

REVISTA DE REVISTAS

Derecho procesal. 801

el sistema de *common law* por su larga duración, y para evitar reclamaciones por daños que son resultado de un desorden, de acuerdo a la Ley de Daños por Desórdenes de 1886; 2. La seguridad de que el detenido será castigado. Naturalmente, la policía no quiere perder su tiempo y esfuerzo sin ver resultados provechosos para su actividad. Los cargos de conducta o lenguaje amenazador, insultante o abusivo, les resultan fáciles de probar, y 3. La severidad en la sentencia. La ley que la policía maneja con más frecuencia (*Public Order Act* de 1936) tiene grados de penalidades que parece satisfacerles, por no ser ni muy leves ni muy severas.

La tendencia en la legislación criminal de ese país ha sido en los últimos años la de favorecer el uso de la discrecionalidad policíaca, en lugar de acentuar las definiciones, sin ningún intento serio de establecer una gradación significativa de las faltas y conductas agresivas.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

DERECHO PROCESAL

AMODIO, Ennio, "Nuovi valori 'costituzionali' nella giustizia penale del continente europeo", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 27, núm. 3, julio-septiembre de 1984, pp. 918-951.

En este artículo el autor, catedrático de derecho procesal penal comparado en la Universidad de Milán, se propone analizar cuáles son las tendencias actuales del proceso penal en tres países de Europa occidental: Francia, Italia y la República Federal de Alemania. Para este objeto, Amodio intenta superar la contraposición que suele hacerse entre la fase posterior a la posguerra, llamada del garantismo por la expansión y consolidación de los derechos fundamentales del inculpado, y la fase de los años setenta conocida como de la emergencia, de carácter involutivo y marcada por la prevalencia de las exigencias de defensa social.

La fase del garantismo se advierte de manera particular en Italia y Alemania Occidental:

Las dos naciones, salidas de una análoga experiencia autoritaria que llevó al repudio de las garantías individuales en homenaje a los principios del Estado totalitario, recorren el mismo camino: desde la Constitución como primer intervención legislativa dirigida a remo-

ver los institutos más fuertemente compenetrados de la ideología del régimen anterior, para llegar después, en los años sesenta, a reformas encaminadas a la consolidación del derecho de defensa y a la tutela de la libertad personal. (P. 921.)

El itinerario constitucional y legislativo seguido por los dos países es casi coincidente. Por un lado, la República Federal de Alemania expide su Constitución del 23 de mayo de 1949 y reforma, el 12 de septiembre de 1950, su Ordenanza Procesal Penal para hacerla regresar a su estructura originaria, forjada en el Estado liberal en 1877, introduciendo nuevamente en el sistema institutos abolidos por el régimen fascista, como la instrucción desarrollada por el juez y sus controles sobre la prisión preventiva, así como dando una primera actuación a las normas de la nueva carta constitucional. Por su parte, Italia también promulga su Constitución del 1º de enero de 1948 y expide la Ley número 517 del 18 de junio de 1955 que depura el Código Procesal Penal de normas de signo fascista y lo conduce al restablecimiento de las garantías individuales. En ambos países, las reformas legislativas posteriores y, sobre todo, la labor de interpretación que llevan a cabo sus respectivos tribunales constitucionales, continúan el desarrollo y la consolidación del garantismo.

Francia no fue ajena a estas orientaciones. Así, la Ley número 70-643 del 17 de julio de 1970 reestructuró la prisión preventiva, con el objeto de hacer más efectiva la tutela de la libertad personal, ya reduciendo el área operativa de la cárcel como instrumento de cautela procesal (para lo cual previó 11 medidas cautelares alternativas), ya permitiendo al absuelto en fase de instrucción o de juicio reclamar una indemnización cuando la prisión le hubiere causado un "perjuicio manifiestamente anormal y de particular gravedad" (p. 925). Igualmente, la Ley 75-701 del 6 de agosto de 1975 aportó sustanciales modificaciones a la disciplina de los límites máximos de la prisión preventiva en la fase instructoria para los delitos de la competencia del tribunal correccional.

En contrapartida, después de esta fase del garantismo, los años setenta se van a caracterizar por el surgimiento de una política procesal dominada por las exigencias de defensa social:

Extensión y reforzamiento de los poderes de la policía, limitaciones de las garantías defensivas, uso de la prisión preventiva en función de prevención especial y general, son las columnas sobre las que ha sido edificada una verdadera y propia inversión de tendencia que ha hecho retroceder la marcha hacia la Constitución iniciada por la justicia penal europea en la posguerra. (P. 927.)

De manera particular, la lucha contra el terrorismo ha conducido a este retroceso del reformismo garantista. En Italia, por ejemplo, se ha introducido la prohibición de la libertad provisional para los delitos más graves; se han ampliado los límites máximos de la prisión preventiva; se ha restituido a la policía judicial el poder para interrogar personas detenidas, y, en fin, se ha excluido al defensor de las informaciones sumarias que la policía obtiene de la persona indiciada por delitos sintomáticos de mayor peligrosidad social. En Francia, la *Cour de Sûreté de l'Etat* fue instituida a consecuencia de la difícil situación política originada por los acontecimientos en Argelia, para juzgar en forma exclusiva los delitos contra la seguridad del Estado, conforme a un esquema procesal dominado por una acentuada especialidad; finalmente, fue suprimida por el Parlamento el 4 de agosto de 1981. Similar función a la de la legislación italiana de emergencia contra el terrorismo, ha tenido la Ley número 81-82 del 2 de febrero de 1981 (*Loi "Sécurité et liberté"*), así como algunas reformas legislativas alemanas de los años setenta.

Sin embargo, pese a esta fase de predominio de las exigencias de defensa social, y superando la contraposición entre ésta y la etapa del garantismo, el autor advierte el surgimiento de nuevas tendencias en el proceso penal europeo, que van conformando una nueva dimensión "constitucional" de éste, con la cual se "recuperan las instancias garantistas de los años sesenta sin descuidar las exigencias de tutela de la colectividad afloradas en las decisiones de política procesal de los años setenta" (p. 921).

La primera de estas orientaciones es la que trata de superar uno de los vicios más graves del modelo napoleónico: su incapacidad para garantizar el papel imparcial del magistrado instructor en la fase anterior al juicio. En Italia, esta tendencia se advierte con la introducción del tribunal de la libertad, en la Ley número 532 del 12 de agosto de 1982, que no sólo enriquece el catálogo de las garantías del inculpado, sino que traslada el poder de decisión sobre la libertad del inculpado, de los órganos de la instrucción al tribunal. Similar transferencia de poder se observa en Francia, en el *Code de Procédure Pénale* de 1958 y en otras leyes posteriores, que hacen ese traslado de poder del *juge d'instruction* a la *chambre d'accusation*.

Pero ha sido la Ley alemana del 9 de diciembre de 1975 la que ha avanzado más en este camino.

La Strafprozessordnung —señala Amodio— es el primero de los sistemas procesales inspirados en el modelo napoleónico, en abandonar el ins-

tituto más emblemático del procedimiento continental. Y no ha sido una casualidad que el juez instructor haya sido archivado en un contexto cultural en el cual desde hace algunos años está abierto el debate sobre la recepción del rito acusatorio, típico de los países del *Common Law* que ignoran la figura del *investigating magistrate*. El legislador alemán se les ha acercado haciendo al ministerio público el protagonista de la averiguación previa: la actividad dirigida a obtener los elementos necesarios a los fines de la formulación de la acusación es confiada al *Staatsanwalt*, que conduce personalmente las indagaciones cuando no estime que deba servirse de la policía. (P. 939.)

Pero el Ministerio Público debe dirigirse a un nuevo magistrado, el *Ermittlungsrichter*, para pedirle providencias restrictivas de las libertades fundamentales del imputado, tales como pesquisas, cateos, detenciones, embargos e intercepciones telefónicas.

El segundo de los valores "constitucionales" emergentes en la justicia europea contemporánea es el de la expeditéz del proceso, que se manifiesta en Italia con la expansión de la normativa sobre el *giudizio direttissimo*; en Francia, con la evolución de la *procédure de flagrant délit*, que fue sustituida primero por la *saisine directe* y finalmente por la *convocation par procès-verbal*, y en Alemania Occidental, a través de mecanismos que permiten al Ministerio Público mayor flexibilidad en el ejercicio de la acción penal.

Por último, el tercero de los valores "constitucionales" consiste en lo que Amodio llama la revalorización de la fase del juicio (*dibattimentale*), la cual ha permitido que cada vez resulte más extraño el juicio seguido en rebeldía del inculpado, que todavía se regula en Francia e Italia; pero a cuya abolición se tiende, para hacer efectivo, en su sentido más amplio, el derecho de defensa.

José OVALLE FAVELA

FRANCHIOTTI, Vittorio, "Origini e sviluppo della 'giustizia contrattata' nell'ordinamento statunitense", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Nueva Serie, año XXVII, fasc. 1, enero-marzo de 1984, pp. 56-101.

El tema de la *negotiated justice* es abordado en este excelente artículo

con gran acopio bibliográfico y sagaz análisis histórico, sociológico y jurídico.

Trátase de la práctica del *plea bargaining* en la justicia criminal estadounidense, esto es, de la contratación entre la acusación y la defensa acerca de la declaración de culpabilidad, en cuya virtud la autoincriminación del imputado y la renuncia consiguiente al *jury trial* se recompensa con concesiones por parte del *prosecutor*, órgano de la acusación. Estas concesiones pueden consistir en calificar el delito como uno menos grave de la misma especie o en su paso de la categoría de *felony* a la de *misdemeanor*; o bien, cuando proceden varias imputaciones, en desestimar una a cambio de la confesión por la otra. El resultado es siempre una condena más leve de la que se había obtenido de una decisión del jurado por el delito efectivamente cometido.

Las reacciones fuertemente críticas a esta práctica y a su alarmante extensión empezaron a hacerse sentir en los Estados Unidos en la década de los años veinte, por el papel preponderante adquirido por el *prosecutor* frente al juez y por la necesidad de emplear mayor energía frente a la criminalidad. No reflejaban tales censuras una preocupación por los derechos del imputado, por las insidias de que podía ser víctima y por los efectos de una defensa eventualmente deficiente.

La investigación reciente ha demostrado que el *plea bargaining* no era en Estados Unidos, como ha solido afirmarse, un mecanismo "de siempre", sino una práctica surgida en los últimos decenios del pasado siglo. También en el mundo judicial inglés la extensión del mecanismo se produce hacia la misma época. Muy antiguo era allí, en cambio, el *approvement*, que en los Estados Unidos asume la forma de un testimonio contra los cómplices de que deriva un *equitable title* al *pardon* en favor de quien rinde tal testimonio. Pero no es lo mismo la oferta de impunidad a cambio de un testimonio contra el coimputado (*approvement*) que la autoincriminación a cambio de obtener una condena por un delito menor del cometido (*plea bargaining*).

Franchiotti expone muy coherentemente las múltiples causas de la aparición del *plea bargaining*: transformación de los Estados Unidos de país agrícola en país industrial, crecimiento enorme de la población, concentración urbana, crisis de la red de organización judicial adecuada a pequeños centros agrícolas entre sí desconectados, intensificación de conflictos interpersonales con la consiguiente proliferación legislativa, supeditación del *common law* por el derecho penal contenido en *statutes*, búsqueda de mecanismos de acuerdo que alivien la recargada maquinaria judicial, previsibilidad del desenlace judicial al aparecer los delitos legislados, generalización de la pena privativa de libertad,

y, en fin, aparición de un *sentencing system* más flexible, con condenas indeterminadas y con la posibilidad de medidas alternativas como la *parole* y la *probation*. Pero junto a estos factores, digamos, sociológico-políticos, influyen en la generalización del *plea bargaining* importantes transformaciones del procedimiento penal y de la organización judicial.

El *jury trial* angloamericano regulado por el *common law* es hasta mediados del siglo XIX un procedimiento sumario casi sin defensor, sin el órgano técnico de la acusación y sin reglas de recusación de los jurados y de admisibilidad de las pruebas. El imputado es la fuente testimonial principal. La apelación del fallo implica sólo devolver la sentencia condenatoria al *Governor*, que ejerce un derecho de gracia. El juicio por jurados (*jury trial*) es por demás rápido y simple, y lo normal es que a través de él se conozcan numerosos casos en una sola y misma audiencia. Todo esto cambia y se vuelve muy complejo ya desde fines del siglo XVIII. Se reglamentan el procedimiento y los derechos del imputado y se dictan detalladas codificaciones procesales, surgen ponderosos cuerpos de normas, *rules of evidence*, reglas de recusación. Se impone la *Exchequer rule* inglesa, conforme a la cual puede el imputado pedir un nuevo juicio ante el jurado si se ha violado una regla de admisibilidad de la prueba. El órgano de acusación adquiere especial relieve y deviene figura dominante del proceso. Su carácter, a diferencia de lo que sucede en el sistema inglés, es eminentemente público, y su discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal y su poder de iniciarla y proseguirla o no y de establecer el nivel de imputación, son plenos. Su carácter electivo, en seguida, aumenta esa discrecionalidad, disminuye su responsabilidad y lo liga estrechamente, a nivel informal, al ambiente político. Como las legislaciones de los estados no le exigen la licenciatura en jurisprudencia, es comprensible su inclinación al *plea bargaining*, que le permite aparecer como un buen administrador de justicia capaz de obtener una alta cantidad de condenas. Paralelamente al ascenso del *public prosecutor*, diversas razones históricas, largas de reseñar aquí, determinan la paulatina declinación del *grand jury*, y la lenta transferencia de sus atribuciones al *prosecutor*. Por otra parte, surge y va adquiriendo importancia otro órgano procesal, el *petit jury* o juez de debates. La "víctima" pierde gravitación por la progresiva pérdida de la facultad de ejercitar la acción penal. Junto con eso hacen su aparición en escena dos nuevos elementos: uno es la "nueva policía", organización permanente con personal *full time*, que sirve de filtro en la medida en que aumenta el número de casos "resueltos" por ella que presenta a los órganos judi-

ciales; el otro es la figura del defensor, que tratándose principalmente de clientela de escasos recursos, se manifiesta proclive a condescender con los términos de negociación propuestos por la acusación.

Todos estos factores, minuciosamente examinados por Franchiotti, explican esta *negotiated justice* que en el mundo jurídico no anglosajón suele generar grandes perplejidades.

Álvaro BUNSTER

LANDONI SOSA, Angel, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, Uruguay, núm. 4, 1981.

Promisorio campo de estudio para el jurista y preferentemente para los procesalistas, el de los intereses "difusos". Valores que tienen que ver con la vida, salud, conservación y mejoramiento del ambiente, protección del consumidor, información veraz, preservación de bienes culturales, etcétera.

Elementos técnicos doctrinarios que conforman el contenido de este trabajo (la legitimación para la defensa de los intereses *difusos*) son los relativos a: la noción de interés, interés colectivo e interés difuso; la teoría de las situaciones jurídicas como encuadre de los intereses difusos; la insuficiencia de la norma jurídica uruguaya para velar por el respeto de los intereses difusos, y las distintas soluciones que se presentan en el derecho comparado.

Punto de partida en la disertación es el concepto de interés. Seguidamente, se señala la distinción entre interés personal e interés colectivo, asimismo, la diversidad entre interés colectivo e interés difuso. Este último es el que corresponde a los sujetos de un grupo *indeterminado*, que se singulariza por la supraindividualidad, la comunidad de intereses, cuyo vínculo jurídico es extremadamente genérico y por la contrariedad de esos intereses supraindividuales, que los propios intereses difusos suscitan.

Por otra parte, se nos indica que las nociones básicas de la doctrina tradicional procesalista, devienen insuficientes cuando se aplican a los procesos cuyo contenido es un conflicto de intereses colectivos. Ello implica, a juicio de distinguidos procesalistas, "profunda modificación" en los conceptos clásicos.

Parecer del autor es incluir en la teoría de las situaciones jurídicas,

los intereses difusos, ya que la situación jurídica es la relación entre el sujeto individual o colectivo, o el grupo difuso con una norma jurídica que le comprende.

Si bien el interés legítimo personal (incluye situaciones jurídicas particulares) y directo (es decir inmediato) se halla debidamente consagrado y garantizado por el derecho uruguayo (Constitución de 1967), no sucede lo mismo con los intereses difusos, pues su protección es precaria, particularmente en el ámbito procesal; tal sucede con el órgano jurisdiccional, la *legitimación activa* y los límites subjetivos de la cosa juzgada; rubros que han merecido interesantes comentarios y sugerencias por parte del profesor Landoni.

Efectivamente, por lo que respecta al órgano jurisdiccional, el autor, al no aceptar una justicia especializada para ventilar asuntos sobre intereses difusos, sugiere que el juez se provea de los peritos adecuados y necesarios.

En cuanto al aspecto de legitimación (aspecto medular de la investigación), encuentra el escritor deficiencias en la legislación de su país, cuando el interés directamente lesionado pertenece a la comunidad en su conjunto. Ante tal panorama, Landoni propone un "ensanchamiento del concepto de *legitimación* para este tipo de procesos", sirviéndose de las experiencias positivas de otros países. A juicio del propio autor, los límites de la cosa juzgada también deben extenderse para dar cabida a los intereses difusos; misión ésta de *lege ferenda*.

Se recogen, además, en este ensayo, las diversas soluciones que sobre el tema existen en derecho comparado. Así, con respecto al nuevo rol del juez en la defensa de los intereses difusos, suscribe el articulista la experiencia norteamericana, la cual asigna al juez el papel supletorio y no sucedáneo de la voluntad del legislador. En relación a la legitimación activa, se analizan básicamente tres tipos de soluciones: la publicista (*Ombudsman* sueco; Comisionado Parlamentario inglés; *Médiateur* francés; Defensor del Pueblo español, *Consumer Protection Agency* estadounidense, etcétera), que confía la defensa de los intereses difusos a un órgano público especializado; una segunda (complementaria) que encomienda dicha providencia a las asociaciones representativas de dichos intereses; o bien, la intervención tutelar por un particular interesado (*class actions*, *class suit*, acción popular brasileña).

Con relación a los límites de la cosa juzgada o eficacia de la sentencia, Landoni apunta, por un lado, la solución norteamericana que consiste en la exigencia de una eficacia *ultra partes* de la sentencia a través de la *class action* y, por otro, la solución brasileña (artículo 18 de la Ley brasileña 4717) que implica tres distintas alternativas: 1) "la

acción popular es acogida y el acto es anulado o declarado nulo. La sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada *erga omnes*"; 2) "El pedido es rechazado por inexistencia de fundamento para anular el acto o declararlo nulo"; también aquí los efectos son *erga omnes*, y 3) "El pedido es rechazado en razón de que ha sido insuficiente la prueba de la irregularidad"; entonces, la sentencia no pasará en autoridad de cosa juzgada. Además, la sistemática del ordenamiento brasileño se complementa con el establecimiento de un plazo preclusivo.

En resumen, Landoni Sosa reclama del Estado una participación más directa y dinámica en la implantación de una sociedad más justa; manifiesta que los conceptos y esquemas clásicos resultan insuficientes para tutelar a los intereses difusos; sugiere una adecuación de la legislación, un respeto a los rasgos esenciales de la jurisdicción, a las libertades y derechos de los individuos; una adopción de nuevos criterios y principios en la instauración de un sistema mixto y en la atribución de legitimación para defensa de los intereses difusos; solicita igualitaria protección para todos los titulares del interés difuso, y aspira a un derecho común uniforme en esta materia, vigente en el ámbito latinoamericano.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

TANCA, Antonio, "Costituzione italiana, diritti inviolabili e carcerazione preventiva", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Roma, Italia, núm. 1, 1984, pp. 921-932.

Vista la notable importancia que en materia de detención preventiva reviste la sentencia número 15, del 10 de febrero de 1982, de la Corte Constitucional italiana, el autor de este artículo aborda el difícil y complejo problema de la duración máxima razonable de la detención preventiva en caso de delito de terrorismo, la cual recientemente fue aumentada por la Ley número 15, del 6 de febrero de 1980.

En efecto, la citada ley prolongó la duración de la detención preventiva en caso de comisión del delito mencionado a un término máximo de diez años y ocho meses, contados a partir del establecimiento del auto de sujeción a proceso hasta el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.

La cuestión que se planteó a la Corte Constitucional fue la de determinar lo razonable o no de dicho término máximo, ya que, tomando en cuenta tanto los principios establecidos por los artículos 13 y 27 cons-

titucionales, como el principio de razonabilidad de la duración de la detención preventiva inscrito en el artículo 5, párrafo 3, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, del 4 de noviembre de 1950, el cual, ratificado por Italia desde el 26 de octubre de 1955, forma parte del orden jurídico italiano, cabía la duda no sólo sobre la legitimidad constitucional de la Ley del 6 de febrero de 1980, sino, al mismo tiempo, sobre su conformidad con el mencionado Convenio Europeo.

La Corte, al motivar su decisión que consideró como infundada la cuestión que le fue sometida, sostuvo que las normas del Convenio Europeo no podían constituir un parámetro de legitimidad de la citada ley, primero, porque dicho instrumento internacional, dentro del orden jurídico italiano, no está revestido de rango constitucional, y, segundo, porque el susodicho Convenio Europeo, por sí mismo, no aporta criterio alguno para establecer, de manera concreta, la razonabilidad de la duración de la detención preventiva.

En opinión del autor, tales motivaciones o razonamientos de la Corte no están exentos de crítica. Por consiguiente, procede a su examen crítico y pormenorizado, procurando encuadrar los problemas que plantean, primero, en el marco general de la protección de los derechos y libertades fundamentales que la Constitución italiana reconoce a todo ser humano que se encuentre en el territorio de la República, trátase de ciudadanos, extranjeros o apátridas, así como de la consecuente obligación constitucional de conformar las leyes internas con los instrumentos internacionales, universales o regionales, debidamente ratificados por el país, en materia de derechos humanos; segundo, en el plano concreto de la condición jurídica del extranjero y de la igualdad de tratamiento que debe garantizársele en relación con el ciudadano, y, tercero, en el contexto tanto de los criterios de carácter interno aducidos por la Corte en apoyo de su decisión, como de la jurisprudencia establecida por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre este particular.

Del análisis realizado, el autor no solamente infiere una falta de claridad en la posición asumida por la Corte Constitucional, sino que, al mismo tiempo, señala lo incorrecto de que la misma, en sus motivaciones, se haya valido de criterios y justificaciones de carácter puramente interno. Tales observaciones, sin embargo, no lo inducen a disentir de la decisión tomada por la Corte, ya que considera que las mismas no son a tal grado decisivas como para que puedan conducir a una declaración de inconstitucionalidad de la ley en entredicho.