octubre 2008, Pagano, en *CED* 241318, la repetitiva denegación del examen cruzado opuesto del juez al abogado, en consideración del hecho que éste último tenía que presentar instancia en el momento de proponer las pruebas, constituye una hipótesis de nulidad parcial y, por eso, el abogado que no adopte medidas al momento del acto, enfrenta un límite a la petición de la prueba; por Cass., sec. V, 17 de julio 2008, Cutone, en *CED* 242025, no es relevante que el examen de los testigos, en el juicio, se desarrolle totalmente por obra del juez.

10 Cass., sec. V, 24 de marzo 2009, Baron y otros, en *CED* 244203, que ha considerado utilizable el examen a distancia de un colaborador gravado desde atrás; Cass., sec. IV, 15 de enero 2007, Granata y otros, en *Cass. pen.*, 2008, 1149, caso que hace referencia a un testimonio conjunto de dos agentes de policía judicial; Cass., sec. IV, 29 de octubre 2003, Branda, en *Cass. pen.*, 2005, 150, que siguiendo una práctica cotidiana en unas sedes judiciales, ha retenido utilizables las declaraciones de testigos juntos en el aula del juicio ex art. 149 disp. att., salvo la obligación del juez de cerciorar, en sede de evaluación, si la falta de aislamiento ha perjudicado la fiabilidad de las declaraciones; Cass., sec. III, 9 de julio 2008, Valentino, en *CED* 240746 ha considerado válido el examen protegido de los menores de edad conducido sin adoptar las medidas necesarias, como indicadas por la ley, a redactar; Cass., sec. II, 16 de diciembre 2010, Galinschi, en *CED* 248909, sobre el recurso a interceptaciones cuyos soportes resultaban desimantados; Cass., sec. III, 4 de mayo 2010, en *Guida dir.*, 2010, 27, 84, según el cual la prohibición de peticiones sugestivas, aunque previsto a pena de ineficacia de las contestaciones, no opera en los casos en los cuales el juez conduce el examen del menor de edad o del discapacitado;

En el mismo surco hermenéutico la mayor parte de la jurisprudencia está, además, orientada a considerar utilizables las declaraciones de las víctimas alóglotas sin la posibilidad de un intérprete¹¹.

Se dan, también, decisiones que consideran irrelevantes los errores cometidos en la interpretación de la disciplina de la incompatibilidad a testimoniar y, que consisten, en la atribución al *imputato connesso*¹² de obligaciones de naturaleza “testimonial”¹³.

Aún, las *Secciones Unidas* han resuelto un contraste jurisprudencial afirmando que la violación de la prohibición de defensa acumulativa de declarantes *erga alios*, no conlleva ninguna sanción procesal, aunque el juez ha debido evaluar de forma rigurosa la atendidibilidad de las declaraciones de los imputados y queda evidente una eventual responsabilidad disciplinaria del defensor¹⁴.

Se da, pues, una casuística en la cual, frente a violaciones de reglas de conducta establecidas en relación a sujetos procesales, no supone un problema de autenticidad de los elementos recogidos. Así, la *Cassazione* ha afirmado que el incidente probatorio, desenvuelto fuera de los casos previstos, no está viciado porque la falta de expresa previsión no constituye una prohibición probatoria¹⁵.

Además, los jueces de legitimidad consideran utilizable la grabación de los coloquios intervenidos del detenido y sus familiares efectuada con el fin de no conocer el contenido, sino de desarrollar un reconocimiento de voz¹⁶. Del mismo modo, la *Cassazione* considera utilizables en el juicio abreviado las declaraciones que el defensor de la víctima, había adquirido desde el propio asistido con las modalidades de la entrevista defensiva,

sobre el relieve que el derecho de defensa no resultaba violado ya que está prevista la facultad de no subyacer a la entrevista y de no contestar¹⁷. Además, las *Secciones Unidas* consideran válida la prueba testimonial admitida en el juicio delante del juez extranjero sin la presencia, aunque solicitada, del juez italiano, porque la rogatoria, aunque concelebrada, presupone, de todas formas, el ejercicio del poder jurisdiccional solo por parte del juez extranjero¹⁸.

En fin, la mayoría de la jurisprudencia considera irrelevante el retraso del ministerio público en la inscripción de la noticia del crimen al fin de la validez, de los actos concluidos después del tiempo establecido.

Las *Secciones Unidas*, confirmando tal dirección dominante, han finalmente precisado que una símil conducta puede determinar una responsabilidad penal o disciplinar¹⁹.

IV. Los peligros implícitos en el enfoque sustancialista

Sólo en relación a algunas de las hipótesis delineadas la jurisprudencia se ha detenido en la apreciación abstracta de la nocividad de la conducta. En otros casos, se percibe el relieve de otros intereses, entre los cuales destaca aquel de la conservación de los datos probatorios útiles. Pensando en las problemáticas afrontadas por el derecho viviente —por otra parte muy variado— el solo hecho que cuestiones de esta índole estén y requieran un pronunciamiento de la *Cassazione* confirma la debilidad del principio de taxatividad en relación al vicio examinado.

Es necesario, por otra parte, prestar atención, ya que en los pliegues del enfoque discrecional se esconden

la misma sentencia ha considerado contra el imputado la pericia desarrollada por una psicóloga que había estado indicada por la víctima, discapacitada, de una violencia sexual como persona de propia fidelidad a los fines de la propia asistencia psicológica en el curso del procedimiento.

11 *Ex multis*, Cass., sec. II, 18 de septiembre 2008, Fati, en *CED* 242049. *Contra*, Cass., sec. III, 15 de enero 2002, Deda, en *CED* 221490, que ha optado por la radical inapropiación probatoria de un acto fundado sobre los intercambios de comunicación gestuales.

12 Hablando de “imputati connessi o collegati” hacemos referencia, precisamente, a aquellos sujetos que estén imputados en procedimientos relacionados con aquel principal por razones de enlace probatorio (art. 371. 2 lett. b CPP), o por razones de conexión (imputados conectados teleológicamente o concurrentes en el mismo delito, art. 12 CPP).

13 Cass., sec. VI, 16 de junio 1998, Di Benedetto, en *CED* 211672 y Cass., sec. I, 18 de diciembre 2000, Maggi, en *CED* 210672, han retenido utilizables las declaraciones dadas por imputati connessi o collegati previamente informados de la obligación de decir la verdad; Cass., sec. VI, 7 de febrero 2007, Catanzaro y otro, en *CED* 235922, ha considerado utilizables las declaraciones de un testigo asistido examinado sin la asistencia del defensor.

14 Cass., sec. un., 3 mayo 2007, Dike, en *Cass. Pen.*, 2007, 4078, en relieve que el art. 106, 4-bis CPP no tutela los derechos fundamentales pero si la confiabilidad de las declaraciones. Sucesivamente, Cass., sec. VI, 27 de noviembre 2008, Froncillo, en *CED* 242145.

15 Cass. sec. III, 5 de febrero 2009, Costantini, en *CED* 243268.

16 Cass., sec. VI, 28 de noviembre 2008, Martinelli, en *CED* 242524.

17 Cass., sec. III, 21 de abril 2010, B., en *CED* 248096.

18 Cass., sec. un., 25 de febrero 2010, Mills, en *CED* 246588.

19 Cass., sec. un., 20 de octubre 2009, Lattanzi, en *Cass. pen.*, 2010, 503.

dos peligros. El primero, más evidente, concierne al riesgo de disparidad de tratamiento: aunque si el correcto ejercicio del poder de reconocimiento de la ineficacia está controlado en última estancia por la *Corte di Cassazione*, los problemas son tantos y de tal índole que dificultan el establecimiento de puntos fijos, especialmente a la luz de las pronosticables cuestiones que la “fantasía” del derecho puede crear. Aún, como se dirá *infra*, no siempre las relativas excepciones llegan frente a los jueces de legitimidad, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha previsto una serie de límites y de cargas en la cabeza del demandante.

El segundo riesgo implícito en el enfoque sustancialista es más insidioso y debe tenerse en cuenta desde el principio. Como emerge *ictu oculi* del examen de la casuística, existen dos tipos de violaciones que pueden determinar la ineficacia. Aquellas que conciernen a los derechos fundamentales envueltos en la adquisición y no comprometen el valor probatorio del dato recogido y aquellas que repercuten en la atendibilidad de la prueba. Frente a la primera tipología de violaciones, sucede a menudo que el dato recogido aparece más útil y significativo, cuanto más grave es la comprensión de las instancias personalísticas (piénsese en todo el campo de las adquisiciones lesivas de los derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, etc.). Es por ello evidente que al establecer la existencia o no de una prohibición probatoria, se adelantan “tentaciones” conservativas. Frente a una prueba abrumadora —aunque incorporada en violación de los derechos individuales— es difícil resistir a los llamamientos de la justicia sustancial²⁰.

V. (Continúa) La recuperación en el plano de la evaluación

Cuando, viceversa, se trata de violaciones que pueden repercutir sobre la atendibilidad del elemento, parece darse en la jurisprudencia una tendencia a *trasladar* al momento de la *evaluación* la tutela del interés perjudicado. Las cautelas adoptadas del juez en esta última sede deberían proveer las carencias verificadas durante la admisión. Es evidente que la *identidad del interés protegido* de la regla de exclusión y del criterio de eva-

luación (la atendibilidad de la prueba) hace extremadamente difícil distinguir entre los dos momentos²¹.

Un similar razonamiento, sin embargo, más allá de sobreponer indebidamente dos diferentes fases del procedimiento probatorio (admisión y evaluación), parece constituir el fruto de una inversión metodológica. Las reglas impuestas a tutela de la atendibilidad sirven sobre todo para evitar que al juez sea entregado un elemento cuya idoneidad cerciorativa no está “acreditada” *ex ante* de la *lex probatoria*. Por lo tanto, confiar en una recuperación de la tutela al momento de la evaluación significaría afianzar al juez un elemento cuya utilización debería serle, por ley, descartada. De tal forma, las reglas de exclusión finalizan por desnaturalizarse volviendo al mecanismo, de saber inquisitorio, en base al cual el libre convencimiento es un *passerpartout* idóneo a superar cualquier límite. Un sistema correctamente estructurado, por otra parte, debería individualizar con claridad cuáles son las reglas puestas a tutela de la atendibilidad cuya falta de respeto impide que determinadas pruebas lleguen al conocimiento judicial. Cuando, viceversa, faltan normas claras y precisas que delimitan una similar red selectiva, desaparece la distinción entre las prohibiciones probatorias y las reglas de evaluación “agravada” y la instancia de conservación finaliza por ensanchar en vía interpretativa esta última categoría, con peligrosos y no pronosticables efectos sobre la corrección de las decisiones.

VI. Un recorrido “virtuoso”

En este cuadro tan incierto e insidioso, un mínimo de certeza se podría recuperar procedimentalizando el recorrido lógico-hermenéutico a través el cual se llega a la individualización de una prohibición probatoria. Sería necesario recibir un modelo de motivación sobre *el reconocimiento* del vicio, al cual hace referencia cada vez que se de un problema de esa índole. Los jueces deberían cumplir gradual y abiertamente aquellos *steps* que consisten en la evaluación del tipo y del rango del interés violado y del grado de la lesión abstracta. Viceversa, frente a una disciplina positiva que no configura institutos similares a las sanatorias, la apreciación de la lesión sufrida en concreto del bien tutelado debería ser excluida de la evaluación del juez. Es evidente que el

20 Sobre la problemática, ampliamente, Corte europea de los derechos humanos, sec. II, 28 de julio 2009, Lee Davies v. Belgio, en *Cass. pen.*, 2009, 12, 4961, con referencia a una hipótesis de perquisición ilegal que, todavía, no había influido negativamente en la calidad de las pruebas recogidas.

21 Sobre la diferencia que se da entre tales conceptos, Daniele, *Regole di esclusione e criteri di valutazione della prova*, Torino, 2009, espec. 48 ss.

remedio hasta el momento planteado llevaría necesariamente a la superficie las evaluaciones de vez en vez efectuadas excluyendo aquellas no motivables a través de los cánones de la racionalidad.

Fijados estos relieves *de iure condito*, es el momento de precisar que, en materia de objeto, Italia constituye un *unicum* en el panorama internacional. De hecho, en muchos otros sistemas, en los cuales existen instituciones análogas a la ineficacia, es posible superar tal vicio. En Alemania, España, Inglaterra y Estados Unidos, aunque con las obvias diferencias de modulaciones debidas a las diversas arquitecturas jurídicas de tales ordenamientos, existen hipótesis en las cuales las pruebas incorporadas en violación de las prohibiciones pueden ser igualmente utilizadas en razón del, así dicho, principio de ponderación²². Al juez le es permitido, en el caso concreto, una evaluación comparativa entre el rango del derecho lesionado, la gravedad de la lesión, la utilidad probatoria del dato, el comportamiento del titular del derecho y la función de la norma violada. Si bien, este dato comparado —que corta en horizontal sistemas de *common law* y de *civil law*, modelos mixtos y modelos tradicionalmente acusatorios— debería inducir a reflejar sobre el hecho que, por lo menos, se trata de una exigencia advertida en cada lugar²³.

VII. La prueba inconstitucional

La alusión efectuada a los derechos fundamentales da la cara para afrontar otro punto débil en tema de individualización de las prohibiciones probatorias. Se trata de una ardua teoría de la prueba inconstitucional. Como es notorio, la materia concierne a aquellas adquisiciones que no encuentran explícita disciplina en el código procesal y, al mismo tiempo, aparecen directamente lesivas de los derechos inviolables condicionalmente tutelados.

El problema, obviamente, consiste en el hecho que el código, justo porque no contiene ninguna disciplina no prevé tampoco prohibiciones explícitas. La única norma positiva utilizable se podría revisar en el art. 189 CPP sobre la prueba atípica, que pone solo los límites constituidos del respeto de la libertad moral (es decir,

de la libertad de autodeterminación), de la idoneidad cerciorativa del medio innombrado y de la necesidad que el juez interpele a las partes. Por su lado, la Corte constitucional de los años Setenta²⁴, reafirma que pruebas incorporadas en violación de los derechos fundamentales y constitucionalmente tutelados no pueden ser utilizadas en daño de quien haya sufrido tales lesiones. Esta máxima ha llegado a ser temporalmente estable²⁵.

A buen ver, el concepto de prueba inconstitucional es solo un modo sugestivo para calificar una prohibición que en realidad es tan implícita cuanto inequívoca en el código leído a la luz de la Constitución. Desde las normas constitucionales se recaba de forma segura el *cliché* en base al cual, en materia de derechos fundamentales, es todo prohibido salvo aquello que es explícitamente permitido, en los casos y modos establecidos por ley por los fines legítimos del proceso penal. Entonces, cuando una adquisición probatoria incide sobre derechos fundamentales, esa tiene que ser disciplinada del legislador en los casos y en los modos; en ausencia de una similar regulación, la prueba debe entenderse prohibida. La ineficacia de las pruebas constitucionales, entonces, se recaba no por la Constitución —como a veces se afirma, evocando una problemática cuestión que llama en causa la relación entre fuentes normativas de diferente grado— sino por el *silencio* de la ley. Cuando no prevé una disciplina explícita, y *justo porque* no la prevé, el código prohíbe las adquisiciones que lesionan los derechos fundamentales. Una diferente interpretación es impracticable, ya que enfrentaría con la Constitución.

En este cuadro, el art. 189 CPP no puede ser utilizado para introducir en el proceso una prueba lesiva de derechos fundamentales porque es una normal privada de indicaciones por lo que concierne los casos y los modos. En breve, la disposición ahora recordada sirve para introducir aquellas solas pruebas atípicas que no sean perjudiciales a normas constitucionales y que por eso no reclamen una disciplina legislativa explícita. Leída sobre este fondo, la disposición en objeto no tiene la función de abrir el sistema, sino de cerrarlo. Una similar interpretación disipa las nubes que el concepto de prueba inconstitucional lleva consigo y lo recondu-

22 Por último, sobre le concepto de ponderación, Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, en *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 2, Milano, 2008, 185 ss.

23 Por último, Armenta Deu, *La prueba ilícita. (Un estudio comparado)*, Madrid, 2009, 19 ss.; Colomer, *Quo vadis, prova proibita? Interpretazioni restrittive nell'attuale giurisprudenza spagnola* (trad. it.) en *Ind. pen.*, 2009, 824; queriendo, Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 337 ss.

24 C. cost., 4 de abril 1973, n. 34, en *Giur. cost.*, 1973, 341, en tema de interceptaciones.

25 v., por último, C. Cost. 7 de mayo 2008, n. 149, en *Cass. pen.*, 2008, 4109, en tema de video-grabaciones.

ce a una prohibición probatoria implícita que se recaba desde aquello que el código no prevé.

El problema, aún, no está resuelto y vuelve a proponerse de forma “subliminal”. La Constitución, de hecho, por su misma naturaleza, contiene normas generales y de principio. Cada derecho fundamental individualiza una esfera de intereses que, especialmente, en la actual evolución de las relaciones sociales y de las tecnologías se ha ensanchado, complicado y articulado y aparece susceptible de lesiones más o menos intensas. Hoy la auténtica dificultad no consiste, entonces, en el establecimiento de *si* una prueba inconstitucional es utilizable —respuesta, como antes se ha evidenciado, recabable de una lectura constitucionalmente orientada del código— sino en evaluar *si* una prueba es *inconstitucional*. En operar este último análisis, la jurisprudencia es llamada a efectuar un sindicato discrecional análogo a aquello que concierne el reconocimiento de las prohibiciones probatorias. Es necesario establecer la naturaleza y el rango del interés violado, más allá del grado de lesión que la tipología de adquisición de *qua* comporta en abstracto.

VIII. (Continúa) Una aplicación: las video-grabaciones

La confirmación de los relieves apenas desarrollados se trae desde los concretos acontecimientos que han ocupado la actividad cognitiva de la *Cassazione* y de la Corte constitucional en relación a las adquisiciones de las tabulaciones telefónicas y, sucesivamente, en mérito a las video-grabaciones. La *data retention*, considerada perjudicial de un particular aspecto del secreto de las comunicaciones (art. 15 Const.) ha estado calificada como prueba inconstitucional encontrando, por otra parte, legítimo ingreso en el circuito cerciorativo a través del recurso de emergencia a la disciplina del secuestro de documentos cubiertos del secreto (art. 256 CPP). Sucesivamente, tal tipo de adquisición ha estado fornida de una, aunque difícil, disciplina explícita en el texto único de la *privacy* (hasta la última modificación aportada del d. lgs. 30 de mayo 2008, n. 109)²⁶.

Aún más emblemática aparece la materia de las video-grabaciones en cuyo ámbito, frente a un total silencio

del código, permisos y prohibiciones han estado contruidos por la jurisprudencia constitucional y de legitimidad a través de una “libre” interpretación de la Constitución²⁷. Las dos Cortes han diseñado la disciplina a través de una articulada interpretación del tipo de imagen captada y del lugar en el cual la grabación se lleva a cabo, individualizando de tanto en tanto el parámetro constitucional de referencia. Los jueces de legitimidad y aquellos constitucionales —sin respetar el principio de la taxatividad de la ineficacia— han construido las prohibiciones y sus relativos límites cincelando entorno a los art. 2 y 14 Const. y haciendo elecciones que, en la fisiología de las relaciones institucionales, están, por así decir, “empapadas de realidad” en tales materias la única vía a la que se puede recurrir es a la legislativa. Es entonces el momento de evidenciar, entre otras cosas, que la Corte constitucional no ha utilizado el instrumento de la declaratoria con efectos *erga omnes*, más bien aquello de la interpretativa de denegación que dentro de confines bien prefijados es vinculante solo por el juez *a quo*. Sin embargo, cuando se individualizan los límites de las adquisiciones perjudiciales de los derechos fundamentales, no se puede “escribir sobre el agua”, porque se necesitan normas bien precisas. Del resto el legislador está ocupado desde hace años en el intento de llevar a cabo una disciplina idónea a través de la reforma de las interceptaciones²⁸.

La espinosa temática de la prueba inconstitucional no agota la materia de las prohibiciones probatorias. Existe un ulterior perfil —en realidad a fin aunque divergente al aspecto técnico— en relación al cual el derecho viviente se ha convertido en los últimos años en creador de prohibiciones, esta vez de modo constructivo y indivisible.

Se nos pide a menudo, en términos generales, si un medio de prueba, un medio de búsqueda de la prueba, o de todas formas el versátil mecanismo de la prueba atípica, pueda servir para superar una prohibición o una ineficacia especial establecida en relación a un diferente instrumento probatorio. Como ha sido poderosamente confirmado por las *Secciones Unidas* de la *Cassazione* en el 2003, cuando el código establece una prohibición probatoria o una ineficacia expresa está prohibido el

26 A propósito, queriendo, Conti, *L'attuazione della direttiva Frattini: un bilanciamento insoddisfacente tra riservatezza e diritto alla prova*, en AAVV, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, revisado por Lorusso, Padova, 2008, 3 ss.

27 C. Cost., 11 de abril 2002, n. 135, en *Giur. cost.*, 2002, 2176; Cass., sec. un., 28 de marzo 2006, Prisco, en *Diritto penale e processo*, IPSOA, 2006, 1213; C. Cost. 7 de mayo 2008, n. 149, en *Cass. pen.*, 2008, 4109; C. Cost., 30 de noviembre 2009, n. 320, en *www.cortecostituzionale.it*.

28 Ddl S.1611 aprobado por el Senado el 10 de junio 2010 y actualmente al examen de la Cámara.

recurso a otros instrumentos procesales, típicos o atípicos, finalizados a rodear subrepticamente una barrera similar²⁹.

Existe un principio de no sustitución que controla los límites recabables del sistema³⁰.

El fenómeno en examen se distingue por naturaleza y efectos de aquel de la ineficacia derivada. No se cuestionan dos pruebas en relación de prejudicialidad, más bien de una prueba que se convierte en el *escamotage* para rodear una prohibición relativa a otra prueba. La *Cassazione* se ha pronunciado muchas veces, en relación al testimonio utilizado para introducir subrepticamente los resultados de una interceptación viciada en sí misma³¹. La consistencia de la problemática se aprecia donde se ponga de relieve que, en algunas hipótesis, el código sanciona *ex professo* la no sustitución. Un primer ejemplo se encuentra en materia de ineficacia *fisiológica*³², y está constituido por la prohibición de testimonio indirecto de la policía judicial, precisamente encaminado a evitar desviaciones de ineficacia del juicio de las precedentes declaraciones (195. 4 CPP). Una segunda disposición concierne las rogatorias: el art. 729. 1-ter CPP, introducido por la Ley 5 de octubre de 2001, n. 367, establece que no pueden, en cada caso, ser utilizadas las declaraciones, dadas por cualquiera, que tienen como objeto el contenido de las rogatorias inutilizables. Una tercera norma es el art. 240. 2 CPP, a cuenta del cual el contenido de los documentos ilegales no puede ser utilizado.

Ahora bien, también más allá de las hipótesis ahora declinadas, el principio de no sustitución parece llegar a puntos cardinales del sistema en aplicación del fundamental criterio de legalidad de la prueba desde el cual se deduce una prohibición general de desviaciones subrepticias. Esto se reafirma con el hecho de que tal instrumento hermenéutico viene invocado, más o menos conscientemente, en relación a una serie de hipótesis *borderline* muy difíciles de encuadrar, en las cuales se juega la efectividad del derecho de las pruebas que arriesga, de otro modo, de permanecer como un inútil *flatus vocis*.

IX. (Continúa) El agente secreto equipado con aparato de sonido

El campo de aplicación más interesante del principio de no sustitución se refiere a la controvertida figura del agente secreto equipado con aparato de sonido. En mérito, el principio funciona como criterio de contención de los empujes directos a ensanchar y a lo mejor a deformar las aperturas del sistema. En relación al agente secreto —típico el caso de la víctima de extorsión que se presenta a la cita equipada con aparatos de captación suministrados por la policía judicial— ha intervenido la Corte constitucional llevando a cabo la parábola inspirándose en la legalidad inaugurada por las *Secciones Unidas* (c/Torcasio) del año 2003³³. La Consulta —tomando sobre este punto las distancias de una afirmación de las *Secciones Unidas* apenas recordadas— ha precisado que la grabación en objeto constituye la *documentación* de un acto de investigación.

Desde la lectura —por otra parte desagradable— de la sentencia parece poderse recabar una *summa divisio* entre dos hipótesis diferentes. Aquella en la cual la policía escucha la conversación *simultáneamente* en el momento en el cual se desarrolla y aquella en la cual el particular se limita a grabar la conversación y, a continuación, pone a disposición de la policía cuanto ha sido “fonéticamente memorizado” con fines de una escucha “*diferida*”.

Con referencia a la escucha contextual, el juez de las leyes da a entender como, la solución preferible sea aquella que considera el acto como una interceptación³⁴. El secretismo sería lesionado por la presencia de un oyente oculto, por lo menos uno de los interlocutores (la policía). Se trataría de una hipótesis muy similar a cuanto sucede cuando se efectúa una interceptación en relación con el medio de teléfono (art. 266, lett. f, CPP). Es el caso de precisar que en esta última hipótesis la interceptación se hace de modo oculto a ambos interlocutores aunque el denunciante pueda bien imaginar que los investigadores se hayan orientado en

29 Cass., sec. un., 24 septiembre 2003, Torcasio, en *Cass. pen.*, 2004, 30.

30 A propósito, ya, Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, en *Cass. pen.*, 1998, 1745, así, queriendo, Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 274 ss.

31 Por la retenida ineficacia, Cass., sec. II, 18 marzo 2008, Fiaccabrino, en *CED* 239746. En referencia a la posibilidad de rebatir en el interrogatorio declaraciones precedentes inutilizables, Cass., sec. I, 25 junio 2009, Bellocco, en *CED* 244039.

32 La inutilizzabilità fisiológica se puede asimilar al concepto de ilicitud como prevista en el art. 238 LOPJ (“los actos procesales serán nulos de pleno derecho [...] 3) cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”).

33 C. Cost. 30 de noviembre 2009, n. 320, en *www.cortecostituzionale.it*.

34 Cass., sec. VI 6 de noviembre 2008, Napolitano, en *CED* 241610.

tal sentido. Está de hecho que, con referencia al agente secreto equipado con aparatos de sonido que consiente la escucha contextual a la policía judicial, el reclamo a la robusta construcción de la disciplina relativa a las interceptaciones sirve para prevenir —en la óptica de la Consulta— la elusión subrepticia de las garantías de ella establecidas.

En relación a la mera grabación hecha por el particular la Corte constitucional ha dejado abierto el problema relativo a los bienes jurídicos implicados. La cuestión ha sido resuelta por la *Cassazione*, con dos sentencias de dos diversas secciones y de idéntico tenor³⁵. Según la *Cassazione*, se trata de una *attività di investigazione* atípica y, entonces, es necesario entender si por si acaso incide sobre un derecho fundamental (es una explícita referencia al modelo de solución que opera en materia de pruebas constitucionales). Para la *Cassazione*, tal actividad incide sobre el derecho al secretismo de las conversaciones y de las comunicaciones, tutelado por el art. 15 Const. Todavía, el grado de lesión resulta sensiblemente diferente del acarreado con las interceptaciones. De hecho, las grabaciones fonográficas llevadas a cabo por uno de los interlocutores con instrumentos de captación suministrados por los órganos investigadores, son efectuadas con pleno consenso de uno de los participantes en la conversación. Por esto, implican una menor intrusión en la esfera privada. Por tanto, a los fines de la tutela del art. 15 Const., es suficiente un nivel de garantía menor, representado por una disposición motivada de la autoridad judicial, que puede ser constituida también por un decreto del ministerio público.

Aunque si resultan implicados derechos de rango elevadísimo, la materia en objeto está enteramente elaborada por la jurisprudencia a través de una aplicación combinada de las técnicas interpretativas sobre la prueba constitucional y de aquellas sobre el principio de no sustitución.

X. Las ineficacias especiales: la ley de 2009 sobre el ADN

Permaneciendo en el ámbito de las cuestiones relativas a la individualización de las prohibiciones probatorias, es necesario examinar la materia de las ineficacias especiales. A tal modalidad de previsión están desde

siempre ligadas exigencias de clarificación normativa frente a situaciones en las cuales no es posible reconocer una prohibición probatoria inequívoca, de vez en cuando a razón del hecho que la violación concierne el *quomodo* —las modalidades de admisiones— más que el *an* de la prueba o sea la existencia o no del poder de incorporarla.

Justo por esta vocación a la solución de los problemas, desde 1988 hasta hoy las ineficacias especiales se han multiplicado. Casi cada innovación legislativa en materia de prueba ha introducido explícitas previsiones, a menudo con la función simbólica de reforzar la tutela de determinados intereses frente a orientaciones diferentes, con el fin de considerar las violaciones como meras irregularidades o como nulidades sanables. La vía de la intervención normativa directa ha estado preescogida también en razón de la toma de conciencia de la incertezas ligadas a la reconocimiento de las prohibiciones probatorias a través de la difícil conexión con la ineficacia general *ex art. 191 CPP* Como habíamos anticipado al principio, se trata de modificaciones sectoriales que aún no resultan privadas de repercusiones de orden sistemático.

El último ejemplo es de hace un año y se debe a la así dicha ley sobre el ADN, que ha introducido en el código una disciplina explícita de las tomas coactivas de material biológico de personas vivientes en el ámbito de la pericia y de la evaluación técnica (ley 30 de junio 2009, n. 85). Los nuevos art. 224-*bis* y 359-*bis* CPP disciplinan el desarrollo de las tomas y cercioramientos coactivos³⁶. Los problemas en esta materia han sido exterminados y fluyen casi todos a las sanciones que se vuelven un observatorio privilegiado.

En primer lugar, es necesario subrayar que no se encuentra ninguna disciplina de las tomas y de los cercioramientos sobre la persona con el consenso de esta. Sin embargo, existe un núcleo constitucional indisponible ligado a la inviolabilidad de la dignidad humana, a la tutela de la salud y al respeto de la integridad física y psíquica. Se trata de valores que permanecen incompressibles en el proceso penal, también con el consenso del interesado. De esta problemática en el código no hay huella alguna: la individualización de los confines es dejada al intérprete. Se trata de trabajar en vía hermenéutica, recabando prohibiciones probatorias implícitas desde el art. 5 del Código Civil. Límites de este

35 Cass., sec. II, 14 de octubre 2010 - 4 de enero 2011, Biffis; Cass., sec. VI, 7 de abril 2010, Angelini, en *CED* 247384.

36 Felicioni, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, en AAVV, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, dirigido por Scarcella, Padova, 2009, 220.

tipo, cuya individualización resulta indispensable, se comportan como prohibiciones probatorias implícitas y requieren una evaluación altamente discrecional. Ayuda, a tal fin, el mecanismo ahora habitual: en relación a un singular cercioramiento o toma consensual sobre la persona es necesario establecer si entran en juego intereses similares y a qué nivel de comprensión cada tipología de actividad los pueda someter.

También en la disciplina de las tomas y de los cercioramientos *coactivos*, las cuestiones interpretativas son numerosas y, de vez en cuando, inquietantes. En primer lugar, porque la disciplina agrade a la libertad personal (art. 13 Const.), las únicas limitaciones permitidas son aquellas previstas por parte del legislador con específica indicación de los casos y de los modos: estamos en una materia en la cual todo lo que no está permitido debe entenderse como prohibido. Continúan, además, a operar los mencionados límites de la dignidad, de la salud, de la vida y de la integridad física. Frente a esta red constitucional, la técnica de creación de las normas utilizada por el legislador se revela terriblemente inadecuada.

Por un lado, la nueva disciplina³⁷ ha previsto la posibilidad de efectuar «cercioramientos médicos» sin precisar nada en orden a la tipología y a las relativas modalidades ejecutivas. Por otro lado, el legislador ha establecido una serie de límites más allá de los cuales los cercioramientos no pueden avanzar. Todavía, se trata de confines individualizados con cláusulas indeterminadas³⁸ que, lejos de surgir un efecto clarificador, contribuyen a densificar las preocupaciones tanto al interno de la disciplina del sector, como en mérito a las repercusiones sistemáticas en materia de sanciones procesales. Nos encontramos, pues, frente a conceptos difíciles de rellenar de contenido, del todo inadecuados, a contener la categoría de los cercioramientos coactivos efectuables. Sin embargo, frente a estas cláusulas tan vagas, el art. 224-*bis* CPP no posee ninguna referencia a la sanción de la ineficacia; ello comporta que se deba pensar, en vía interpretativa, a la categoría general de las prohibiciones probatorias (art. 191 CPP). Esta operación se vuelve aún más problemática por el relieve que, mientras el art. 224-*bis*. 4 CPP establece una serie de barreras destinadas a operar con referencia a la *categoría* de los cercioramientos efectuables, el coma 5 de la misma norma concierne las *modalidades*

de desarrollo de tales actos. Es simplemente a través de la habitual interpretación del tipo de límite que viene establecido, del rango constitucional de los intereses protegidos y de la directa incidencia de las modalidades ejecutivas sobre la tutela de los derechos fundamentales que se llega a encontrar también en los preceptos del art. 224-*bis*. 5 CPP, realmente concretas prohibiciones probatorias puestas a sanción de ineficacia.

Resulta, entonces, evidente como, aún una vez, el legislador haya acarreado un nuevo *vulnus* a la taxatividad de la ineficacia. En el mismo surco hermenéutico, es el caso de notar como el juez —en el establecimiento del grado de lesiones de los bienes fundamentales que un cercioramiento puede provocar— podría tener la necesidad de recurrir a un saber especializado: estamos frente a una hipótesis en la cual la ciencia médica desarrolla una inédita función de heterointegrar las prohibiciones probatorias.

En el plano de los efectos de sistema, la verdadera paradoja se encuentra examinando la norma sobre los cercioramientos coactivos dispuestos por el ministerio público (art. 359-*bis* CPP). Esta última disposición está construida a través de la técnica de reenvío al art. 224-*bis* CPP y, aún, deja un aparato sancionatorio autónomo y de vez en cuando separado respecto a aquel previsto de la norma de referencia. Por un lado, de hecho, el art. 359-*bis*. 3 CPP, frente a las violaciones de las prohibiciones establecidas por el art. 224-*bis* CPP, prevé expresamente la «nulidad de las operaciones» y la «inutilizabilidad de las informaciones». La referencia simultánea a dos sanciones parece ser debida a un criticable énfasis léxico, queda inocua de referencia explícita al art. 191. 2 CPP desde el cual se deduce inequívocamente la sanción impuesta. Por otra parte, y sin que sea necesario reducir el detalle, emerge *ictu oculi* como el art. 359-*bis* CPP imponga la ineficacia especial en relación a una hipótesis que al interno del art. 224-*bis* CPP está sancionada con la simple nulidad. Obvio que, por el principio de especialidad, actúa en cada caso la invalidez expresamente prevista. En fin, el art. 359-*bis* CPP impone la ineficacia en relación a la violación de las prohibiciones establecidas por las comas 4 y 5 del art. 224-*bis* CPP que, viceversa, no resultan sancionados *ex professo* en la norma de origen. Solo una correcta interpretación permite excluir la practicabilidad del canon *ubi lex voluit dixit*, resolviendo la duda —tanto

37 Art. 224-*bis* CPP sobre la pericia coactiva, a la cual reenvía en gran parte l'art. 359-*bis* CPP en mérito a los cercioramientos técnicos dispuestos por el público ministerio.

38 Véase los puntos 4 y 5 del art. 224-*bis* CPP.

teórica como insidiosa— que las violaciones cometidas en el curso de la pericia coactiva permanezcan “impunes”. En sustancia, la reforma pone al intérprete frente a una curiosa disciplina que, ante violaciones idénticas, hace estallar un caso de ineficacia especial, en el otro aquella general.

XI. Ciencia, *best practices* y ineficacia por violaciones de *forma essentialis*

Las consideraciones ahora desarrolladas inducen a una ulterior reflexión no privada de una cierta complicación. Existe otro dato de la modernidad que, con una ida kárstica, está adquiriendo relieve en la materia objeto de este análisis. Se trata de la prueba científica que, más allá de las apariencias, tiene conexiones recónditas pero fuertes con la ineficacia. Como es obvio relevar —del resto— todo lo que es prueba se debe confrontar con la sanción draconiana.

El imparable progreso científico está determinando, qué fenómeno de largo período, el traslado del baricentro procesal hacia la fase de las investigaciones. En el estadio inicial de tal segmento procedimental se coloca la inspección ocular³⁹, sede privilegiada de recurso a instrumentaciones y métodos de relevación de tipo técnico y/o científico. Es comúnmente reconocido que a menudo en la escena del crimen vengan efectuadas adquisiciones irrepetibles cuya importancia se revela a veces fundamental por el éxito del proceso. Justo sobre este terreno escarpado puede entrar en juego la ineficacia. A veces, para adquirir correctamente determinados elementos es necesario recurrir a técnicas y procedimientos (así dichas *best practices*) raramente formalizadas al interno de protocolos oficiales, cuya falta de respeto —como es intuitivo— puede todavía repercutirse sobre el valor probatorio del elemento recogido. Una similar problemática puede revelarse peligrosa cuando el relieve o el cercioramiento es irrepetible. La utilización de una técnica inadecuada o no científicamente acreditada puede resultar fatal justo porque se trata de actividades no útilmente renovables⁴⁰. En otros casos de este tipo, estamos, sin duda, frente a violaciones que conciernen a las modalidades de formación de

la prueba, al así dicho *quomodo*, sin embargo inciden sobre la sustancia del acto en fuerza del nexo de las mismas con genuinidad-integridad del dato recogido y, entonces, en último análisis con la calidad heurísticas del mismo. La dificultad —que en la presente sede no se puede indicar— consiste justo en fijar tales situaciones al interno de categorías sancionatorias.

La descripción de la cuestión no debe engañar: cuando se trata de formas “esenciales”, la falta de respeto del modelo legal es equiparable a una carencia de poder instructorio. La problemática objeto, todavía, permanece ardua del relieve que las específicas modalidades adquisitivas están privadas de una explícita disciplina y, por lo tanto, aparece aún más elusivo el posible anclaje para una sanción como la ineficacia. Frente a tal nodo, de otra forma, una recuperación trasladada exclusivamente sobre el plan de la evaluación —como a veces se diseña— podría revelarse inadecuado a la finalidad, ya que acabaría por remeter al juez una excesiva discrecionalidad que podría abrir la vía a errores judiciales. Especialmente en relación a la actividad de revelación de huellas nuevas o controvertidas, un contradictorio póstumo si del caso con el auxilio de expertos, se desarrollaría igualmente sobre un elemento ya transformado por la actividad adquisitiva de cuya corrección se hace cuestión, trabajando hacia atrás sobre la eficacia causal de las intervenciones externas sobre el hallazgo.

En una óptica de *iure condendo* se impone sin más la necesidad de tipificar y estandarizar, cuanto menos a nivel de protocolos, las actividades objetos y de establecer límites a la entrada procesal de elementos recogidos sin el respeto de tales cánones. Como se ha evidenciado *supra*, es justo la ausencia de prohibiciones probatorias a tutela de la idoneidad cerciorativa de los elementos que induce a trasladar al momento de la evaluación aquellas problemáticas que deberían ser solucionadas en el plano de las reglas de exclusión.

Es el momento, pues, de evidenciar que las normas de ley no serían en grado de avanzar hasta el punto de precisar el detalle los singulares métodos científicos a los cuales hacer referencia: una indicación específica, en materias caracterizadas por una cotidiana evolución,

39 Se habla, en Italia, de “sopralluogo” (judicial) y se hace referencia a todo el conjunto de aquellas operaciones realizadas por la policía judicial, eventualmente coadyuvada por personal técnico-científico, con la finalidad de analizar, en un lugar, el efectivo desarrollo de un delito recientemente cumplido, para conservar las huellas y las cosas pertenecientes al delito y así intentar identificar el responsable. El sopralluogo encarna las exigencias contenidas en el conjunto normativo de los arts. 357. 1, 348 y 354 CPP.

40 Frente del recurso a tecnologías particularmente complejas, la misma naturaleza repetible o no repetible del acto, podría ser objeto de controversia. Véase Cass., sec. I, 2 de abril 2009, Casalesi, en *Arch. n. proc. pen.*, 2009 627, que ha considerado repetible la actividad de extracción de copia de archivo de un ordenador.

sería destinada a una casi total e instantánea obsolescencia. En sustancia, para efectuar una correcta reconocimiento de las prohibiciones sería necesario referirse a la ciencia y a la tecnología, llamadas a un inédito rol de de parámetro de legalidad de las pruebas. Una disciplina futurible —ciertamente destinada a enriquecerse y complicarse también a según el tipo de actividad de llevar a cabo— perfila un escenario de reglas de exclusión *sui generis*, que conciernen las modalidades adquisitivas y cuyo contenido se caracteriza por un lenguaje científico. Los relieves hasta ahora desarrollados —en confirmar el carácter no dirimente hoy atribuible a la distinción entre *an* y *quomodo*— absolutizan la consideración en base a la cual la individualización de la ineficacia no puede prescindir de la exacta comprensión de la esfera de intereses sobre los cuales la violación recae.

Un ejemplo, fruto también de una reciente modificación normativa, es aquel de la prueba informática. La ley de actuación de la Convención de Budapest (ley 18 de marzo 2008, n. 48) ha previsto que en el cumplimiento de inspecciones y secuestros de material informático, deban ser adoptadas modalidades que garanticen la genuinidad del “hallazgo”⁴¹. Se trata de una serie de “normas en blanco” destinadas a ser heterointegradas desde la informática que indica cuales son las cautelas y las modalidades a respetar en la adquisición de datos particularmente delicados. El código no precisa nada en mérito a las consecuencias que la violación de similares modalidades surge sobre el valor probatorio del dato recogido. Sin embargo, si se piensa en los efectos producidos por un acceso equivoco a un sistema informático, parece evidente como el método de adquisición de la prueba influye sobre el resultado de la misma plasmando completamente los contenidos. Sobre este frente, el proceso parece llegar a un punto de no retorno: cuestiones de este tipo están destinadas a multiplicarse mano a mano que se discurren técnicas de investigaciones siempre más sofisticadas.

XII. (Continúa) La cadena de custodia

La recuperación presentada en el plano de la evaluación, viceversa, muestra la propia utilidad con referencia a la cuestión del respeto de la cadena de custodia. Se trata de aquella materia muy delicada que concierne la documentación de la conservación de los hallazgos recogidos en el curso de las investigaciones, a menudo en sede de primera inspección ocular. A propósito, ni la ley n. 85 de 2009 sobre las tomas coactivas y Banca datos del ADN, ni la recordada ley n. 48 de 2008 sobre el documento informático han introducido justas previsiones⁴². Esta última medida acarrea solo cláusulas extremadamente generales que aluden a la necesidad de adoptar cautelas en la conservación de datos particularmente “voladores”. En general, es posible relevar la ausencia de una disciplina que prevea una suerte de *fil rouge* idóneo a “trazar” el hallazgo desde el momento en el que es materialmente incorporado hasta aquello en lo que subyace al cercioramiento perital y, sucesivamente producido en el proceso.

Es necesario tener presente que, frente a violaciones concernientes a la cadena de custodia, al menos por regla, no se hace cuestión de la “adquisición” de un elemento, sino de la “conservación” de un dato probatorio ya cristalizado. Por tanto, en lugar de presentar la operatividad de la sanción de la ineficacia aparece exigible el control del juez en el contradictorio de las partes sobre acontecimientos de la conservación del elemento y sobre la ausencia de zonas grises o de soluciones de continuidad.

La tesis apenas planteada está acogida en la *Cassazione* que, en algunos casos, ha reconocido en cabeza al juez de mérito el compito de controlar el respeto de la cadena de custodia⁴³. Es evidente que el tipo de evaluación, a la cual el juez es llamado, varía según el tipo de vicio que aflige la cadena de custodia. En algunos casos, él será en grado de apreciar autenticidad del hallazgo a través del uso de máximas de experiencia, por ejemplo examinando a la luz los resultados probatorios la posibilidad que terceras personas hayan tenido

41 A propósito, Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, en *Diritto penale e processo*, 2009, 401.

42 Tonini, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, en *Dir. pen. proc.*, 2010, 801.

43 Según Cass., sec. I, 14 de marzo 2007, Manno, en CED 236291, la discrasia entre etiqueta y contenido de una caja donde está conservado un hallazgo, no da de por sí lugar a una invalidez; sin embargo, es necesario evaluar si el juez de mérito se haya puesto el problema y lo haya resuelto de modo convincente. En el caso de especie la motivación del juez a quo es retenida exhaustiva. En términos análogos, Cass., sec. III, 19 de enero 2010, n. 2388, Pirota, en relación a un acontecimiento en el cual había sido relevada una deformidad entre la descripción efectuada en la verbalización de secuestro redactado por la policía judicial y el hallazgo pericial, conservado en una caja abierta sin sellarla. La Corte Suprema ha afirmado que el juez de mérito habría debido ponerse, también de oficio, el problema de la autenticidad del hallazgo y, en falta de cualquier inspiración en tal sentido, ha anulado con reenvío.

acceso a los materiales o los hayan alterado. En otros casos, el juez no podrá recurrir al empleo de leyes científicas, como sucede si resulta que un hallazgo ha sido conservado en condiciones ambientales inadecuadas. En hipótesis de este tipo, sólo un experto podrá estar en condiciones de establecer si la faltada adopción de cautelas adecuadas pueda haber influido sobre la autenticidad del dato. Esta última situación, realmente, se muestra muy similar a aquella anteriormente analizada relativa a clasificación de los hallazgos llevada a cabo sin el respeto de *best practices*: en casos de este tipo, la conservación finaliza por constituir parte integrante de la actividad de adquisición.

XIII. La redimensionalidad de las ineficacias especiales en el derecho viviente

Se ha clarificado cómo las ineficacias especiales hacen referencia a hipótesis en las cuales el legislador ha querido resolver *ex professo* el problema del reconocimiento del vicio. Es necesario tener presente, todavía, que las tendencias conservadoras de la jurisprudencia no emergen sólo en materia de individualización de las prohibiciones probatorias en la conexión con la ineficacia general; movimientos similares se manifiestan también en relación a ineficacias especiales, con problemas aún mayores en orden al respeto del principio de taxatividad.

Es posible efectuar una ejemplificación, inspirándonos en una reciente decisión de las *Secciones Unidas*. Una de las normas bandera de la reforma aportada de la ley 8 de agosto 1995, n. 332 en materia de medidas cautelares ha sido, el art. 141-*bis* CPP que prescribe a penas de ineficacia, la grabación fonográfica o audiovisual del interrogatorio del detenido. La *ratio* de la disposición es claramente aquella de tutelar la autenticidad y espontaneidad de las declaraciones dadas en un contexto de presión psicológica fácilmente susceptible de abusos. Desde el principio, todavía ha surgido un contraste jurisprudencial sobre aplicación de la ineficacia. Una dirección minoritaria, de hecho, retenía que esa pudiese valer sólo hacia el imputado autor de declaraciones no documentadas y no afectara a aquellas destinadas a valer hacia otros. En 1998 las *Secciones Unidas* avalaron la posición más garantis-

ta optando por la naturaleza absoluta de la ineficacia, también en relación a terceros totalmente extraños al acontecimiento⁴⁴.

Si bien, el contraste se ha propuesto también recientemente y en el 2009 las *Secciones Unidas* han confirmado la interpretación en base a la cual la ineficacia se presenta tanto en relación al declarante, como en relación a terceros⁴⁵. Para poder llegar a tal conclusión, ha sido necesario individualizar el interés protegido por la norma, identificado en la «necesidad de evitar cualquier riesgo de coartación de la voluntad del detenido que, por su particular condición, pueda ser inducido como subrayado en el curso de las labores parlamentarias, a “sugestiones comportamentales que puedan dar lugar a verdades pero también a mentiras” teniendo en cuenta no solo los cargos presentados sino también aquellos hechos referibles a sujetos diferentes del declarante, a través de interrogatorios no garantizados, pueda derivar, en sus confrontes una afirmación de responsabilidad penal». Resulta evidente, entonces, como *in subjecta materia* no haya tenido seguimiento una interpretación análoga a aquella que las *Secciones Unidas* habían planteado en 1996 con referencia a las declaraciones dadas por el indagado erróneamente examinado como posible testigo⁴⁶. En este último contexto, el Supremo colegio ha efectuado una distinción dentro de la establecida por el art. 63. 2 CPP afirmando que las declaraciones *de quibus* son utilizables contra el indagado y contra el *imputati connessi* o *collegati*; viceversa, pueden ser utilizadas en los confrontes de terceros extraños porque hacia ellos la persona examinada habría revestido de todas formas la calificación de posible testigo y, entonces, la admisión de informaciones habría representado el instrumento regular.

Ambas problemáticas apenas recordadas han sido resueltas correctamente, aunque, desde el punto de vista metodológico, es necesario revelar que la jurisprudencia ha tenido que pasar a través del examen de los intereses en conflicto, todavía encontrándose frente a ineficacias especiales y absolutas. En breve, tampoco cuando el legislador se pronuncia expresamente está dicha la última palabra: en materia de ineficacia resulta admitida también una *interpretatio in claris*.

44 Cass., sec. un., 25 de marzo 1998, D'Abramo, en *Dir. pen. proc.*, 1999, 75, con nota de Bargis, *Non utilizzabili contro terzi le dichiarazioni rese in interrogatorio non documentato*.

45 Cass., sec. un., 8 de octubre 2009, De Iorio, en *Foro it.*, 2009, 10, 1.

46 Cass., sec. un., 9 de octubre 1996, Carpanelli, en *Dir. pen. proc.*, 1997, 600; Cass., sec. VI, 8 de febrero 2005, Sulpizi, en *CED* 231446.

En el mismo surco hermenéutico, parece elocuente citar otra sentencia de las *Secciones Unidas* en relación al art. 63. 2 CPP que —rebatando una máxima ahora constante— circunscribe ulteriormente la ineficacia afirmando que ella dispara solo cuando a cargo del interesado ya estén adquiridos, antes de la exclusión, indicios evidentes de culpabilidad, como tales conocidos por la autoridad procedente, no relevando a tal propósito eventuales sospechas o intuiciones personales del interrogante⁴⁷. También en este caso, la operatividad de la ineficacia especial parece devuelta a una ponderación de los intereses en conflicto en el caso concreto. Un último relieve vale para concluir sobre el punto, introduciendo una ulterior problemática. La mencionada sentencia de las *Secciones Unidas* (c/De Lorio) de 2009 —que ha retenido utilizable el interrogatorio del detenido en ausencia de verbalizaciones, video o audio— de todas formas ha declarado inadmisibles los recursos porque la recurrente no había producido las pruebas de la omitida verbalización. El pronunciamiento comentado ha destacado que el recurrente está cargado de un «peso de producción material de los resultados, positivos o negativos, que se aducen a fundamento del vicio procesal». La carga de la prueba incumbe, entonces, también cuando sea “negativa”, o sea, cuando resulte necesario demostrar la falta de una verbalización en actos o la omitida ejecución de un cumplimiento; sin embargo no huye como en concreto pueda resultar muy difícil demostrar la inexistencia de un hecho.

XIV. La jurisprudencia sobre la relevabilidad

El indicado perfil relativo a la relevabilidad del vicio merece ulteriores consideraciones, ya que justamente este es el plano sobre el cual trabaja la jurisprudencia con el fin de reducir los efectos demolitorios de la ineficacia, cuando no es posible operar en el momento del reconocimiento de la prohibición. Por un lado, encontramos la letra del art. 191. 2 CPP —desde la cual se deduce nitidamente un principio de “perennidad” del vicio— afianzado por lo expresamente dispuesto en el art. 606 let. c CPP, que transforma la ineficacia en un motivo autónomo de recurso en *Cassazione*; por otro lado, el derecho viviente —emancipándose de los la-

zos del derecho positivo— tiende a responsabilizar a las partes, empujándolas con el fin de hacer valer la violación en el momento en el cual se verifica.

En particular, es posible relevar que la orientación compacta de la *Cassazione* tiende a desanimar las impugnaciones de legitimidad. Varios pronunciamientos, también a *Secciones Unidas*, han establecido principios, que enriquecen con obstáculos, *praeter legem* el recorrido emprendido por las partes. Como antes se ha evidenciado, en primer lugar, la Suprema Corte requiere que el recurrente indique específicamente el vicio deducido y los actos desde los cuales es posible recabar la existencia del mismo, con cumplida representación y demostración de eventuales elementos de hecho. Cuando estos últimos no pertenezcan al fascículo procesal, el recurrente tiene la carga de producirlo. En algunas sentencias se recuerda expresamente el así llamado principio de autosuficiencia del recurso, canon que ha revestido un rol determinante con el fin de redefinir la ampliación de las modificaciones aportadas por la ley 20 de febrero 2006, n. 46 en materia de contradictoriedad de la motivación⁴⁸.

En el mismo surco hermenéutico, se requiere que el recurrente clarifique la incidencia de los actos específicamente afectados por el vicio sobre el complejo cuadro probatorio ya evaluado, así para poder individualizar la influencia a los fines de la disposición⁴⁹. Aún, la *Cassazione* precisa que la ineficacia no se pueda hacer valer en el contexto de los motivos nuevos; a causa de la preclusión prevista del art. 167 disp. act., la excepción debe estar propuesta con el acto de recurso principal⁵⁰. Del mismo modo, no pueden ser deducidas por la primera vez en el juicio de legitimidad cuestiones de ineficacia cuya evaluación requiera cercioramientos de mérito; estos últimos, si necesarios, deben ser solicitados en el juicio de apelación, salvo la posibilidad de valerse de las relativas disposiciones a través de un sucesivo recurso por *Cassazione*⁵¹.

Otros estudios relevantes conciernen a los límites demolitorios del pronunciamiento de legitimidad. Antes de anular con reenvío la sentencia fundada sobre una prueba declarada inutilizable, la *Cassazione* procede a la así dicha prueba de resistencia evaluándolo si la mo-

47 Cass., sec. un., 23 de abril 2009, Fruci, in *Cass. pen.*, 2009, 4142. In termini, Cass., sec. II, 2 de octubre 2008, Galletta, en *CED* 241867; Cass., sec. un., 22 de febrero 2007, Morea, en *CED* 236370.

48 Entre todos, Tonini, *Manuale di procedura penale*, 11^a ed., Milán, 2010, 828-829.

49 Cass., sec. un., 23 de abril 2009, Fruci, cit.

50 Cass., sec. I, 9 de mayo 2005, Ballacchino, en *CED* 232406.

51 Cass., sec. VI, 21 de enero 2005, Tarricone, en *CED* 231484.

tivación “se queda en pie”, no obstante la eliminación del elemento viciado⁵². En fin, la *Cassazione*, establece que las ineficacias no puedan ser deducidas por la primera vez, ni relevadas en el juicio de reenvío, porque sobre el punto se determina una preclusión⁵³.

A la misma Corte se deben, después, algunas precisiones en el plano de la relevancia del vicio en el ámbito del juicio de mérito. Existen casos en los cuales los jueces de legitimidad han configurado las verdaderas y propias ineficacias “anómalas”, subyacentes a inéditos límites de deducibilidad.

Se recuerda, a propósito, la sentencia de las *Secciones Unidas* Esposito relativa a la controversia problemática de la adquisición de decretos autorizantes de las interceptaciones dispuestas en un diverso procedimiento⁵⁴. Dice el Supremo colegio, que las interceptaciones desarrolladas *aliunde* son utilizables también cuando no se adquieran los decretos autorizantes. Sin embargo, si una parte pretende hacer valer la ineficacia tiene la carga de procurarse tales disposiciones y de presentarlas como soporte de las propias alegaciones, ex art. 187. 2 CPP. De hecho, ni el juez de mérito debe buscar de oficio la prueba de los hechos desde los cuales emerge la ineficacia; son las partes que tienen que activarse. Viene, entonces, individualizado un cargo de producción probatoria, que remite a la disponibilidad del interesado la alegación de hechos constitutivos del vicio. También si ninguna referencia explícita alude a una sanatoria por aquiescencia u otro instituto análogo, es evidente que la concreta operatividad del mecanismo delineado por las *Secciones Unidas* puede dar vida a éxitos de tal tipo. Remitir los acontecimientos de las relevaciones del vicio a la activación de las partes —sea también en la búsqueda y en la producción de los actos que permitan el conocimiento— comporta inevitablemente que una eventual inercia impida la declaratoria de ineficacia: se trata de las dos caras de la misma moneda.

Otro pronunciamiento ha tenido como objeto la prohibición de preguntas sugestivas en el curso del examen cruzado. La *Cassazione*, sea también revisando en la violación de la prohibición una hipótesis de ineficacia, ha subordinado la relevación de la misma a la tempestiva excepción de las partes. Cuando estas últimas no hayan planteado la cuestión directamente al juez ante el cual la prueba se ha formado, a aviso de la Suprema Corte, es necesario excluir la posibilidad de hacer valer la ineficacia por primera vez con los motivos de impugnación⁵⁵. Sondeando la verdadera *ratio decidendi*, que induce a revisar el límite inédito de deducibilidad, parece poder inferir que la percepción sustancial de la escasa gravedad del vicio se ha reverberado en la disciplina de la relevación del mismo.

Completando el sintético elenco, está aún por analizar cómo, en otras ocasiones, la *Cassazione* ha afirmado que la ineficacia de los actos de investigaciones cumplidas de la caducidad de los términos prescritos, no siendo equiparable a la ineficacia de las pruebas prohibidas por la ley, de cuales el art. 191 CPP, no es relevante de oficio, pero sólo su excepción de parte⁵⁶. Debido a que la norma apenas recordada sirve para definir el régimen tanto de la ineficacia “patológica”⁵⁷ como tanto de la ineficacia “fisiológica”⁵⁸, es necesario preguntarse qué tipo de ineficacia se tenga que revisar el en vicio en cuestión⁵⁹.

Las sentencias en reseña, más que hacer palanca sobre la fase de reconocimiento de las prohibiciones probatorias trabajan sobre la relevabilidad y los efectos de la violación, intentando de prever en cabeza a las partes una carga de activación. Se trata, sin más de una orientación sensible a la exigencia de evitar abusos del proceso redimensionando las consecuencias de la ineficacia con el fin de evitar que las partes privadas cultiven excepciones útiles para lucrar la prescripción. Similares direcciones, todavía, parecen operar no solo

52 Por último Cass., sec. V, 3 de octubre 2008, Rizzo, en *CED* 241299.

53 Cass., sec. II, 22 de enero 2009, Pettinato, en *Giur. it.*, 2009, 1765, con nota crítica de Giunchedi, Un istituto di formazione giurisdizionale: la sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio; Cass., sec. V, 3 de octubre 2006, Caruso y otros, en *CED* 235015; Cass., sec. VI, 3 de mayo 2006, Di Mauro, en *CED* 234649; Cass., sec. I, 18 de abril 2006, Marine y otros, en *CED* 235274.

54 Cass., sec. un., 17 de noviembre 2004, Esposito, en *Cass. pen.*, 2005, 357.

55 Cass., sec. I, 31 de mayo 2005, Bega, en *Cass. pen.*, 2006, 2868.

56 Aserción repetida sin sustanciales modificaciones con referencia al rito ordinario y al juicio abreviado: Cass., sec. I, 28 de abril 1998, Maggi y otro, en *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 588; Cass., sec. VI, 24 de febrero 2009, Abis, en *CED* 243257.

57 En el derecho procesal penal italiano se habla de inutilizzabilità patológica en aquellos casos en los cuales se violenta un derecho o una libertad fundamental. Por eso, se puede asimilar a aquella tipología de ineficacia de la cual se preocupa el art. 11. 1 LOPJ (“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”).

58 Véase *supra* nota n. 4.

59 Véase Cass., sec. V, 14 de enero 2010, Belli, en *CED* 245818, según el cual la ineficacia en objeto es sustancialmente equiparable a una nulidad intermedia para oponer antes del cumplimiento del acto o, si no es posible, súbito después.

praeter pero también *contra legem*. Cualquier perspectiva de “ablandamiento” de la rigidez, que caracteriza la disciplina de la ineficacia, resulta practicable sólo a través de la ley. El frente de las consecuencias de la declaratoria del vicio es el único punto en relación al cual el derecho positivo es cristalino.

XV. Las Secciones Unidas y el “principio de ubicuidad” de la ineficacia

Sobre este cuadro privado de certezas intervienen dos importantes sentencias de las *Secciones Unidas* que, en aparente contrariedad respecto al recurrido deformalizante y conservador, afirman un “principio de ubicuidad” de la ineficacia. En síntesis extrema, a opinión de la Suprema Corte, la ineficacia *patológica* opera también fuera del proceso penal en cualquier tipo de juicio. Se trataría, entonces, de un tipo de “antijuridicidad” de la prueba que se extiende a todo el ordenamiento.

El primer pronunciamiento de las *Secciones Unidas* es de octubre de 2008 y tiene como objeto el procedimiento para la reparación por la injusta detención. La *quaestio iuris* concierne a algunas interceptaciones declaradas inutilizables en el proceso penal por falta de motivación en la utilización de los implantes externos⁶⁰. Ahora bien, la *Cassazione* proclama que «la retenida preeminencia de la exigencia de salvaguardia» de los derechos constitucionalmente protegidos «comporta además, bajo el perfil del mérito, la renuncia por parte del Estado al ejercicio de su potestad punitiva donde aquellos derechos no sean salvaguardados según norma». Instancias similares, según la Corte, están destinadas a prevaler *a fortiori* también en el ámbito de juicios no penales.

El segundo pronunciamiento de las *Secciones Unidas* llega a idénticas conclusiones, con argumentos más precisos desde el punto de vista técnico-jurídico y con alguna consideración que enseña un pleno conocimiento de los problemas actuales⁶¹. En opinión de la Corte, «la prueba prohibida es inutilizable *tout court*, sin adjetivos, límites o derogaciones, que consientan cualquiera “recuperación”, sea también en el ámbito y con fines diferentes a aquellos del proceso penal». La

autonomía entre el proceso penal y aquel de prevención no implica «la posibilidad de distinguir el régimen de utilización de pruebas que la ley procesal califica como ilegítimamente admitidas en un área, por más, constitucionalmente presidida, cual es aquella garantizada por el art. 15 Cost.». Desde el sistema se deduce que sólo la ley tiene la facultad de «delinear (y, entonces, eventualmente, circunscribir) el conjunto de los efectos demolidorios que brotan desde la sanción de ineficacia con la cual la ley misma entiende excluir la violación de las prohibiciones probatorias».

En realidad, como las mismas *Secciones Unidas* subrayan, la orientación que considera no relevante en el procedimiento de prevención la ilicitud de las interceptaciones, efectuaba una distinción *praeter legem* dentro de las hipótesis en relación a las cuales el art. 271 CPP prevé expresamente tal sanción. Con un fuerte espíritu “sustancialista”, se afirmaba que tal norma reúne bajo un único régimen sancionador violaciones entre ellas heterogéneas.

Algunas inciden directamente sobre los derechos fundamentales (por ejemplo, interceptaciones efectuadas fuera de las reglas y de los presupuestos previstos en la Constitución); otras como la falta de motivación sobre el recurso a implantaciones colocadas fuera de las procuraciones, suponiendo meras reglas internas al proceso penal. Por tal motivo, en relación a estas últimas hipótesis se hablaba de “ineficacia específica”, “vicios relativos”, no apropiados a comprometer de manera sustancial la validez de la prueba que permanecían, entonces, utilizable en otros juicios no penales⁶².

Una orientación similar, sobre la base de una apreciación del interés sustancial protegido de la norma violada, introducía distinciones dentro de una sanción unitaria de ineficacia especial establecida por el art. 271 CPP. A propósito, las *Secciones Unidas*, también sin ignorar el tipo de análisis subyacente a tal aproximación, han remarcado la necesidad de respetar lo que se encuentra expresamente establecido por la ley.

El pronunciamiento en examen —que se distingue sin más por su honestidad intelectual— destaca el “difuso “malestar” por el particular rigor con el cual el legislador ha acumulado entre ellos, bajo la misma san-

60 Cass., sec. un., 30 de octubre 2008, Racco, en Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 2137, que se contradistingue, por otra parte, por una lectura amplia y vaga del concepto de ilegalidad de cual el art. 240 CPP, reconducido a un *quid pluris* respecto a la ineficacia.

61 Cass., sec. un., 9 de abril, 2010, Cagnazzo, en CED 246271, en mérito a la ineficacia de las interceptaciones viciadas también en el procedimiento de prevención. Es apenas el caso de precisar que el pronunciamiento en objeto ha corregido el precedente dictum de las *Secciones Unidas* Racco, circunscribiendo el término de “ilegalidad” del cual habla el art. 240 CPP dentro de límites más rigurosos.

62 Cass., sec. VI, 30 de septiembre 2005, N., en Dir. giust., 2006, 4, 70; Cass., sec. II, 28 de mayo 2008, Rosaniti, en CED 240629.

ción de la ineficacia, hipótesis objetivamente diversas por “gravedad”. Por un lado, la ilegitimidad de la disposición autorizante de las interceptaciones, o incluso, su inexistencia, y, por otro lado, el “simple” defecto de motivación de la disposición del ministerio público” que autoriza la realización de las interceptaciones extra *moenia*». El Supremo Tribunal, en su composición más competente ha reconocido *ex professo* el criterio de la intensidad de la lesión, evaluado en abstracto, con referencia a la tipología de las violaciones.

Sin embargo, la Corte ha recordado la imprescindible necesidad de respetar las elecciones acogidas por el legislador, también si no se trata de una disciplina constitucionalmente obligatoria⁶³. Es posible modular de manera diferente —en un abanico de posibles alternativas, caracterizadas por mayor o menor “rigidez”— los mecanismos de garantía de los intereses en juego. Todavía, «se trata de elecciones normativas, en hipótesis criticables, pero, evidentemente, no manipulables a nivel hermenéutico». Esta última afirmación, cuya lapidariez es de toda evidencia, parece trascender el tema específico de las interceptaciones. En sustancia, los jueces de legitimidad, han querido subrayar que, frente a una ineficacia especial, la jurisprudencia tiene por así decir “las manos atadas”, ya que las elecciones normativas son “no manipulables a nivel hermenéutico”. Tal es, entonces, la indicación que parece deducirse desde las más recientes pronunciations de las *Secciones Unidas*: un severo *self restraint* respetuoso del marco normativo y con la finalidad de frenar la llamada deriva sustancial, recuperando el timón de la jurisprudencia.

XVI. Ineficacia derivada

Otro punto dramáticamente problemático concierne a la ineficacia derivada⁶⁴. También en la materia en objeto de análisis los problemas son debidos al silencio del legislador: la ausencia de una disciplina análoga al art. 185 CPP sobre la propagación de la nulidad da lu-

gar a contrastes hermenéuticos en el ámbito de los cuales se encuentran dos instancias de grandísima relevancia. Por un lado, la necesidad de tutela de los derechos fundamentales; por otro lado, la exigencia de conservar pruebas que puedan ser determinantes. La principal objeción en orden a la posibilidad de utilizar los elementos adquiridos gracias al previo experimento de una prueba inutilizable consiste en la frustración de la eficacia disuasoria de las prohibiciones. Además, frente a un material cuya utilidad probatoria parece indiscutible, cualquier sistema es reacio a configurar una regla de exclusión fundada sobre una presunta transmisión del vicio de una prueba a la otra a través de un vínculo genético normativamente inexpressado⁶⁵.

Justo tal dilema se comprende en la famosa sentencia de Sala pronunciada por las *Secciones Unidas* en el 1996 y notoria por la contradicción que la caracteriza. En el arriesgarse con una pesquisa ilegítima que había llevado al secuestro de una cantidad de heroína, las *Secciones Unidas* han afirmado que el respeto de los derechos fundamentales constitucionalmente tutelados comporta que las pruebas incorporadas en violación de los mismos son radicalmente inutilizables; todavía, ya que el secuestro del cuerpo del delito es un acto debido, ello debe ser de todas formas efectuado⁶⁶. Además, aquellas exigencias conservativas que se perciben en la *recognición* de las prohibiciones probatorias resultan aún más urgentes en una materia, como aquella de la ineficacia derivada sobre la cual el código no aporta ninguna indicación. Del resto, de regla, en nuestro sistema casi todas las pruebas son “gratuitas”: quien desarrolla un acto de investigación (ej. interrogatorio) o solicita la admisión de una prueba (ej. un testimonio) no debe justificar el motivo. Por tanto, en la mayor parte de los casos la utilización de las informaciones contenidas en una prueba inutilizable al fin de obtener otra prueba permanece no formalizado. Tal característica obstaculizaría de todas formas el diagnóstico de una eventual ineficacia derivada⁶⁷.

63 El Supremo Colegio adhiere a la línea interpretativa ya adoptada por la Corte constitucional con ord. 29 de diciembre 2004, n. 443, en *Giur. cost.*, 2004, 2671.

64 En argumento, Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1787.

65 V. C. Cost., 27 de septiembre 2001, n. 332, en *Giur. cost.*, 2001, 2821, con nota de Spangher, «*E pur si muove*»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*.

66 Cass., sec. un., 16 de mayo 1996, Sala, en *Cass. pen.*, 1996, 3268. La jurisprudencia está hasta ahora dividida, aunque la tendencia conservativa parezca prevaler. En vía ejemplificativa, sobre la exclusión de la ineficacia derivada, Cass., sec. VI, 27 de marzo 2009, Ceconello, en *www.dirittoegustizia.it*; sobre la propagación del vicio, Cass., sec. II, 16 de mayo 2008, Ronzello, en *CED* 239784.

67 Al mismo tiempo, es pacífico en jurisprudencia que las pruebas viciadas puedan valer como inspiración informal por las investigaciones o, incluso, como noticia de delito: Cass., sec. III, 10 de febrero 2004, Mache, en *CED* 228545; Cass., sec. V, 28 de octubre 2008, Chiocci, en *Cass. pen.*, 2009, 4321; Cass., sec. I, 5 de diciembre 2007, Dionisi, en *CED* 238143.

Solamente en raros casos la unión entre diferentes pruebas emerge a nivel normativo, como sucede con referencia a la pesquisa y al consecuente secuestro. Sin embargo, también en hipótesis similares, una intervención legislativa dirigida a prever expresamente la ineficacia derivada podría ser contraproducente, transformándose en un ulterior empuje para neutralizar las prohibiciones probatorias en el momento de la recognición con el fin de evitar la transmisión del vicio. Además, también en ordenamientos como el estadounidense, donde la teoría de los frutos del árbol envenenado encuentra su propio origen, la jurisprudencia encuentra con los años numerosos pronunciamientos que han finalizado por invertir el mecanismo regla-excepción. Existe una importante sentencia de 2006⁶⁸ según la cual una pesquisa en violación de la Cuarta Enmienda (así dicha *knock-and-announce requirement*) da vida a un secuestro utilizable. Si volvemos la mirada al panorama internacional, entonces, sucede que el árbol envenenado produce frutos comestibles (y a menudo apetitosos) en el proceso penal.

En Italia, por otra parte, el legislador de nuevo ha “mezclado las cartas” con la modificación normativa en materia de secreto de Estado. La ley 3 de agosto 2007, n. 124, de hecho, ha previsto expresamente la ineficacia derivada a los art. 202 e 270-*bis* CPP. Ambas normas establecen que las noticias cubiertas por el secreto de Estado no pueden ser utilizadas ni directamente, ni indirectamente, salvo las pruebas incorporadas sobre la base de elementos autónomos e independientes. También en esta hipótesis se está, todavía, frente a una disciplina peculiar, que tiene que ser leída en el contexto de un cuadro en el cual está inserta y desde la cual no se puede deducir un criterio hermenéutico de carácter general⁶⁹.

XVII. Ayer, hoy, mañana

Es necesario diseñar alguna consideración de síntesis para recomponer este complejo cuadro hecho de luces y sombras de sabor casi barroco. El primer dato emerge *ictu oculi* y está constituido por un relieve de fondo: la sanción de la ineficacia hoy no es aquella que fue escrita hace veinte años desde los *conditores*; se ha verificado un tipo de rebelión de los hechos respecto a las normas. El derecho viviente y la legislación han “crecido entorno” al flaco esqueleto codicístico.

El Parlamento ha intervenido de modo ocasional y ha introducido nuevas normas, sin tener en cuenta el cuadro del conjunto, y sin preocuparse por las recaídas sistemáticas. “Afortunadamente” la disciplina de la ineficacia es tan confusa que neutraliza cualquier eficacia refleja de tales modificaciones legislativas. Las intervenciones normativas, en su fragmentación, finalizan por crear microsistemas que contribuyen a tallar, más que a uniformar, la cara de la sanción. Por su cuenta, la jurisprudencia introduce un tipo de criba de segundo grado en la actuación de la orden legal. También cuando una norma prevé una ineficacia especial, no necesariamente la misma viene declarada. Al mismo tiempo, y por contrario, también en ausencia de prohibiciones explícitas, no está dicho que la prueba sea utilizable: se dan hipótesis, como aquellas en las cuales se invoca el principio de no sustitución, en el cual la *Cassazione* trae la sanción desde una lectura sistemática del principio de legalidad de la prueba.

En breve, la naturaleza y la función de la ineficacia, que requiere el respeto férreo del principio de taxatividad⁷⁰, se cimienta con la multiformalidad de los problemas cotidianos y de las exigencias en conflicto. La vida de un instituto contradice, paradójicamente, la ontología: estamos asistiendo a una lucha titánica entre sustancialismo y formalismo. Mirando más allá de los confines nacionales, se puede observar también como las experiencias de otros ordenamientos enseñan tensiones y sobresaltos en la aspiración a la cuadratura del círculo: conciliar el ontológico estatismo de las categorías jurídicas con la no pronosticable movilidad de la experiencia práctica.

Al fin de permitirles un momento de desahogo a las instancias conservadoras, se podría emular la elección de otros sistemas reconociendo al juez la posibilidad de balancear las exigencias en conflicto en el particular caso al fin de decidir si la prueba es utilizable o no. Pero se evocaría al inquietante fantasma de un juez dueño de la prueba. La alternativa consiste en mantener fijo el respeto del principio de taxatividad. Donde se opta por esta última solución, es necesario, todavía, renunciar a la normación sintética que se expresa a través de la cláusula vaga del art. 191 CPP y ampliar la hipótesis de ineficacia especial. Sin embargo, para evitar que las formas legales sean sistemáticamente contradichas por la aplicación práctica, sería necesario prever expresamente la posibilidad de no declarar el vicio siempre y

68 Hudson v. Michigan, 15 de junio 2006, 547 US 586 (2006).

69 Sobre la peculiaridad del contexto, las ascendencias remotas y los aspectos discutibles de tal instituto, Bonzano, *Il segreto di Stato nel processo penale*, Padova, 2010, 106 ss.

70 Tonini, *Manuale*, cit., 199.

cuando la violación no perjudique de manera determinante el interés tutelado.

Existe, además, una frontera, en realidad poco afrontada y poco debatida en Italia, que consiste en escoger remedios alternativos para “sancionar” las violaciones de las prohibiciones probatorias. Se trata de la referencia a la responsabilidad civil, penal o disciplinar. En el nuestro ordenamiento consideraciones de este tipo hacen casi sonreír y se encuentran solo en las sentencias relativas a la tardía inscripción de la noticia de delito y en los pronunciamientos concernientes a la prohibición por un mismo defensor de la defensa acumulativa de imputados declarantes *erga alios* (cfr. *supra*). En los Estados Unidos, a viceversa, es una solución planteada desde hace años y reafirmada en la sentencia *Hudson c. Michigan* de 2006. El obstáculo puede, igualmente, encontrarse en la leve efectividad de la tutela discipli-

nar, especialmente frente a situaciones en las cuales la investigación acerca de la existencia de una violación puede comportar un control de elecciones discrecionales incuestionable efectuadas en el ámbito de un concreto acontecimiento procesal (véase el caso emblemático de la inscripción tardía de la noticia de delito).

Hoy en día, en realidad, la única solución factiblemente planteable es de tipo procedimental. Por un lado, la existencia de prohibiciones tiene que ser cerciorada en contradictorio, así para evidenciar plenamente la naturaleza y los efectos de los intereses en conflicto. Por otro lado, las decisiones tienen que dar fundamento al tipo de evaluación efectuada a la luz del rango del interés protegido y del grado de la lesión encontrada. Además, la “sabiduría de los pueblos” enseña que un correcto tratamiento del problema es ya un paso adelante hacia la solución.