



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 7 - Nº 03 - set./dez. 2021

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3>

Dossiê

“Liberdade pessoal do imputado e medidas cautelares restritivas à liberdade individual no processo penal”





IBRASPP



EXPEDIENTE / MASTHEAD


EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF



Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)  


Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil; Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO, Brasil)  

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS, Brasil)  



Prof. Dra. Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Italia) 


Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, Brasil)  


Prof. Dra. Livia Giuliani (Università degli Studi di Pavia, Italia) 






EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Me. Ana Paula Gonzatti da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  

Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Pesquisador independente, Curitiba/PR, Brasil)  

Me. Daniela Dora Eilberg (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  

Prof. Dra. Elisa Lorenzetto (Università degli Studi di Verona, Italia) 

- Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  
- Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)  
- Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Italia) 
- Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil, Brasil)  
- Prof. Dra. Priscila Machado Martins (Universidad de los Andes, Chile)  
- Prof. Me. Rafael de Deus Garcia (Universidade de Brasília – Brasília/DF, Brasil)  
- Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – São Luís/MA, Brasil)  

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

- Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Italia
- Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Portugal
- Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Italia
- Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, España
- Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Italia
- Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, España
- Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal
- Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, United States
- Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Italia
- Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Italia
- Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, España
- Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Uruguay
- Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Italia
- Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Portugal
- Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Italia
- Profa. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, España
- Profa. Dra. Vania Patané, Università degli Studi di Catania, Italia

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO) / REVIEWERS (OF THIS NUMBER)

- Agata Ciavola (Università degli studi di Enna “Kore”, Italia)
- Alejandro Turienzo (Universidad de Barcelona, España)
- Ana Cláudia Carvalho Salgueiro (Universidade de Coimbra, Portugal)
- Ana Claudia Cifali (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)
- Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca, España)
- Ana Isabel Blanco (Universidad de Valencia, España)
- Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
- Anna Carolina Canestraro (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)
- Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)
- Barbara Lavarini (Università degli studi di Torino, Italia)
- Beatriz García Moreno (Universidad de Castilla-La Mancha, España)
- Carlos del Río Ferretti (Universidad Católica del Norte, Chile)
- Carolina Costa Ferreira (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
- Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)
- Cristina Salgado Alonso (Universidad de Santiago de Compostella, España)
- Denise Luz (Universidade Estadual de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)
- Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
- Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra, Portugal)
- Felipe da Silva Freitas (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
- Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (Universidade Católica de Salvador - Salvador/BA, Brasil)
- Fernanda Regina Vilarés (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
- Flavia Siqueira (Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campinas, São Paulo, Brasil)
- Francesco Callari (Università di Pisa, Italia)

Francisco França Júnior (Universidade de Coimbra, Portugal)

Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará, Belém, Pará, Brasil)

Frederico Valdez Pereira (Justiça Federal 4ª Região - Porto Alegre, RS, Brasil)

Hanna Kuczyńska (Institute of Law Studies, Polish Academy of Science, Warsaw, Poland)

Hervé Belluta (Università degli Studi di Brescia, Italia)

Homero Bezerra Ribeiro (Universidade de Pernambuco, Arcoverde/PE, Brasil)

Izabel Saenger Nuñez (Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil)

José Edvaldo Pereira Sales (pesquisador independente, Belém/PA, Brasil)

Karolina Kremens (Uniwersytet Wrocławski - Poland)

Keity Ferreira de Souza e Saboya (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN, Brasil)

Laura Álvarez Suárez (Universidad de Oviedo, España)

Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa Lages (Universidade Federal do Piauí, Teresina/PI, Brasil)

Manfredi Bontempelli (Università degli Studi di Milano, Milano, Italia)

Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino, Italia)

María Luisa Villamarín López (Universidad Complutense de Madrid, España)

Maria Rogacka-Rzewnicka (University of Warsaw, Poland)

Miren Josune Pérez Estrada (Universidad del País Vasco, Bizkaia, España)

Paola Maggio (Università degli Studi di Palermo, Italia)

Paolo Renon (Università degli Studi di Pavia, Italia)

Pasquale Bronzo (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Italia)

Pier Paolo Paulesu (Università degli Studi di Padova, Italia)

Tainá Ferreira e Ferreira (Universidade Federal do Pará, Belém/PA, Brasil)

Teresa Lancry Robalo (Universidade de Macau, Macau)

Verena Holanda de Mendonça Alves (Universidade Federal do Pará, Belém/PA, Brasil)

Veronica Lynn (University of Basel, Switzerland)

Yannick van den Brink (Vrije Universiteit, Amsterdam, Netherlands)

**AUTORES DE ARTIGOS ORIGINAIS (DESTE NÚMERO) /
AUTHORS OF ORIGINAL ARTICLES (IN THIS NUMBER)**

- Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, Brasil)
- Ana María Neira Pena (Universidade da Coruña, España)
- Andrzej Sakowicz (University of Białystok, Poland)
- Arkadiusz Lach (Nicolaus Copernicus University, Toruń, Poland)
- Bernardo Sodr  Carneiro Leão (Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, Brasil)
- Bruno Barros Mendes (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil)
- Caio Badaró Massena (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil)
- Claudio González Guarda (Universidad de Chile - Santiago, Chile)
- Daniele Vicoli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia)
- Elena Valentini (Alma Mater Studiorum Università degli studi di Bologna, Italia)
- Filippo Marchetti (Università degli Studi di Pavia – Pavia, Italia)
- Guilherme Brenner Lucchesi (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/Paraná, Brasil)
- Hugo Luz dos Santos (Faculty of Law of University of Macau, People’s Republic of China)
- José Caro Catalán (Universidad de Cádiz, Cádiz, Espa a)
- Lina Caraceni (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Lucas Gandolfi Vida (Escola da Magistratura Federal do Paraná – Curitiba/Paraná, Brasil)
- Marta Bargis (Università del Piemonte Orientale, Alessandria, Italia)
- Pilar Martín-Ríos (Universidad de Sevilla, Espa a)
- Poliana da Silva Ferreira (Escola de Direito de São Paulo da Funda o Getúlio Vargas – São Paulo/SP, Brasil)
- Renzo Orlandi (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Italia)
- Rodrigo Andrés Guerra Espinosa (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)
- Serena Quattrocolo (Università del Piemonte orientale, Italy)

Sumário

- 1557** Dossiê: “Liberdade pessoal do imputado e medidas cautelares restritivas à liberdade individual no processo penal”
“Personal freedom and precautionary measures in criminal proceedings”
- 1559 Editoriale del Dossier “Libertà personale dell’imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale” – La libertà personale dell’imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana
Editorial of the dossier “Personal freedom and precautionary measures in criminal proceedings” – The personal freedom of the accused between principles and practices pending an organic reform of Italian criminal justice
Livia Giuliani
- 1597 Preventive arrest in criminal procedure and police law in light of Article 5 of the ECHR
Prisão preventiva no processo penal e no direito policial diante do artigo 5 da CEDH
Arkadiusz Lach
- 1631 Prisão preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro
Preventive detention and standards of proof: proposals for the Brazilian criminal procedure
Caio Badaró Massena
- 1669 Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 C.P.P.
Pre-trial detention and twin-track strategy: the troubled regulation of the automatisms established by art. 275 para 3 C.C.P.
Elena Valentini
- 1713 A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe
Dangerousness in the decree of preventive detention for theft in Salvador: racial and class control
Bernardo Sodrê Carneiro Leão
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

- 1751 La necesidad de prever medidas cautelares *ad hoc* para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrim 2020
The need to provide ad hoc precautionary measures for cases of disability: a critical analysis of the Preliminary Draft of LECrim 2020
Pilar Martín-Ríos
- 1783 La vittima nel procedimento *de libertate*: i precari equilibri di un nuovo protagonismo ancora troppo poco meditato
The crime victim in bail proceedings: the uncertain balance of a new but still unmeditated protagonism
Lina Caraceni
- 1825 Il diritto di difesa della vittima nel procedimento di revoca o sostituzione delle misure cautelari personali durante la fase delle indagini preliminari
The Right of Defense of the Victim in the Proceedings of Revocation or Substitution of Precautionary Measures during Preliminary Investigations
Filippo Marchetti
- 1859 Forecasting the future while investigating the past. The use of computational models in pre-trial detention decisions
Prevedere il futuro indagando il passato. L'uso di modelli computazionali nelle decisioni cautelari
Serena Quattrocolo
- 1897 Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional
Artificial intelligence and precautionary guardianship. Special reference to pre-trial detention
Ana María Neira Pena
- 1935 Le impugnazioni cautelari nel recente “attivismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione
Appeals against precautionary measures in the recent “activism” of the Joint Chambers of the Court of Cassation
Marta Bargis

1977 Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of Criminal Procedure

- 1979 Suspect's access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights

Direito do imputado à defesa técnica nas etapas iniciais da persecução penal na perspectiva da Corte Europeia de Direitos Humanos

Andrzej Sakowicz

- 2015 Mapping out the path ahead for corporate criminal procedure law in People's Republic of China

Traçando o caminho do futuro para o Direito processual penal da pessoa colectiva na República Popular da China

Hugo Luz dos Santos

- 2061 La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades

Efficiency in the Spanish penal system: with special reference to the plea bargaining model

Claudio González Guarda

2103 Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

- 2105 O procedimento penal por fatos de criminalidade organizada: do maxi-processo ao «grande processo»

The criminal proceeding for facts of organized crime: from the maxi-processo to the «big process»

Renzo Orlandi

- 2127 Reformalización en la mira de la congruencia

Reformalization under the consistency principle

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa

- 2155 La Directiva "Whistleblowing": Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español

The Whistleblowing Directive: Key aspects of its transposition into Spanish law

José Caro Catalán

2201 Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

- 2203 Perspectivas quanto à lavagem de provas na colaboração premiada: proposta para controle de abuso processual

Perspectives on evidence laundering in awarded collaboration agreements: a proposal on controlling prosecutorial malfeasance

Guilherme Brenner Lucchesi

Lucas Gandolfi Vida

- 2245 “Nas águas turvas do penal”: os fatos e a prova nos processos de responsabilização em casos de letalidade policial

“In the cloudy waters of the criminal law”: the facts and the evidence in the prosecution in cases of police lethality

Poliana da Silva Ferreira

2283 Execução Penal

Criminal Execution

- 2285 La mediazione in fase esecutiva nel sistema italiano: il quadro normativo e le dinamiche applicative

The victim-offender mediation in the post-sentencing stage within the Italian system: an overview on legal framework and case law

Daniele Vicoli

- 2311 Falta grave e sua interferência na rotatividade dos presídios do Estado de São Paulo: uma análise a partir das decisões do DEECRIM – 2ªRAJ

Gross negligence and its interference with the state of São Paulo prisons turnovers: an analysis stemmed from DEECRIM – 2ªRAJ sentences

Bruno Barros Mendes

Dossiê:
**“Liberdade pessoal do imputado
e medidas cautelares restritivas à
liberdade individual no processo penal”**

*“Personal freedom and precautionary
measures in criminal proceedings”*


Editoriale del Dossier “Libertà personale dell’imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale” – La libertà personale dell’imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana

Editorial of the dossier “Personal freedom and precautionary measures in criminal proceedings” – The personal freedom of the accused between principles and practices pending an organic reform of Italian criminal justice

Livia Giuliani¹

Università degli Studi di Pavia, Italia

livia.giuliani@unipv.it

 <https://orcid.org/0000-0002-7802-8527>

ABSTRACT: Il saggio offre una sintesi del decorso evolutivo della disciplina delle misure cautelari personali alla luce dei diritti sanciti nella Carta costituzionale italiana e nelle Carte sovranazionali, ponendo in luce come il perimetro normativo già da tempo segnato al riguardo – ed oggi inserito nel contesto di un sistema multilivello – non abbia impedito prassi applicative discusse e cicliche fluttuazioni legislative. Pregevole nel suo impianto originario, sebbene perfettibile, la disciplina delle misure cautelari personali resta una normativa di settore, delineando un sottosistema fortemente sensibile agli equilibri del processo penale che non può trovare autonoma pacificazione senza una contestuale revisione del sistema penale e processuale. La congiuntura politico-economica eccezionale determinata dall'emergenza sanitaria induce a sperare che la legge delega di riforma della giustizia in corso di approvazione lasci infine apparire l'araba fenice di una efficienza del processo penale

¹ Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Pavia.

sconosciuta – a memoria di uomo vivente – al nostro ordinamento.

PAROLE CHIAVE: Libertà personale; misure cautelari personali; diritto di difesa dell'imputato; efficienza della giustizia.

ABSTRACT: *The paper summarizes the evolutionary course of the discipline of personal precautionary measures in the light of the rights enshrined in the Italian Constitutional Charter and in the supranational charters, noting how the regulatory perimeter already marked for some time in this regard - and today inserted in the context of a multilevel system - did not prevent discussed application practices and cyclical legislative fluctuations. Valuable in its original structure, although always perfectible, the discipline of personal precautionary measures remains a sectoral legislation, outlining a subsystem highly sensitive to the balance of the criminal process that cannot find autonomous pacification without a contextual revision of the penal and procedural system. The exceptional political-economic situation caused by the health emergency gives hope that the delegated law for the reform of justice that is currently being approved will finally let the phoenix appear of an efficiency of the criminal process unknown - in the memory of a living man - to our legal system.*

KEYWORDS: *Personal freedom; precautionary measures; right of defense of the accused; efficiency of justice.*

SOMMARIO: Introduzione; 1. La disciplina della libertà personale dell'imputato tra Carta costituzionale e principi fondamentali nelle carte sovranazionali dei diritti; 2. Giusto processo e procedimenti *de libertate*; 3. Quale contraddittorio?; 4. Le impugnazioni cautelari come baricentro del diritto di difesa; 5. Fluttuazioni politico-legislative e interventi di riforma settoriali; 6. La discrezionalità del giudice tra politiche della paura, sollecitazioni pedagogiche e supporti tecnologici *de futuro*; 7. Tempi del processo e dinamiche cautelari in attesa della "grande riforma"; Conclusioni; Bibliografia.

INTRODUZIONE

È un dato ben noto che nessuna tra le Carte fondamentali dei singoli ordinamenti e tra le Carte internazionali dei diritti umani trascura di considerare che la libertà personale dell'individuo, pur sancita come

diritto inviolabile, possa nondimeno essere limitata per scopi di giustizia². Si comprende pertanto come la restrizione della libertà dell'imputato nel corso del processo finisca per essere uno strumento indefettibilmente presente e largamente utilizzato all'interno di ciascun ordinamento: anche quella che prende le forme della misura custodiale, di regola considerata la misura maggiormente incidente sui diritti individuali. E tuttavia, è affermazione ricorrente, nella consapevolezza della "immoralità" del sacrificio dei diritti di un presunto innocente³, che le restrizioni della libertà personale per scopi cautelari dovrebbero essere rimedi estremi, limitati a non altrimenti affrontabili ragioni di tutela dell'accertamento, nel contesto di un rigoroso principio di proporzionalità⁴.

Alla luce di queste premesse, i principali ordinamenti democratici, ormai saldamente avvinti nei circuiti di garanzie sanciti dalle principali Carte internazionali dei diritti, nel corso dei decenni successivi alla fine della seconda guerra mondiale, hanno in larga parte adeguato le legislazioni interne e realizzato una tavola di regole volte ad attuare un nucleo significativo di garanzie, a presidio della libertà dell'imputato.

Ciò non ha impedito che, pur di fronte a legislazioni progredite e nettamente inclinate verso la tutela delle garanzie individuali – e da tempo sorvegliate dalle istituzioni degli ordinamenti sovranazionali – si siano ciclicamente riproposte con vigore censure rispetto ad usi eccessivi ed arbitrari della custodia cautelare in carcere, strumento supremo di afflizione della libertà dell'imputato, sovente aggravato dalle condizioni di sovraffollamento del sistema penitenziario.

² Sui rapporti tra presunzione di non colpevolezza e restrizione della libertà dell'imputato, v. GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 36 s.

³ Secondo la nota espressione di CARRARA, Francesco. *Immoralità del carcere preventivo*. In: *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, p. 299 s., [ora In: CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale* (a cura di NOBILI, Massimo). Bologna: Il Mulino, 2004, p. 401 s.].

⁴ Sui rapporti tra principio di proporzionalità e misure cautelari personali, v. TABASCO, Giuseppe. *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 27 s.; nonché più di recente le considerazioni di NEGRI, Daniele. *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2020, p. 3 s.

1. LA DISCIPLINA DELLA LIBERTÀ PERSONALE DELL'IMPUTATO TRA CARTA COSTITUZIONALE E PRINCIPI FONDAMENTALI NELLE CARTE SOVRANAZIONALI DEI DIRITTI

Così è accaduto nell'ordinamento italiano, dove le progressive (non sempre univoche) iniziative di riforma, intervenute nei decenni successivi alla approvazione della carta costituzionale, sono culminate, nell'ambito della codificazione repubblicana, in un assetto completamente rinnovato dei rapporti tra libertà dell'imputato e potere cautelare. Una disciplina organica racchiusa in un apposito libro del codice sembrava mostrare, fin dalla inedita collocazione sistematica, l'importanza di una tematica che – da sempre nevralgica in ogni disciplina processuale – diveniva centrale nell'ambito di un modello nel quale la tutela dei diritti dei singoli veniva indicata quale obiettivo primario.

Nel contesto originario del nostro ordinamento processuale, l'attuazione del principio di legalità sancito dall'art. 13 della Costituzione è stata realizzata alla luce degli standard minimi di garanzia imposti dalle Carte sovranazionali⁵, cui la nostra dottrina processuale aveva da tempo riservato sensibile attenzione⁶.

La determinazione dei “casi e modi” previsti dalla legge, già imposta dall'art. 13 comma 2 Cost., è stata condotta attraverso una regolamentazione degli strumenti restrittivi della libertà in prospettiva strettamente cautelare, idonea a colmare il “vuoto dei fini” che la nostra legislazione aveva costretto gli interpreti a registrare per lungo tempo. Fissati gli scopi delle cautele, vengono meno quelle regole di carattere presuntivo che caratterizzavano la previgente disciplina per lasciar posto ad una valutazione delle necessità del caso concreto, da soddisfare ledendo nella minor misura possibile i diritti dell'imputato: adeguatezza, gradualità e proporzionalità della misura da applicarsi sono i principi che esprimono tale esigenza. In questo

⁵ Per una prima lettura della nuova disciplina condotta alla luce dei principi sovranazionali, CHIAVARIO, Mario. voce *Libertà*, III) Libertà personale - Dir. proc. pen. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, p. 1 s.

⁶ Per tutti, CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, vol. II, 3^a ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 299 s.; GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 24 s.

contesto – mostrando marcata sensibilità verso i diritti individuali – una peculiare attenzione è stata serbata a ragioni di tipo umanitario: le istanze del processo cedono rispetto all'interesse del minore e al diritto alla salute. Solo eccezionali esigenze cautelari giustificano la custodia rispetto al genitore di un minore di età non superiore ai (tre anni prima ed ora) sei anni o ad una persona in età avanzata o colpita da gravi patologie.

È al giudice che viene riservata ogni decisione volta a sacrificare la libertà, eccezion fatta per il vincolo provvisorissimo delle misure precautelari, ove l'intervento giurisdizionale viene assicurato dalla convalida successiva. Veicolato in un sistema di carattere accusatorio, il procedimento cautelare si articola in una struttura triadica: la richiesta dell'inquirente è rivolta ad un soggetto terzo e imparziale, garante del principio di legalità.

I diritti dell'imputato – sempre incastonati nella tradizionale fattispecie dell'atto a sorpresa – riflettono il catalogo dettato nell'art. 5 C.e.d.u. Fermo restando, infatti, che il provvedimento restrittivo della libertà personale viene emesso *inaudita altera parte*, il legislatore del 1988 ha assicurato il diritto di difesa nel procedimento cautelare tramite la previsione di una serie di garanzie miranti ad informare l'imputato dei motivi che fondano la misura e a consentire al medesimo di esporre le proprie ragioni davanti ad un giudice in un momento quasi immediatamente successivo all'esecuzione del provvedimento.

In particolare, con la consegna *brevi manu* all'imputato, contestualmente alla sua cattura (ovvero con la notificazione nei casi previsti dal comma 2 dell'art. 293 c.p.p.), dell'ordinanza cautelare (che ex art. 292 c.p.p. deve essere assistita a pena di nullità da una articolata motivazione), si è voluto garantire una immediata informazione al diretto interessato dei motivi della restrizione della sua libertà, in coerenza con l'art. 5 § 2 C.e.d.u., là dove si prescrive che la persona arrestata debba essere informata delle ragioni dell'arresto e di ogni accusa a suo carico «*promptly*» ovvero «*dans le plus court délai*»⁷. Inoltre, con il c.d. interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p. si è istituito un momento di controllo giurisdizionale indefettibile

⁷ Al riguardo cfr. PISANI, Mario. Commento all'art. 5 C.e.d.u. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (a cura di). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 131.

e pressoché immediato sul provvedimento restrittivo⁸ (restando salvi i successivi controlli in sede di impugnazione, nonché il potere di revoca sollecitabile dalle parti in ogni tempo, oltretutto esercitabile d'ufficio nelle ipotesi espressamente previste), in aderenza, tra l'altro, con le prescrizioni derivanti dall'art. 5 § 3 C.e.d.u., là dove questa disposizione impone che ogni persona arrestata o detenuta debba essere tradotta «*promptly*» ovvero «*aussitôt*» dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie.

Ed ancora, il diritto al ricorso previsto sulla scorta dell'art. 5 § 4 C.e.d.u., si sgrana nel codice di procedura penale del 1988 in una molteplicità di strumenti di impugnazione che consentono all'imputato (ma pure al pubblico ministero che non sia soddisfatto del provvedimento del giudice), di contestare legittimità e merito dello stesso provvedimento. Per l'imputato, il diritto di difesa si esplicita altresì nella possibilità di richiedere al giudice procedente la revoca o la sostituzione della misura tutte le volte in cui ritenga che, anche per fatti nuovi, la misura sia inadeguata.

Quale estremo lembo del diritto di difesa, successivo alla lesione del diritto che l'ordinamento non abbia saputo evitare, a colui che – condannato o prosciolto – abbia subito una detenzione cautelare “ingiusta”, sulla scorta della previsione di cui all'art. 5 § 5 C.e.d.u., il legislatore ha riconosciuto infine una somma pecuniaria a titolo di riparazione⁹.

2. GIUSTO PROCESSO E PROCEDIMENTI *DE LIBERTATE*

L'assetto così conquistato, riflettente la scaletta di presidi dettata in chiave minima dalle carte dei diritti rappresentava ben più di un catalogo di “buone intenzioni”, delineando – per opinione diffusa – un sistema di straordinaria raffinatezza e di cospicui punti fermi¹⁰. Nondimeno

⁸ Una tempestività che il legislatore ha voluto sanzionare con la perdita di efficacia della misura nel caso di mancato svolgimento dell'interrogatorio nei tempi previsti, ex art. 302 c.p.p.: sul punto si rinvia a GIULIANI, Livia, voce Interrogatorio di garanzia. In: *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano: Giuffrè, 2010, p. 780 s.

⁹ Sul punto, v. COPPETTA, Maria Grazia. *La riparazione per ingiusta detenzione*. Padova: Cedam, 1993, p. 127 s.

¹⁰ In argomento, sulle opzioni legislative del legislatore del 1988, v. GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova:

pur pregevole per la sua «ammirevole architettura» e per «lo spessore concettuale dei principi recepiti»¹¹, la normativa italiana segnava un equilibrio precario, rivelandosi ben presto manifestamente carente sotto il profilo della parità delle armi e necessitando di una sostanziale implementazione del diritto di difesa. Punto debole – nella nuova concezione della fase preliminare – proprio quel giudice che nel corso delle indagini avrebbe dovuto garantire, tra l’altro, i diritti di libertà, intorno al quale pubblico ministero e persona sottoposta alle indagini agivano essendo dotati di strumenti fortemente sperequati.

Ciò fu ben presto evidente, complice un turbolento periodo di conflitto tra politica e magistratura, sfociato in un intervento legislativo di riforma a largo raggio del sistema cautelare. Alla legge 8 agosto 1995, n. 332 – intervenuta nel *clou* delle polemiche sviluppatasi intorno ad una cronaca giudiziaria costellata da suicidi di detenuti più o meno eccellenti – si devono una serie copiosa di interpolazioni della disciplina codicistica: prevalentemente incentrate sul libro concernente le misure cautelari, esse si inarcavano dalle condizioni di applicabilità, alle cadenze del procedimento applicativo della misura cautelare, fino alla revisione dei meccanismi di impugnazione.

D’altro canto, intorno all’assetto primigenio cristallizzato in un codice di ispirazione accusatoria sarebbero sopravvenute rilevanti mutazioni di contesto. Non più relegate a principi ispiratori del sistema, le garanzie del giusto processo europeo sarebbero state dapprima riscritte – con impostazione parzialmente originale – nel nostro quadro costituzionale, per poi acquisire ben diversa consistenza nell’ambito del sistema delle fonti interno al nostro ordinamento, grazie alla giurisprudenza costituzionale dei primi anni del terzo millennio. Le prospettive del giusto processo *italian style* hanno così cominciato a convivere, arricchendosi, con i principi della “grande Europa”, incessantemente interpretati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo; mentre di lì a poco epocali cambiamenti nella

Cedam, 2012, p. 3 s.

¹¹ Così ancora di recente, sul punto, AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione minima. In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Giuffrè: Milano, 2014, p. 20.

“piccola Europa” avrebbero attratto il legislatore italiano nell’orbita di una legiferazione coatta sotto l’egida della armonizzazione delle legislazioni legate dal vincolo unitario.

L’esplicitazione a livello costituzionale nell’ordinamento italiano dei principi del giusto processo attraverso la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha richiamato l’attenzione sui nessi tra il coagulo di garanzie di importazione europea e le restrizioni della libertà, rinnovando la domanda di quanti – ancora ragionando sull’*an* della restrizione – evidenziavano come la stessa caratterizzazione accusatoria del processo italiano dovesse condurre a ritenere la custodia cautelare non solo come non necessaria ma anche come «dannosa all’accertamento della verità per il tramite del contraddittorio»¹².

Ma soprattutto la riscrittura *per tabulas* di principi, pur già espressione della tutela giurisdizionale sancita nell’art. 24 comma 2 Cost., aveva fornito un ulteriore impulso ad un *iter* di progressivo affinamento delle garanzie, che già era stato incentivato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e poi sarebbe stato successivamente spinto dalla legislazione eurounitaria.

Alla Corte europea si deve il riconoscimento – dopo antiche incertezze¹³ – della pertinenza alla sfera cautelare delle garanzie dettate per l’accusato dall’art. 6 C.e.d.u.¹⁴: un approccio *soft* ordito sulla consapevolezza di un necessario bilanciamento tra esigenze di celerità¹⁵ e garanzie di *fair*

¹² In tal senso, FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione, Teoria del garantismo* penale. Bari: Laterza, 1989, p. 569 s., il quale, nel riallacciare la tematica della libertà dell’imputato ai caratteri di un processo accusatorio afferma: «l’imputato deve comparire *libero* davanti ai suoi giudici, non solo perché ne sia assicurata la dignità di cittadino presunto innocente, ma anche – e direi soprattutto – per necessità processuali: perché egli sia su un piede di parità con l’accusa, perché dopo l’interrogatorio e prima dell’udienza definitiva possa organizzare efficacemente le sue difese; perché l’accusa non sia in condizione di barare al gioco, costruendo accuse ed inquinando prove alle sue spalle».

¹³ Corte eur., sentenza 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria, § 24 (la si può leggere nella traduzione italiana in DE SALVIA, Mario; ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, I, Milano: Giuffrè, 2006, p. 116).

¹⁴ Sottolineano il rapporto tra gli artt. 5 e 6 C.e.d.u., Corte eur., 30 marzo 1989, Lamy c. Belgio, § 29; Corte eur., sentenza 31 gennaio 2002, Lanz c. Austria, § 41.

¹⁵ Corte eur., sentenza 21 febbraio 1990, Ven der Leer c. Olanda, § 35, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, p. 348, sottolinea come l’art. 5 § 4 consacra il diritto ad una decisione che ponga fine alla detenzione se illegittima in breve tempo;

*trial*¹⁶. Secondo tale approccio, tempi e modi del diritto di difesa, variamente modulabili, devono essere improntati al principio di parità delle parti¹⁷: ne sono immediati corollari l'attribuzione delle precondizioni per l'effettività della difesa (quali la piena cognizione del compendio probatorio, non scevra da eventuali deroghe a tutela del segreto investigativo¹⁸, e adeguati tempi per la difesa) e il diritto di interloquire dinanzi al giudice, quando la medesima possibilità sia riconosciuta al pubblico ministero, previa conoscenza delle conclusioni avanzate da quest'ultimo¹⁹.

Sulle coordinate così tracciate fin dai primi anni '90 dello scorso secolo e alla luce del *basket of rights* come importato, alla fine del medesimo decennio, nell'art. 111 comma 3 Cost., possono incastonarsi molti dei provvedimenti riformatori della disciplina codicistica.

Tra i primi e i più significativi, quelli volti a garantire – dando risposta alla esigenza di rivedere i rapporti di forza instaurati al riguardo – le precondizioni per il diritto di difesa. È alla già citata legge n. 332 del 1995 che si deve – nel contesto di una molteplicità di interventi non tutti

ma Corte eur., sentenza 21 ottobre 1986, Sanchez Reisse c. Svizzera, § 55, precisa che la nozione di breve termine – così come la nozione di termine ragionevole di cui agli artt. 5 § 3 e 6 § 1 – non può essere definita in astratto ma sia da valutarsi alla luce delle circostanze di ciascun caso.

¹⁶ Corte eur., sentenza 13 febbraio 2001, Schops c. Germania, § 44; sentenza 31 gennaio 2002, Lanz c. Austria, § 41.

¹⁷ Corte eur., sentenza 13 luglio 1995, Kampanis c. Grecia, § 47.

¹⁸ Così, in relazione a reati di terrorismo, Corte eur., sentenza 15 novembre 1996, Chahal, c. Gran Bretagna § 131, la Corte ha riconosciuto che l'uso di informazioni riservate può rivelarsi indispensabile quando è in gioco la sicurezza nazionale; occorrendo, in questi casi, conciliare, da un lato, la preoccupazione legittima della sicurezza in ordine alla natura e alle fonti di informazione e, dall'altro, la necessità di concedere quanto basta a colui che è sottoposto alla giustizia il beneficio delle norme processuali.

¹⁹ Corte eur., sentenza 19 ottobre 2000, Wloch c. Polonia, § 129-131; sentenza 31 luglio 2003, Hristov c. Bulgaria, § 63. Sul punto cfr. UBERTIS, Giulio. *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*. Cassazione penale, Milano, 2010, p. 2508 anche per talune notazioni sul contrasto con i principi europei dell'art. 299 comma 3 bis c.p.p., là dove «senza prevedere informazioni alla controparte», riconosce «al pubblico ministero la possibilità di interloquire, rispettivamente sulla revoca o sostituzione di misure cautelari».

significativi²⁰ – il diritto del difensore di prendere cognizione, in un momento immediatamente successivo alla esecuzione del provvedimento, non solo – come in precedenza – dell’ordinanza applicativa emessa dal giudice ma anche della richiesta del pubblico ministero nonché del compendio probatorio a supporto della stessa. Veniva così imposta una anticipazione della *discovery* degli atti di indagine – limitatamente a quelli selezionati dal pubblico ministero in funzione della decisione *de libertate* – prima rinviata alla fase della impugnazione, con il proposito e l’effetto di rendere funzionale la conoscenza così acquisita ad una immediata realizzazione del contraddittorio sulla cautela. Ci sarebbe peraltro voluto un decennio perché la giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione desse corpo alla garanzia affermando il carattere necessariamente prodromico della conoscenza degli atti rispetto all’interrogatorio di garanzia: ne risultò ribadito che «l’omesso deposito dell’ordinanza applicativa di una misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti allegati, compromette ingiustificatamente il debito esplicarsi del diritto di difesa e pertanto determina la nullità dell’interrogatorio dell’indagato o dell’imputato ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. c, 180 e 182 c.p.p.»²¹, con la conseguente perdita di efficacia della misura.

Un contestuale intervento, volto ad assicurare un maggiore equilibrio tra le parti di fronte ad un giudice privo di poteri istruttori, si tradusse in un onere di allegazione del pubblico ministero (tenuto a farsi carico della necessità di informare il giudice chiamato ad applicare la misura degli elementi a favore dell’imputato) e in un’embrionale regolamentazione delle investigazioni del difensore che, solo dopo ancora un lustro, avrebbe trovato più articolata definizione nell’ambito della normativa codicistica, a seguito della l. 7 dicembre 2000, n. 397.

²⁰ Cfr. per tutti GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed efficienza del processo. In: GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano: Giuffrè, p 3 s.

²¹ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale. *Cassazione penale*, Milano, p. 3260 s., 2005, con nota di GIULIANI, Livia. *Nullità dell’interrogatorio “di garanzia” per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare. Cassazione penale*, Milano, 2005, p. 3265 s.

Sarebbero passati ancora circa due decenni, inoltre, perché il legislatore operasse per il recupero di un altro caposaldo del diritto di difesa, finendo per ridurre drasticamente la disciplina delle deroghe al diritto ad un immediato colloquio del detenuto con il proprio difensore, di cui all'art. 104 c.p.p. Subito segnalato come indefettibile conseguenza delle garanzie del riformato art. 111 comma 3 Cost.²², l'intervento per la riaffermazione del diritto alla difesa tecnica avrebbe atteso ancora quasi un ventennio. Solo con la l. 23 giugno 2017, n. 103 il legislatore avrebbe inciso sulle disposizioni derogatorie di cui all'art. 104 c.p.p., riconducendo una normativa da tempo discussa e discutibile²³ ad un ambito applicativo più ortodosso, sulla scorta di indicazioni da tempo individuate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ad una stagione non troppo lontana risalgono pure ulteriori messe a punto del diritto di difesa; il legislatore – questa volta su input europolitani – ha garantito il diritto alla informazione sui diritti e il diritto all'interprete. Più esattamente, in attuazione della direttiva 2012/13/UE, il d. legisl. 1° luglio 2014, n. 101 ha, tra l'altro, modificato il testo dell'art. 293 stabilendo che l'autorità incaricata dell'esecuzione debba consegnare all'imputato una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa e, per la persona che non conosce la lingua italiana, tradotta in una lingua a lei comprensibile, con cui lo informa di una variegata serie di *chances* a lui riservate dalla normativa processuale. Ancora in attuazione di una direttiva europea, i diritti linguistici, già in qualche misura garantiti dalla

²² A proposito del diritto, riconosciuto all'imputato dall'art. 111 comma 3 Cost., di disporre «del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa» si era subito posto in luce come il disposto dell'art. 111 comma 3 paresse «costituzionalizzare il diritto della persona accusata *in vinculis* ad avere un immediato contatto con il proprio difensore, così come stabilito nell'art. 104 c.p.p.»: v. MARZADURI, Enrico. Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. *Legislazione penale*, Torino, 2000, p. 782.

²³ Rilievi critici avevano investito la disciplina in esame anche a seguito di una prima rivisitazione normativa, risalente alla l. 332 del 1995 apparsa tutt'altro che risolutiva poiché nel diminuire i tempi della dilazione non si era escluso «né la possibilità che l'indagato possa essere sottoposto a interrogatorio da parte del giudice o del pubblico ministero prima di aver potuto conferire con il suo difensore né l'astratto pericolo di differimenti disposti ricorrendo a clausole di stile»: cfr. D'AMBROSIO, Loris. La riforma dell'8 agosto 1995. *Diritto penale e processo*, Milano, 1995, p. 1163.

disciplina codicistica e dalla giurisprudenza, sono stati pure ridefiniti, dopo il formale riconoscimento del diritto all'interprete tra i principi costituzionali²⁴. Nel riformulare il testo dell'art. 143 c.p.p., accanto ad un ampio riconoscimento all'imputato che non conosce la lingua italiana del diritto a farsi assistere da un interprete, il d. legisl. 4 marzo 2014, n. 32, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2010/64/UE, ha regolato il diritto alla traduzione di un nucleo di atti tra i quali i «provvedimenti che dispongono misure cautelari personali».

È ancora *in itinere*, invece, il decreto legislativo con il quale viene tardivamente data attuazione alla direttiva in tema di presunzione di innocenza, che disciplina con alcuni ritocchi codicistici, tra l'altro il diritto dell'imputato destinatario di un provvedimento diverso «da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato» a non apparire colpevole: attraverso un nuovo art. 115 *bis* comma 2 c.p.p., si vorrebbe stabilire al riguardo che nei provvedimenti che «presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza» – tra i quali è facile individuare il riferimento ai provvedimenti *de libertate* – l'autorità giudiziaria debba limitare «i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento»²⁵.

²⁴ Attraverso il d. legisl. 4 marzo 2014, n. 32, è stata data attuazione alla direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BARGIS, Marta. *L'assistenza linguistica per l'imputato*. in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Torino: Giappichelli, 2013, p. 91 s.). Tale direttiva obbliga gli Stati membri ad adottare misure idonee a tutelare il diritto dell'imputato all'olotto, individuando, tra l'altro, un nucleo di atti fondamentali – tra i quali i provvedimenti che privano una persona della libertà – rispetto ai quali tale diritto deve necessariamente concretarsi in un livello di assistenza adeguata e gratuita, dovendosi estendere non solo agli atti provenienti dalla a.g. ma anche alle comunicazioni tra l'imputato e il suo difensore (profilo di garanzia quest'ultimo recepito dalla legge di attuazione, nel nuovo co. 4 *bis* dell'art. 104 c.p.p., che riconosce all'imputato in stato di custodia cautelare, all'arrestato e al fermato, che non conoscono la lingua italiana, il diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore).

²⁵ Cfr. lo Schema di decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza

3. QUALE CONTRADDITTORIO?

Tra i temi ineludibili posti all'attenzione di studiosi e operatori dalla implementazione delle garanzie del giusto processo, di matrice europea prima e nostrana poi, si stagliava netto quello delle forme di confronto tra accusato detenuto e autorità inquirente. Il nuovo testo del comma 2 dell'art. 111 Cost., nel delineare le coordinate essenziali del processo giusto, aveva iscritto *per tabulas* la garanzia di un contraddittorio "argomentativo", apparentemente senza temperamenti: il tenore normativo - «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti...» - sembrava evocare un confronto dialettico indefettibile rispetto ad ogni provvedimento da adottarsi.

Di fronte al nuovo testo potevano, dunque, ancora dirsi legittimi quei procedimenti strutturati nel senso di metter capo ad una decisione senza un previo ascolto delle parti? Poteva dirsi ancora compatibile con il testo costituzionale un contraddittorio asincrono, postulante un intervento postumo della risposta difensiva? La risposta positiva fornita, in linea generale, dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁶, non ha impedito di ragionare su quale forma di confronto potesse garantire al destinatario della misura strumenti di difesa più soddisfacenti rispetto al modello tradizionale di procedimento cautelare. Ne risultò rinfocolato, in particolare, un discorso già da tempo intavolato tra gli addetti ai lavori circa la appetibilità di un sistema fondato sul contraddittorio "anticipato", sulla falsariga del *débat contradictoire* nell'ordinamento francese.

Nondimeno, la vivace attenzione dottrinale per il tema non si è tradotta in innovazioni normative: forse perché – questa sembra convinzione se non diffusa, acclarata dalla stasi legislativa in materia – una attenta analisi ne aveva posto in luce i punti deboli: la necessità di una precautela che non avrebbe risparmiato il contatto con il sistema detentivo all'imputato, i tempi ristrettissimi in cui sarebbe stata compressa la difesa, la delicatezza dei rapporti che si sarebbero instaurati – non potendosi ignorare,

e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, (n. 285), il cui *iter* dovrebbe concludersi entro l'8 novembre 2021, termine di scadenza per l'esercizio della delega.

²⁶ Cfr. MARZADURI, Enrico. Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. *Legislazione penale*, Torino, 2000, p. 767 s.

sul piano della concreta attuabilità, la ristrettezza delle risorse – tra un nuovo procedimento applicativo garantito e il diritto all’impugnazione²⁷.

D’altro canto, anche in sede europea la configurazione del diritto di difesa non imponeva – né impone – soluzioni a rime obbligate: al contrario la Corte europea sembra forgiare un modello dotato di garanzie indefettibili ma ad articolazione flessibile. Il profilo che risalta dalla lettura combinata delle disposizioni della C.e.d.u. e delle decisioni che sulle stesse disposizioni si impernano è quello di una tutela assicurata attraverso procedure di “controllo” *ex post* sulla detenzione, essendo evocato chiaramente uno scenario che colloca quella udienza (ritenuta garanzia minimale ed indefettibile) in un momento successivo alla privazione della libertà²⁸. Da questo punto di vista, la tutela ruotante intorno al diritto al ricorso riconosciuto nel § 4 dell’art. 5 C.e.d.u., se non sembra pretendere garanzie anticipate rispetto all’adozione del provvedimento, non sembra neanche imporre che sia accordato all’imputato un diritto di doglianza qualora l’intervento di un giudice risulti garantito nel momento applicativo della misura²⁹; né qualora il soggetto sia stato tradotto davanti ad una autorità giurisdizionale ai sensi del § 3 ed il relativo controllo sia

²⁷ Anche per una sintesi del dibattito dottrinale italiano e dei progetti di riforma, in tema di contraddittorio anticipato, si rinvia a GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova, Cedam, 2012, p. 215 s.

²⁸ In sostanza, pur in un contesto di garanzie nettamente orientato ad assicurare l’effettività della tutela difensiva, nelle decisioni della giurisprudenza di Strasburgo non si riesce ad intravedere nessuno spunto che faccia ritenere la garanzia del contraddittorio preventivo rispetto alla decisione come una necessaria componente del bagaglio di garanzie indefettibili, assicurate dalla tutela sovranazionale. E un analogo silenzio, per verità, sembra serbato dalle altre istituzioni del Consiglio d’Europa: v. più ampiamente in GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova: Cedam, 2012, p. 194 s.

²⁹ Sul punto v. PISANI, Mario. Commento all’art. 5 C.e.d.u. In: BARTOLE Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (*a cura di*). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 141, nonché MAZZA, Oliviero. La libertà personale nella Costituzione europea. In: COPPETTA, Maria Grazia (*a cura di*). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 68; UBERTIS, Giulio. Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo, 2 ed., Milano: Cortina, 2009, p. 119 s.; nonché da ultimo, MAGGIO, Paola. *Judicial reviews against deprivation of liberty*, in RUGGERI, Stefano. *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures*, Vandenhoeck and Ruprecht, 2012, p. 33 s.

sfociato in una decisione di conferma o applicazione della limitazione della libertà³⁰ (salvi gli ulteriori controlli periodici sulla protrazione della misura, imposti dall'art. 5 § 3 C.e.d.u.).

Ciò che viene più volte ribadito è il principio secondo il quale – comunque modulato il procedimento di controllo – talune garanzie non debbano difettare, essendo necessario che esse siano parimenti riconosciute nei gradi di impugnazione eventualmente previsti dall'ordinamento. A tal riguardo, muovendo dalla premessa che i principi dell'art. 6 C.e.d.u. devono trovare applicazione pure nelle fasi anteriori al dibattimento – la Corte ha più volte affermato che gli ordinamenti nazionali possono rispettare quei principi in diversi modi, purché il metodo adottato garantisca che la parte avversa sia a conoscenza del deposito di memorie e abbia una effettiva possibilità di replicare³¹. Emerge di rado, poi, cosa debba intendersi per “effettiva possibilità di replicare” e che tipo di garanzie debbano essere reputate indefettibili sotto il profilo del diritto alla prova. In una occasione, tuttavia, la Corte sembra spingersi fino a riconoscere il diritto ad una istruzione probatoria orale, con escussione dei testimoni nella udienza: in una circostanza «nella quale può essere in gioco un lungo periodo di reclusione e dove elementi inerenti alla personalità ed al grado di maturità del detenuto sono importanti per decidere sulla sua pericolosità, l'art. 5 § 4 richiede un'udienza contraddittoria nell'ambito di un procedimento che comporta la rappresentanza di un difensore e la possibilità di citare e interrogare testimoni»³².

Quanto alle garanzie di contesto che devono connotare quella possibilità di confronto assunta come nucleo indefettibile, più in generale, facendo leva sulla nozione di “tribunale” di cui all'art. 5 § 4, la Corte ha in più

³⁰ Sui rapporti tra le due garanzie v. Corte eur., sentenza 22 maggio 1984, De Jong, Baljet, Van den Brink c. Paesi Bassi, § 57. Quanto meno, «la lettura coordinata dei n. 3 e 4 dell'art. 5 Ce.d.u., quale è data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra pretendere che il “tribunale” cui il detenuto ha diritto di rivolgersi per far verificare la legalità della sua detenzione sia un soggetto diverso dal “giudice” di quella prima presa di contatto»: così CHIAVARIO, Mario. *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*. In DELMAS-MARTY, Mireille. *Procedure penali d'Europa*, Padova: Cedam, 2ª ed. it., 2001, p. 551.

³¹ Cfr. in particolare Corte eur., sentenza 1° giugno 2006, Fodale c. Italia, § 41 (sintetizzata in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1043 s.).

³² Corte eur., sentenza 21 febbraio 1996, Hussain c. Regno Unito, § 58.

occasioni affermato che il giudice investito del controllo sulla restrizione della libertà personale debba godere di talune fondamentali caratteristiche (al primo posto delle quali si pone l'indipendenza dall'esecutivo e dalle parti)³³, e che, inoltre, i relativi procedimenti debbano essere caratterizzati dalle garanzie di un procedimento giudiziario³⁴. Circa l'individuazione di tali garanzie, la Corte sottolinea come esse non debbano coincidere *in toto* con quelle che l'art. 6 § 1 prescrive per le controversie civili e penali³⁵. Ciò che deve essere senz'altro garantito è la possibilità dell'imputato di aver accesso ad un tribunale e di essere ascoltato personalmente³⁶ o, se necessario, mediante una certa forma di rappresentanza³⁷ e su basi di parità con l'organo di accusa.

In sintesi, la difesa dell'imputato deve essere assicurata tramite la convocazione di una udienza nel corso della quale si svolga il contraddittorio tra le parti³⁸, non necessariamente pubblica³⁹, svolgentesi davanti ad un giudice imparziale, indipendente e costituito per legge, cui l'imputato abbia diritto di partecipare⁴⁰, essendo assistito e rappresentato da un avvocato quando le peculiarità del caso richiedano l'intervento della difesa tecnica⁴¹. Sotto il profilo temporale, particolare attenzione

³³ Così, Corte eur., sentenza 18 giugno 1971, De Wilde, Ooms, e Versyp c. Belgio, § 76. Si deve trattare più precisamente di un giudice imparziale, indipendente (Corte eur., sentenza 5 novembre 1981, X c. Regno Unito, § 53), ma anche «costituito per legge»: cfr. Corte eur., sentenza 28 novembre 2002, Lavents c. Lituania, § 81.

³⁴ Corte eur., sentenza 26 maggio 1993, Brannigan e Mc Bride c. Regno unito, § 58, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, p. 492.

³⁵ Corte eur., sentenza 26 maggio 1993, Brannigan e Mc Bride c. Regno unito, § 58, cit.; al contrario si ritiene che, fatta salva la garanzia della celerità, le garanzie procedurali del procedimento di controllo sullo *status libertatis* siano più flessibili, di quelle desumibili dall'art. 6 Cedu: cfr. in tal senso Corte eur. 25 ottobre 2007, Lebedev c. Russia, § 84.

³⁶ Corte eur., sentenza 2 marzo 1987, Weeks c. Regno unito, § 66.

³⁷ Corte eur., sentenza 24 ottobre 1979, Winterwerp c. Paesi Bassi, § 60.

³⁸ Corte eur., sentenza 28 ottobre 1998, Assenov e altri c. Bulgaria, § 162; Grande camera, sentenza 25 marzo 1999, Nikolova c. Bulgaria, § 58.

³⁹ Corte eur., sentenza 15 novembre 2005, Reinprecht c. Austria, § 38-41.

⁴⁰ Corte eur., sentenza 3 aprile 2003, Klamecki c. Polonia, § 129 s.

⁴¹ Corte eur., sentenza 29 febbraio 1998, Bouamar c. Belgio, § 60.

è prestata al tema del breve spazio temporale⁴²: il controllo sul profilo detentivo deve corrispondere ai requisiti di celerità richiesti dall'art. 5, § 4 ma la celerità della procedura va valutata con approccio flessibile ed un apprezzamento globale.

4. LE IMPUGNAZIONI CAUTELARI COME BARICENTRO DEL DIRITTO DI DIFESA

Non eversivo, dunque, né dei principi ormai scolpiti al livello supremo delle fonti né delle linee tracciate dalla Corte europea, il nostro ordinamento ha continuato ad individuare nei meccanismi di impugnazione – dopo l'immediata garanzia dell'interrogatorio del giudice *ex art. 294 c.p.p.* – il baricentro del diritto di difesa. A seconda del tipo di misura applicata, il riesame o l'appello costituiscono la sede di un contraddittorio postumo dai tratti garantistici più o meno stringenti⁴³; il ricorso per cassazione – oltre che rimedio successivo – può essere il mezzo alternativo al riesame per contestare la legittimità di un provvedimento applicativo di una misura coercitiva.

Su questo strumentario articolato ma non sempre impeccabile di *chances* difensive si sono incentrate le principali azioni di riforma mosse dall'aspirazione ad un irrobustimento delle garanzie di tutela della libertà: a cominciare dalla celerità della procedura. Protagonista assoluto del campo e oggetto delle attenzioni legislative è sempre stato in particolare il riesame, strumento concepito come funzionale ad un controllo immediato sul provvedimento che dispone una misura coercitiva, mentre fin troppo in ombra sono rimasti i diritti dell'appellante, sulla scorta di una non del tutto centrata gerarchia della afflittività tra misure coercitive e interdittive.

Sulla premessa della più grave lesione dei diritti provocata dalle misure coercitive, il legislatore – intervenendo a più riprese, anche in opposizione ad una giurisprudenza riottosa – ha cadenzato il procedimento di riesame secondo scansioni rigorose con l'obiettivo di assicurare effettività alla garanzia di immediatezza della verifica sulla restrizione della libertà.

⁴² Corte eur., sentenza 4 décembre 2018, *Ilmseher c. Allemagne*, §§ 251-256.

⁴³ Per tutti SPAGNOLO, Paola. Il tribunale della libertà. Milano: Giuffrè, 2010, p. 57 s.

L'iter appena segnalato ha preso le mosse dalla già menzionata legge n. 332 del 1995⁴⁴, per trovare ulteriore definizione nel più recente intervento di segno garantistico operato dalla legge 16 aprile 2015, n. 47⁴⁵. Il procedimento di riesame si snoda ora in attività da svolgersi in termini brevi e di carattere perentorio: alla presentazione della domanda (pur essa cadenzata a pena di inammissibilità della impugnazione), seguono segmenti temporali rigidamente regolati: la trasmissione degli atti al tribunale chiamato a decidere, la decisione, il deposito della motivazione e, i tempi per l'eventuale giudizio di rinvio, sono ormai stabiliti a pena di perdita di efficacia della misura. A suggello della tutela garantita dalla rigida predeterminazione temporale del procedimento, il legislatore ha infine irrigidito le condizioni per la rinnovazione del provvedimento, quando la misura abbia perso efficacia a causa della mancata osservanza dei termini stabiliti per il procedimento.

Inoltre, così come era accaduto rispetto al termine per la impugnazione, dove la possibilità di un rinvio del colloquio tra difensore e assistito detenuto aveva suggerito la necessità di introdurre una regola come quella trasfusa nell'art. 309 comma 3 *bis* c.p.p., il legislatore ha mostrato di tener conto che l'interesse alla prontezza del giudizio di controllo confligge con l'interesse alla difesa, lasciando allo stesso imputato (e al suo difensore, visto il carattere tecnico dei presupposti dell'opzione) di calibrarne in concreto il bilanciamento: l'art. 309 comma 9 *bis*, attribuisce ora all'imputato il diritto di chiedere un rinvio della data di udienza, incidendo nel contempo sul termine stabilito per la decisione e per il deposito dell'ordinanza.

Alla legge n. 47 del 2015 si deve infine un riconoscimento del diritto alla partecipazione personale alla udienza di riesame (non di appello); da un canto, l'art. 309 comma 6 primo periodo c.p.p. stabilisce che «con la

⁴⁴ D'AMBROSIO, Loris; FIDELBO, Giorgio. L'incidenza del fattore «tempo» nella disciplina delle misure cautelari personali. In: GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*. Milano: Giuffrè, p. 169 s.

⁴⁵ Cfr. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211 s.; ed ora, anche per gli sviluppi interpretativi, v. il contributo di BARGIS, Marta. Le impugnazioni cautelari nel recente "attivismo" delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in questo *Dossier*, *infra*.

richiesta di riesame» l'imputato «può chiedere di comparire personalmente», dall'altro, il comma 8-bis secondo periodo del medesimo articolo dispone che l'imputato il quale «ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente». Risulta così espressamente sancito un principio che, fino agli ultimi tempi, era stato in balia di una ambigua riaffermazione da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, e che pur a seguito della cristallizzazione normativa non ha mancato di provocare incertezze e oscillazioni interpretative sulla sua effettiva portata⁴⁶.

5. FLUTTUAZIONI POLITICO-LEGISLATIVE E INTERVENTI DI RIFORMA SETTORIALI

Sebbene la progressiva messa a punto di molteplici profili della disciplina codicistica abbia fatto registrare la conquista al procedimento *de libertate* di tratti garantistici qualificanti, deve evidenziarsi come non si sia trattato di un *trend* né lineare né risolutivo.

Sotto il primo profilo, il legislatore non si è sottratto all'andamento pendolare in qualche misura fisiologico della materia del processo penale, perseguendo ora politiche di stampo securitario indotte da reali o supposte situazioni di emergenza, ora da politiche garantiste⁴⁷.

Cifra costante degli interventi di natura securitaria è stata la reintroduzione dei meccanismi presuntivi, la cui eliminazione aveva costituito il principale vessillo della codificazione riformata. Emblematica la vicenda dell'art. 275 comma 3 c.p.p.⁴⁸, disposizione che ha accolto –

⁴⁶ V. il contributo di BARGIS, Marta. Le impugnazioni cautelari nel recente “ativismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in questo *Dossier*, *infra*.

⁴⁷ NAPPI, Aniello. Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali. In AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 14, ne annoverava ben ventidue al termine del primo decennio del nuovo millennio; (pochi, egli osservava, se comparati alle diverse discipline) e a quelli hanno da aggiungersi quelli delle ultime stagioni di riforma di cui sta per dirsi.

⁴⁸ Per una sintesi del tema, di recente, v. DI CHIARA, Giuseppe. Politiche della sicurezza e libertà personale dell'accusato tra incubazione dell'insicurezza sociale e manovre reattive. *Diritto penale e processo*, Milano, 2019, p. 1586 s.; e da ultimo, v. ADORNO, Rossano. L'art. 275 c.p.p. a trent'anni dalla “grande riforma”. *Foro italiano*, V, 2020, p. 137 s.

insieme al principio che vi campeggiava *ab origine* predicando la custodia cautelare come *extrema ratio* – un elefantiaco elenco di deroghe che hanno significativamente contribuito ad eroderne le fondamenta. Da subito dimostratasi terreno appetibile per più o meno necessari interventi di contrasto alla grande criminalità, si è rivelata disciplina dalle sorti alterne ed è infine caduta sotto la scure della Corte costituzionale. E tuttavia una teoria di sentenze di illegittimità hanno solo edulcorato i contenuti della disposizione, legittimando la sopravvivenza di schemi presuntivi sia pur nella forma attenuata della presunzione relativa.

Il legislatore, a sua volta, pressato dai richiami provenienti dalla Corte europea alla riduzione del sovraffollamento carcerario, non ha saputo cogliere l'occasione per una reale revisione della materia, limitandosi a recepire le scelte compromissorie della Corte costituzionale, senza riuscire a rimediare alle anomalie ereditate dalle redazioni antecedenti della disposizione e men che meno a ritrovare quella purezza di forme, e quel rigore di scelte, proprie dell'impostazione originaria⁴⁹. Alla seconda novella garantista approvata nel 2015, è sopravvissuto il duplice regime derogatorio già insediato nell'art. 275 comma 3° c.p.p., modulato su una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze, accompagnata, per alcuni reati da una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare e, per altri, da una presunzione solo relativa circa la adeguatezza della stessa misura, suscettibile di essere smentita quando siano acquisiti elementi dai quali risulti che, «in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Il regime più rigido è stato riservato – oltre che all'unico reato (art. 416 *bis* c.p.p.) passato indenne al vaglio di costituzionalità (ord. n. 450 del 1995) – a due fattispecie (artt. 270 e 270 *bis* c.p.p.) delle quali, la seconda rappresenta una novità nel novero dei reati trattati meno favorevolmente (rispetto ai due reati in questione occorrerebbe interrogarsi, tra l'altro, sull'esito di un nuovo incidente di legittimità costituzionale che li riguardasse). Invece, nell'ambito del regime edulcorato dalla relatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare

⁴⁹ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 103 s.

vengono ricondotti ed assoggettati tutti i reati già contemplati dalla medesima norma nel testo anteriore alla novella: ne risulta che quel regime resta applicabile ad una pletora eterogenea di reati, indicati, in parte specificamente, e in parte con un rinvio all'art. 51 comma 3 *bis* e *quater* c.p.p., prospettando «un elenco, defatigante e disordinato», che «aggrega al suo interno ipotesi diversissime, per caratteristiche intrinseche, beni offesi, severità del trattamento sanzionatorio, grado della condotta»⁵⁰. Si tratta di un panorama sconfortante – se si pensa che il precipitato normativo lascia sul fondo libertà personale e diritto di difesa – sul quale occorrerebbe compiere un attento ripensamento alla luce dei canoni di ragionevolezza e di uguaglianza sanciti dall'art. 3 Cost.⁵¹.

Per tutti i reati considerati, la legge continua dunque ad invertire i termini essenziali della grammatica costituzionale: l'art. 13 Cost. richiede un atto motivato dell'autorità giudiziaria che limiti la libertà personale dell'imputato sulla scorta di casi e modi fissati dalla legge. Mentre, secondo la disciplina che qui si perpetua, pubblico ministero e giudice continuano ad essere sollevati dall'onere dell'allegazione e della motivazione sui più elementari presupposti che legittimano la restrizione: essendo il giudice chiamato a motivare, semmai, in ordine alla scelta della libertà o del regime meno afflittivo.

Quel che più val la pena di notare, davanti alla ultima sistemazione normativa, è che il declassamento della presunzione non incide in maniera eclatante sulle opportunità di difesa dell'imputato. Riguardato dal punto di vista del destinatario della misura, non può dirsi che il suo diritto di difesa ne risulti davvero rigenerato. Pure in rapporto al meno gravoso dei regimi qui considerati, il giudice continua a non dover motivare: basterà che nel provvedimento limitativo della libertà ci si limiti a dichiarare che dagli atti non risultano elementi idonei a dimostrare l'assenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. o che non risulta che le stesse possano essere fronteggiate con altre misure. Inoltre, se è ben vero che il carattere relativo della presunzione lascia all'imputato la possibilità di scalzare

⁵⁰ CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 113.

⁵¹ V. ora VALENTINI, Elena. Il «doppio binario cautelare»: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 c.p.p. In questo *Dossier*, *infra*.

gli assunti del pubblico ministero, ottenendo che il giudice applichi una misura meno grave, è anche vero che la possibilità per l'imputato di fornire elementi che scardinino le presunzioni si realizza su un percorso irto. Difficilmente quegli elementi saranno forniti in tempo perché il giudice possa tenerne conto ai fini del provvedimento applicativo: è infatti la stessa struttura del procedimento cautelare a proiettare alle fasi successive all'applicazione della misura la possibilità di ogni deduzione favorevole da parte dell'imputato (salvo il previo deposito di atti di indagine difensiva, forniti al pubblico ministero o al giudice, «al buio» rispetto ad una successiva richiesta ed applicazione di misura). Si tratterà dunque il più delle volte di *chances* difensive che potranno trovare attuazione in sede di revoca o di impugnazione. Dopo di che, l'inversione dell'onere della prova pone l'imputato (salvo che non si contesti l'imputazione, riuscendo a sottrarsi al regime derogatorio, magari in forza del riconoscimento di una circostanza) di fronte alla difficile impresa di provare la «non sussistenza» delle esigenze cautelari ovvero la «non inadeguatezza» di altre misure, addossandogli, in negativo, un onere che – già difficile da assolvere in positivo da parte dell'organo d'accusa – assume sfumature di impossibilità.

Premesso che lo stesso approccio non risolutivo – unito ad una non impeccabile tecnica normativa – connota le soluzioni relative alla presunzione di adeguatezza della sola custodia nei casi di comportamenti trasgressivi (art. 276 comma 1° *ter* c.p.p.) e in relazione al divieto di concessione degli arresti domiciliari (art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.)⁵², non si può che concludere per una opacità anche dell'ultimo legislatore “garantista”, rivelatosi in definitiva non troppo attento ai diritti dell'imputato e agli equilibri del sistema⁵³.

⁵² Permane in entrambi i casi il limite alla scelta della misura, ma questo viene attenuato, essendo prevista una riespansione della discrezionalità giudiziale con riguardo all'ipotesi in cui «il fatto sia di lieve entità»; cfr. BONINI, Valentina. La attenuazione degli (altri) automatismi *in peius*. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 149 s.

⁵³ Così GAETA, Piero. Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 313, il quale di fronte alle scelte operate dalla legge n. 47 del 2015, esprimeva un giudizio non confortante: «la sensazione cioè che

Una sorte in parte analoga ha segnato gli interventi sui termini massimi di custodia condotti soprattutto (ma non solo) in chiave di doppio binario, rispetto a fattispecie di criminalità organizzata, i quali sono stati interpolati a più riprese dai vari “pacchetti sicurezza” che hanno esteso, anche grazie a contorti meccanismi, gli originari termini di durata massima, già di una ampiezza più che esorbitante: qui, tuttavia, dopo un primo intervento risalente alla legge n. 332 del 1995, il legislatore delle garanzie ha osservato un silenzio rigoroso e assordante.

A voler fare un bilancio ad oltre trent’anni dall’avvento della codificazione repubblicana, appaiono sicuramente incisivi gli interventi di stampo securitario, più flebilmente efficaci quelli di natura opposta, per ragioni non tutte riconducibili ad uno stesso ordine di difficoltà. All’efficacia tagliente delle opzioni normative implicanti una sostanziale soppressione dei diritti dell’imputato si sono contrapposte risposte compromissorie – mai tali da pervenire ad una *restitutio in integrum* delle scelte originarie – o inadeguate, in quanto insistenti su scelte già compiute con l’intento di richiamare gli operatori a prassi conformi. Quando poi i nuovi provvedimenti sembravano librarsi sopra il livello di consueta inutilità, all’insuccesso ha provveduto una altra costante della nostra legislazione: operare senza un preventivo controllo di fattibilità, in primo luogo sotto il profilo dei costi. Così, per esempio, i ricorrenti tentativi di assicurare un controllo costante di natura virtuale (c.d. braccialetto elettronico) si sono infranti a più riprese con inspiegabilmente irrisolvibili ragioni di natura pratica legate alla disponibilità delle attrezzature necessarie.

6. LA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE TRA POLITICHE DELLA PAURA, SOLLECITAZIONI PEDAGOGICHE E SUPPORTI TECNOLOGICI DE FUTURO

Un rilievo centrale in entrambi i divergenti approcci dettati dall’alternanza delle scelte politiche, è stato sempre rivestito dal ruolo

sui passaggi davvero pericolosi (abolizione integrale delle presunzioni di ogni genere; contestazioni a catena e retrodatazione della cautela; termini massimi di durata, ecc.) la riforma sia mancata, a scapito di ogni simmetria, e che invece sia intervenuta prevalentemente per correggere prassi distorte degli uffici o orientamenti giurisprudenziali reputati troppo concessivi. Insomma, una riforma prevalentemente ‘giurisprudenziale’ attuata per via normativa».

del giudice. Ed è forse questo il tema rispetto al quale la sperequazione di efficacia dei divergenti approcci appare più eclatante. Sollevare il giudice dall'onere di motivare su nodi cruciali spiana la strada al richiedente la misura, lasciando – lo si è visto – al destinatario del provvedimento al più la *chance* di una *probatio diabolica* e posticipata; al contrario, cercare di imprimere movenze fisiologiche alla discrezionalità del giudice, ostinandosi ad infierire sulla disciplina dei presupposti e della motivazione del provvedimento, è misura dagli effetti meno sicuri e prevedibili.

È, ad ogni modo un dato di fatto che la scommessa del legislatore repubblicano, incentrata su un giudice garante della personalizzazione del regime cautelare secondo indicazioni normative già da subito improntate al criterio del sacrificio minimo, si è rivelata un percorso arduo. Il giudice, esautorato nel suo ruolo di tutore delle libertà fondamentali (e per giunta sulla scorta di valutazioni per nulla ragionevoli) quando serve mostrare durezza a tutela dell'ordine pubblico, viene invece sospettato di costituire flebile garanzia dei diritti dell'individuo per inclinazione a raccogliere le istanze dell'accusa o per negligenza nel dar conto delle ragioni che giustificano la privazione della libertà. Di più: portatore insano della tendenza a sostituire con la cautela una sanzione che non verrà o verrà troppo tardi.

Alla presunta “leggerezza” del giudice, appiattito sulle richieste dell'inquirente, e svogliato nel motivare, il legislatore ha ripetutamente risposto con una esasperazione della tassatività delle regole in tema di esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.) e dettagliando parossisticamente il modello di motivazione, che aveva ricevuto già in partenza disciplina particolarmente attenta nell'art. 292 c.p.p.⁵⁴. Una prima volta ciò era accaduto nel 1995, non raccogliendo gli entusiasmi dei commentatori, né rivelando alcuna efficacia rispetto all'obiettivo.

A vent'anni esatti di distanza, e nonostante le evidenze non lo avessero consigliato, il legislatore si è rivolto nella medesima direzione, con il dichiarato obiettivo di porre un freno a interpretazioni giurisprudenziali

⁵⁴ Sul particolare rigore con cui il legislatore ha disciplinato l'obbligo di motivazione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, cfr., per tutti, CIANI, Gianfranco. *Commento all'art. 292 c.p.p.*, in CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. Torino: Utet, 1990, vol. III, p. 167.

troppo disinvolte: il catalogo annovera ancora nuovi interventi sul già contorto testo dell'art. 274 c.p.p., per insistere, questa volta, sulla "attualità" del pericolo nel definire le esigenze cautelari fondate sul pericolo di fuga e sulla prevenzione speciale; e ancora modifiche dell'art. 292 c.p.p. per precisare che nel dettagliato modello di motivazione debba rientrare altresì la "autonomia" della stessa.⁵⁵

Quanto a quest'ultimo profilo, più esattamente, interpolato nuovamente, l'art. 292 lett. *c* e *c bis* pretende ora accanto alla *esposizione*, altresì l'*autonoma motivazione* delle esigenze cautelari, degli indizi di colpevolezza (entrambi accompagnati dalla indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti, e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato), dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, nel caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure. È opinione sostanzialmente unanime che la nuova disposizione non abbia aggiunto "nuovi contenuti" a quanto già previsto originariamente (e successivamente chiosato dal legislatore del 1995) ma si limita a sottolineare la necessità che il giudice prenda visione degli elementi necessari e dia conto delle ragioni che essi esprimono, per rispondere all'obiettivo non sottaciuto del legislatore: quello di far fronte a carenze motivazionali, escludendo motivazioni appiattite su quelle del pubblico ministero richiedente. Il *quid novi* dell'intervento normativo del 2015, rispetto a quello che lo aveva preceduto due decenni prima, sta nell'aver agito contestualmente sui poteri del giudice del riesame incidendo sulla antica *querelle* concernente il potere di integrazione della motivazione da parte di quest'ultimo giudice. Stando al riformulato art. 309 comma 9 c.p.p.: il tribunale ha l'obbligo di «annulla[re] il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292, delle esigenze

⁵⁵ Cfr. ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015, p. 1149 s.; per una attenta analisi della nuova disciplina v. soprattutto CAPRIOLI, Francesco, Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 179 ss.

cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa». Bisogna tuttavia osservare che – pur a seguito della nuova manovra – la giurisprudenza ha continuato a esprimere un indirizzo sostanzialmente costante.

Con riguardo alle esigenze cautelari, si è operato su entrambe le lettere espressive delle due ragioni di cautela già menzionate attraverso una analogia interpolazione: da un lato, si è puntualizzato che il pericolo di fuga o di reiterazione del reato per poter giustificare la misura deve essere non solo «concreto» ma anche «attuale» e dall'altro, si è precisato che le situazioni di concreto e attuale pericolo di fuga di cui alla lett. *b* «non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»; similmente, si è operato sulla lett. *c*, sul cui testo si è inciso per sottolineare che le situazioni di concreto e attuale pericolo di reiterazione di un reato «anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»⁵⁶. Nel suo complesso la giurisprudenza ha dato mostra di prendere atto dei profili di novità recati dalla novella in punto di esigenze cautelari, intravedendo la *ratio* dell'intervento normativo nell'obbligo di una specifica valutazione dell'attualità. Nondimeno è sull'oggetto di quell'obbligo (o meglio sul significato del requisito «attuale») che non casualmente, si riaffaccia il contrasto che vede contrapposti due indirizzi della giurisprudenza di legittimità⁵⁷, confermando la sensazione che la valutazione prognostica richiesta, in linea generale in rapporto ad ogni esigenza cautelare e in particolare in ordine alla pericolosità dell'imputato resta terreno scosceso e sfuggente⁵⁸.

⁵⁶ Sul punto, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. In: *Rivista di diritto processuale*, Milano, 2017, p. 165 s.

⁵⁷ Sul complesso panorama giurisprudenziale al riguardo, v. GIULIANI, Livia. *Sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2019, p. 400-415.

⁵⁸ Sulle difficoltà oggettive connaturate al giudizio di accertamento dei presupposti della misura cautelare, soprattutto con riguardo alle circostanze sintomatiche della pericolosità, v. le note, in margine a Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, M.P.V., n. 17346, con nota di CAPPARELLI, Bruna. *Riflessioni sull'obbligo di motivare i provvedimenti de libertate*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2014, p. 222 s.; nonché, più in generale, sulla valutazione delle esigenze cautelari, nel senso che il relativo giudizio sia a tal punto svincolato da regole verificabili da presentarsi come un «vaticinio logico»: v. GAETA Piero; MACCHIA

Ancora una volta, insomma, il legislatore non ha voluto tener conto che «l'adozione di una misura cautelare, proprio perché funzionale al soddisfacimento delle specifiche esigenze selezionate dalla legge processuale, è forse più di qualsiasi altra decisione giudiziaria ancorata alle particolarità del caso concreto, il che rende incompressibile uno spazio autonomo di valutazione del giudice e sostanzialmente inutili regole calibrate su fattispecie tipologiche inidonee ad abbracciare un orizzonte applicativo caratterizzato da variabili pressoché infinite»⁵⁹.

Quale apporto potrà addurre l'uso della tecnologia al riguardo è scenario ancora da monitorare con attenzione: a detta degli studiosi del tema, l'uso della intelligenza artificiale sembra annoverare, tra i molti rischi, quelli derivanti da spazi discrezionali che si innestano nei criteri di selezione dei casi e infine nella valutazione dei risultati, accanto a non minori difficoltà per assicurare il rispetto delle garanzie difensive⁶⁰.

Resta sullo sfondo la *vexata questio* della incompatibilità, in radice, della esigenza cautelare fondata su esigenze di prevenzione speciale. Com'è ben noto, tuttavia, da tempo, con l'avallo della Corte costituzionale, tali esigenze non sono sconosciute dal nostro ordinamento. La tutela della vittima, poi, fortemente promossa dagli atti internazionali sembra costituire – così come attuata nel nostro ordinamento – una macroscopica ipotesi di uso delle cautele in funzione di prevenzione speciale nella prospettiva di evitare il ripetersi di atti lesivi nei suoi confronti (ma forse anche una conferma della difficoltà di garantire la medesima protezione

Alberto. L'ordinanza cautelare ed il suo controllo in Cassazione. *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1172 s.

⁵⁹ PISTORELLI, Luigi. Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 337 s., non meno nettamente, GAETA, Piero. Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini, In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 306 s.

⁶⁰ Cfr. QUATTROCOLO, Serena. Artificial Intelligence, Computational Models and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion, Cham: Springer, 2020, spec. p. 135 s., 151 s. V. inoltre, da ultimo, V. MAUGERI, Anna Maria. L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence-based practises e tutela dei diritti fondamentali. *Archivio penale*, n. 1, 2021, p. 14 s.

in altro modo e in diversa sede)⁶¹. Per prevenire la commissione di atti delittuosi nei confronti del soggetto già individuato come vittima, continuando a trattare l'aggressore come un presunto innocente, bisognerebbe pesantemente incidere sui diritti della stessa vittima limitandone la libertà di circolazione – come un testimone di giustizia, si legge nelle cronache – e forse non sarebbe abbastanza; quale bilanciamento, ci si potrebbe chiedere, tra i diritti degli individui contrapposti nella vicenda? e – sempre che non si acceda alla idea che sia sempre la vittima a dover patire ulteriori sconquassi alla propria vita – quale altra sede, diversa da una procedura giurisdizionale ampiamente garantita – come il processo penale – potrebbe meglio assicurare i diritti del presunto innocente, nei casi di conflitto tra i suoi diritti e quelli della vittima?

Senonché i dubbi intorno alla difficile convivenza della lett. c con il testo costituzionale restano e il rinnovarsi delle doglianze ha preso ora le sembianze di un quesito referendario⁶², e non è detto che una società oltremodo pronta alla rivendicazione dei diritti individuali – ma troppo spesso dimentica del risvolto della medaglia – chiamata ad esprimersi sulla lett. c dell'art. 274 c.p.p., non riesca in un'impresa che ha visto sconfitte generazioni di dottrina dotta e avveduta⁶³.

7. TEMPI DEL PROCESSO E DINAMICHE CAUTELARI IN ATTESA DELLA “GRANDE RIFORMA”

Lungo lo scorrere di politiche legislative male orientate o perdenti, nel desolante *tapis roulant* legislativo sul quale operatori e

⁶¹ Cfr. sul tema BONINI, Valentina. Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale. Milano: Wolters Kluwer - Cedam, 2018, p. 183 s.

⁶² Il quesito referendario mira alla soppressione della parte della disposizione concernente il pericolo di commissione di un reato della stessa specie di quello per cui si procede: v. la scheda di LAZZERI, Francesco. Referendum sulla giustizia: guida alla lettura dei sei quesiti. In: *Sistema penale*, 21 settembre 2021.

⁶³ La bibliografia è molto ampia; per tutti, ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 31 s.; tra i contributi più recenti CAPRIOLI, Francesco. Pericolosità sociale e processo penale In: PAVARINI, Massimo; STORTONI, Luigi (a cura di). *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna: BUP, 2013, p. 21 s.

interpreti hanno fin qui marciato malfermi, le maggiori tensioni, inutile dirlo, si sono accentrate sulla custodia cautelare in carcere, misura rispetto alla quale la pena in sé rilevante della privazione della libertà si accompagna alle condizioni di sovraffollamento – endemiche nel nostro ordinamento al pari della irragionevole durata del processo – e di generale degrado dei luoghi di detenzione. Di fatto, e nonostante il largo ventaglio di misure cautelari alternative, la misura custodiale è rimasta il perno del sistema cautelare: la sua incisività e il suo uso diffuso sul piano quantitativo sono stati oggetto di costante dibattito, sfociato ciclicamente in confronti dai toni accesi, coinvolgenti accademia, operatori e mondo politico.

Il tema dunque resta tutto intatto e nelle solite coordinate dinanzi agli occhi degli operatori e, per quanto fin qui osservato, è ragionevole ritenere che nessuna ulteriore rivisitazione di settore sia in grado di sistemare un meccanismo cronicamente inefficiente, essendo necessario non tanto un ulteriore sforzo di fantasia – e men che meno pedissequi innesti di esperienze altrui – quanto una seria ristrutturazione *ab imis* della giustizia penale.

Non si può ignorare, infatti, che il sistema cautelare è un ganglio sensibile di un meccanismo processuale più ampio di cui è pronto ad assorbire ogni tensione e a recepire ogni stortura⁶⁴. Tanto più che la funzione cautelare trova per sua natura una statistica prevalenza nelle indagini preliminari, fase in cui risulta più difficile comporre i confliggenti interessi garantendo, se non l'eguaglianza tra i soggetti quanto meno la parità delle armi. Si pensi, per restare agli ultimi eventi legislativi, al complicato intreccio tra disciplina delle intercettazioni e divieto di

⁶⁴ Riflettendo sulle interrelazioni fra regole processuali *de libertate* e funzionamento globale del processo penale, CHIAVARIO, Mario. voce Libertà, III) Libertà personale - Dir. proc. pen. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, p. 4, già segnalava il rischio che quelle stesse regole possano finire con il «perdere mordente sino a vanificarsi se il sistema, funzionando a vuoto, finisce con l'indurre a scaricare sulle "misure cautelari" (ed in particolare su quelle limitative della libertà, più idonee ad operare emblematicamente come strumenti di tacitazione di allarmi o di esasperazioni sociali) una funzione sanzionatoria che non si riesce ad esprimere in termini di accettabile efficienza sul piano delle pene vere e proprie, e soprattutto della loro esecuzione».

pubblicazione dei relativi atti: disciplina volta ad impedire la circolazione di contenuti investigativi lesivi della *privacy*, normalmente – bisogna aggiungere – veicolati sui mass media tramite il testo di ordinanze cautelari. La singolare vicenda legislativa che ha riguardato la riforma della disciplina delle intercettazioni è esemplificativa delle difficoltà generate dal voler garantire pienamente il diritto di difesa nel procedimento cautelare, contemperando istanze confliggenti: approvata ma rimasta inefficace per circa un biennio, la legge ha mutato la pelle insieme alla temperie politica, mentre l'aspirazione alla tutela della *privacy*, difficilmente traducibile in regola, ha finito per restare depotenziata a beneficio dei diritti di difesa dell'imputato⁶⁵.

Ma il nodo essenziale di tutta la vicenda fin qui esaminata è il riflesso del tema *monstre* del processo penale italiano di oggi e dei decenni passati: la irragionevole durata del processo penale, acclarata dalle numerose condanne ricevute dal nostro Paese dalle autorità europee⁶⁶. È quasi superfluo ripetere che i tempi lunghi del processo penale non possono che riflettersi rovinosamente sulle dinamiche cautelari, rendendo fatalmente destinato ad insuccesso ogni tentativo di approntare soluzioni legislative accettabili, forgiate sulla sola disciplina di settore: una tensione netta si pone tra termini di custodia e durata del processo, ed è difficile comporre le istanze contrapposte senza ledere irrimediabilmente l'uno o l'altro dei valori in gioco. Ed è vero che la disciplina attualmente vigente finisce per far ridondare a danno del detenuto ogni variabile fisiologica ed ogni disfunzione del processo: ciò vale in via ordinaria per le regole dettate negli artt. 303 e seguenti del codice di procedura

⁶⁵ Sulla prima e sulla seconda versione delle modifiche operate intorno alla disciplina delle intercettazioni, in rapporto al procedimento cautelare v. GIULIANI, Livia. Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento *de libertate*. In Giostra Glauco; Orlandi, Renzo (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 31 s., nonché GIULIANI Livia, L'uso delle intercettazioni nelle indagini preliminari tra dinamiche cautelari e tutela della riservatezza. In: GIOSTRA Glauco; ORLANDI Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2021, p. 15 ss.

⁶⁶ V. ILLUMINATI, Giulio. Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa. In *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 s.

ed è stato confermato dai riflessi giudiziari della difficile emergenza sanitaria dell'ultimo biennio⁶⁷.

Più in generale, poi, la lunghezza del processo finisce per ripercuotersi sulle stesse valutazioni del giudice, al quale, chiamato a decidere su una detenzione suscettibile di protrarsi a lungo, si richiedono valutazioni severe che tendono a trascendere la prospettiva cautelare. Ne sono una riprova – accanto alla accentuazione della necessità di applicazione delle ordinarie regole sulla prova⁶⁸ – i ricorrenti tentativi – senza grande successo come si è visto – di irrigidire i parametri che presidiano le finalità cautelari⁶⁹. Se la durata del processo fosse contenuta in tempi plausibili, molte delle criticità – teoriche e pratiche – che affliggono il tema perderebbero di drammaticità.

CONCLUSIONI

Se è vero che una disciplina codicistica ben congegnata e numerose riforme legislative settoriali non sono riuscite ad assicurare, nel corso dell'ultimo trentennio, un esercizio del potere cautelare scevro da tensioni e prassi critiche, il quesito che ci si pone è se la inedita congiuntura politica – che sembra insieme richiedere necessità di rilancio dell'economia e attenzione ai diritti dell'individuo – rappresenti il momento per una svolta da tanto tempo attesa.

⁶⁷ Tra i molti contributi BARGIS, Marta. Gli aspetti processuali dei provvedimenti di contrasto all'emergenza epidemiologica da covid-19, in BARGIS, Marta (a cura di). *Compendio di procedura penale*, X ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, p.1141 s.; VALENTINI, Elena. Covid 19 e processo penale. Appendice on line. In ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia. *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020.

⁶⁸ TONINI, Paolo. La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria, In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Milano: Giuffrè, 2014, p. 66 s.

⁶⁹ Di qui la eterogenesi dei fini, fonte di ulteriori distorsioni denunciata da AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione minima. In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Milano: Giuffrè, 2014, p. 219.

Ci sono motivi per sperare che l'intensa tensione verso prospettive di riforma a largo raggio sfoci in risultati più apprezzabili delle precedenti iniziative legislative annoveranti tentativi abortiti o compromissori quando non spinti da irragionevoli obiettivi di forze politiche in cerca di legittimazione popolare. Che le innovazioni richiesteci a gran voce dalle istituzioni europee siano legate a stretto filo a prebende di natura economica (la cui elargizione è condizionata al raggiungimento di precisi obiettivi di riforma) consente quanto meno di auspicare, da un canto, che le forze politiche convergano verso soluzioni condivise – lasciando da parte consuete rissosità molto spesso funzionali a risultati dell'urna – e dall'altro che i fondi ottenuti siano utili (e utilizzati) per una effettiva realizzazione delle strutture necessarie.

La c.d. riforma Cartabia – una legge delega ancora in fase di approvazione – volta ad incidere su alcuni snodi topici ha l'intento di far fronte, ancora una volta, agli obblighi assunti con le autorità europee e si rivolge verso l'obiettivo di fondo di ridurre i tempi del processo per recuperare efficienza nel contesto di un ordinamento di aspirazione accusatoria attento alle garanzie individuali.

Anche in questa vicenda il progetto più organico e pregevole offerto dalla commissione di studio ministeriale è passato per il setaccio della politica con esiti chiaroscurali, che solo potranno essere definitivamente soppesati quanto i criteri di delega avranno ricevuto attuazione normativa. Ridurre l'input attraverso la revisione dei meccanismi incidenti sull'obbligatorietà dell'azione penale; e propiziare l'output attraverso un (per verità ennesimo) tentativo di rivisitazione dei riti speciali costituiscono linee di intervento apprezzabili i cui risultati obiettivi andranno attentamente monitorati. In questo contesto, tuttavia, provoca qualche perplessità – accanto all'abbandono di un meccanismo flessibile come l'archiviazione "meritata" proposto dalla Commissione di studio – la scelta di prevedere la definizione di criteri di priorità dell'azione penale in capo al Parlamento.

Ed ancora, qualche disappunto desta la (non) riforma delle impugnazioni che – accanto a una serie di scelte semplificative e al contestato tema della improcedibilità – persegue la via di una selezionata riduzione dell'appello, senza mettere mano ad una compiuta revisione della materia. Ciò che avrebbe posto un tassello *ab origine* mancante per fare del

nostro ordinamento processuale un sistema a miglior titolo annoverabile tra i processi accusatori: valorizzando l'oralità e l'immediatezza, e ponendo l'accento su un dibattito che si postula ad immediato ridosso del fatto, il ruolo di un controllo in sede di impugnazione dovrebbe limitarsi ad aspetti molto circoscritti, da definirsi sulla premessa della esecutività della sentenza di primo grado.

Su altro piano, attenzione alle forme (processo telematico) e alle strutture (ufficio del processo) sembrano finalmente percorrere le vie di una sostanziale innovazione della macchina giudiziaria.

Se tanto basterà per restituire al sottosistema cautelare un funzionamento ortodosso è presto per dirlo: facendo due conti con i numeri che ci si offrono, tuttavia (e pur non volendo indulgere a letture eccessivamente dietrologiche)⁷⁰, l'obiettivo della riduzione del carico giudiziario del 25 per cento in cinque anni⁷¹ - quand'anche fosse centrato - spinge in avanti nel tempo risultati che solo affievoliscono il sovraccarico degli uffici giudiziari con le sue conseguenze nefaste.

Non serve un vaticinio per immaginare che ci si ritroverà ancora una volta a discutere di efficienza del processo e custodia cautelare.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Rossano. L'art. 275 c.p.p. a trent'anni dalla "grande riforma". *Foro italiano*, V, 2020, 137 s.

AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione minima. In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Giuffrè: Milano, 2014, p. 3 s.

⁷⁰ PIERRO, Roberto. La (finta) riforma della Giustizia utile solo a sbloccare i fondi europei. In www.labparlamento.it 28 settembre 2021.

⁷¹ V. il testo dell'intervento del Ministro della giustizia, Marta Cartabia, in occasione della presentazione dei lavori della Commissione di studio sulla riforma del processo penale, della prescrizione del reato e del sistema sanzionatorio, riportato con il titolo Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del Paese. In *Sistema penale*, 31 maggio 2021.

BARGIS, Marta. Le impugnazioni cautelari nel recente “attivismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in questo *Dossier*.

BARGIS, Marta. Gli aspetti processuali dei provvedimenti di contrasto all'emergenza epidemiologica da covid-19, in BARGIS, Marta (a cura di). *Compendio di procedura penale*, X ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020, p.1141 s.

BARGIS, Marta. L'assistenza linguistica per l'imputato. In: *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Torino: Giappichelli, 2013, p. 91 s.

BONINI, Valentina. La attenuazione degli (altri) automatismi *in peius*. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 149 s.

BONINI, Valentina. Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale. Milano: Wolters Kluwer - Cedam, 2018.

CAPPARELLI, Bruna. *Riflessioni sull'obbligo di motivare i provvedimenti de libertate*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2014, p. 222 s.

CAPRIOLI, Francesco. Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 179 ss.

CAPRIOLI, Francesco. Pericolosità sociale e processo penale In: PAVARINI, Massimo; STORTONI, Luigi (a cura di). *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna: BUP, 2013, p. 3 s.

CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 103 s.

CARRARA, Francesco. *Immoralità del carcere preventivo*. In: *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, p. 299 s., ora In: Carrara, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale* (a cura di NOBILI, Massimo). Bologna: Il Mulino, 2004, p. 401 s.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, vol. II, 3^a ed. Milano: Giuffrè, 1984.

CHIAVARIO, Mario. voce Libertà, III) Libertà personale - Dir. proc. pen. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, p. 1 s.

CHIAVARIO, Mario. *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*. In DELMAS-MARTY, Mireille, 2^a ed. it., *Procedure penali d'Europa*, Padova: Cedam, 2001, p. 551 s.

CIANI, Gianfranco. *Commento all'art. 292 c.p.p.*, in CHIAVARIO, Mario. (a cura di). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. Torino: Utet, 1990, vol. III, p. 167 s.

COPPETTA, Maria Grazia. *La riparazione per ingiusta detenzione*. Padova: Cedam, 1993.

D'AMBROSIO, Loris. La riforma dell'8 agosto 1995. *Diritto penale e processo*, Milano, 1995, p. 1163.

D'AMBROSIO, Loris; FIDELBO, Giorgio. L'incidenza del fattore «tempo» nella disciplina delle misure cautelari personali. In: GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332. Milano: Giuffrè, p. 140 s.

DE SALVIA, Mario; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, I, Milano: Giuffrè, 2006.

DI CHIARA, Giuseppe. Politiche della sicurezza e libertà personale dell'accusato tra incubazione dell'insicurezza sociale e manovre reattive. *Diritto penale e processo*, Milano, 2019, p. 1586 s.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*. Bari: Laterza, 1989

GAETA, Piero. Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini, In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 306 s.

GAETA Piero; MACCHIA, Alberto. L'ordinanza cautelare ed il suo controllo in Cassazione. *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1163 s.

GIULIANI, Livia. Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare. *Cassazione penale*, Milano, 2005, p. 3265 s.

GIULIANI, Livia. voce Interrogatorio di garanzia. In: *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano: Giuffrè, 2010, p. 780 s.

GIULIANI, Livia. Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti *de libertate*. Padova: Cedam, 2012.

GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. In: *Rivista di diritto processuale*, Milano, 2017, p. 165 s.

GIULIANI, Livia. Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento *de libertate*. In GIOSTRA Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 31 s.

GIULIANI, Livia. *Sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2019, p. 400 s.

GIULIANI Livia, L'uso delle intercettazioni nelle indagini preliminari tra dinamiche cautelari e tutela della riservatezza. In: GIOSTRA Glauco; ORLANDI Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2021, p. 15 ss.

GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1976.

GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed efficienza del processo. In: GREVI, Vittorio. (a cura di) *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano: Giuffrè, p. 3 s.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979.

ILLUMINATI, Giulio. Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa. In *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 s.

ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015, p. 1158.

LAZZERI, Francesco. Referendum sulla giustizia: guida alla lettura dei sei quesiti. In: *Sistema penale*, 21 settembre 2021.

MAGGIO, Paola. *Judicial reviews against deprivation of liberty*, in RUGGERI, Stefano. *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures*, Vandenhoeck and Ruprecht, 2012, p. 33 s.

MARZADURI, Enrico. Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. *Legislazione penale*, Torino, 2000, p. 782 s.

MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211 s.

MAUGERI, Anna Maria. L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence-based practises e tutela dei diritti fondamentali. *Archivio penale*, n. 1, 2021, p. 3 s.

MAZZA, Oliviero. La libertà personale nella Costituzione europea. In: COPPETTA, Maria Grazia (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 68.

NAPPI, Aniello. Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali. In AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 14.

NEGRI, Daniele. Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2020 p. 3 s.

PIERRO, Roberto. La (finta) riforma della Giustizia utile solo a sbloccare i fondi europei. In www.labparlamento.it 28 settembre 2021.

PISANI, Mario. Commento all'art. 5 C.e.d.u. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (a cura di). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 131 s.

PISTORELLI, Luigi. Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 337 s.

QUATTROCOLO, Serena. *Artificial Intelligence, Computational Models and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Cham: Springer, 2020.

SPAGNOLO, Paola. *Il tribunale della libertà*. Milano: Giuffrè, 2010.

TABASCO, Giuseppe. *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

TONINI, Paolo. La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria, In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Giuffrè: Milano, 2014, p. 66 s.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, 2 ed., Milano: Cortina, 2009.

UBERTIS, Giulio. *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona. Cassazione penale*, Milano, 2010, p. 2508.

VALENTINI, Elena. Covid 19 e processo penale. Appendice *on line*. In ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia. *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020.

VALENTINI, Elena. Il "doppio binario cautelare": la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 c.p.p. In questo *Dossier*.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GIULIANI, Livia. Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" – La libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 3, p. 1559-1596, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.648>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Preventive arrest in criminal procedure and police law in light of Article 5 of the ECHR

Prisão preventiva no processo penal e no direito policial diante do artigo 5 da CEDH

Arkadiusz Lach¹

Nicolaus Copernicus University, Toruń, Poland

arkadl@umk.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-8778-1182>

ABSTRACT: Preventive arrest is a controversial instrument of crime prevention that is commonly regulated in police law and in some criminal procedures. Its conformity with Article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR) has been the subject of many decisions and judgments of the European Court on Human Rights. Since its judgment in the Ciulla case in 1989, the Court has been of the opinion that § 1 (b) of Article 5 is applicable to preventive deprivation of liberty, which requires that detention be applied to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law, if the obligation is specific enough. On the contrary, in the Court's opinion, § 1 (c) of Article 5 is inapplicable outside the framework of criminal procedure. In the judgment of 22 October 2018 in the case of *S., V., and A. v. Denmark*, the Grand Chamber took the opposite view, which calls for an analysis of how far preventive arrest is allowed under the ECHR. The analysis and European standards may also be of interest to researchers from non-European countries, as the problem of the use of preventive arrests is discussed worldwide.

KEYWORDS: preventive arrest; criminal procedure; right to liberty; prevention; European Convention on Human Rights

¹ Professor of Criminal Procedure at the Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland. He specializes in criminal procedure, legal aspects of cybercrime, human rights, and European criminal law.

RESUMO: *A prisão preventiva é um instrumento controverso de prevenção à criminalidade, regulada normalmente no direito policial e em alguns sistemas processuais penais. Em conformidade com o artigo 5 da CEDH, tal tema foi objeto de diversas decisões de debates no TEDH. Desde o caso Ciulla em 1989, o Tribunal adotou a posição de que o § 1 (b) do artigo 5 é aplicável na segregação preventiva da liberdade, requerendo que a prisão seja decretada em atenção aos requisitos determinados na legislação, se eles forem suficientemente específicos. Por outro lado, na visão do TEDH, o § 1 (b) do artigo 5 é inaplicável a ramos distintos do direito processual penal. Contudo, no julgamento de 22 de outubro de 2018, no caso S., V. e A. v. Dinamarca, o Tribunal Pleno adotou posição oposta, o que impõe a análise dos limites de aplicação da prisão preventiva.*

PALAVRAS-CHAVE: *prisão preventiva; processo penal; direito à liberdade; prevenção; Convenção Europeia de Direitos Humanos.*

1. INTRODUCTION

The right to personal liberty is without a doubt one of the core human rights guaranteed by national constitutions and international instruments. Therefore, every legislative attempt to create legal grounds for limiting the right must be given due attention, and any regulation must comply with the requirements of Article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR)². This is also very important in the case of deprivation of liberty for preventive purposes. More or less distant history shows that preventive detention could be used for political reasons, persecution of certain members or groups of society, or their discrimination³. There is also a danger that the personal freedom of

² COUNCIL OF EUROPE, Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted on 4 November 1950. Hereafter referred to as “the Convention” or “ECHR”.

³ See for example STASCHEIT, Ulrich; HART, Dieter, *Vorbeugehaft für Demonstranten?*, *Kritische Justiz*, v. 2, n. 1, 1969, p. 88-92 on the use of preventive detention as an instrument of repression in Nazi Germany. In Poland, after introduction of martial law by the communist regime, several thousands of opposition activists were interned on the base of decree of 12 December

individuals, perceived rightly or not as posing a risk, could be easily sacrificed for the sake of the security of society.

The issue of the preventive deprivation of liberty has long been discussed in different contexts (pretrial-detention, post-conviction detention of sexual offenders, internment of persons suspected of terrorism, detention of persons with mental disorders, etc.)⁴. One aspect is its application in cases when there is an imminent and concrete risk of commission of a crime. In a line of cases, which will be presented below, the European Court of Human Rights (ECtHR)⁵ for many years distinguished situations where a person is already a suspect from those where there are no grounds to suspect a person of any previous crime. This approach was changed by the judgment of the Grand Chamber in the case *S., V., and A. v. Denmark* of 22 October 2018⁶, where the Court expressed the opinion that preventive arrest may be based on Article 5 § 1 (c) of the ECHR, irrespective of whether the person is suspected of having committed a crime. This paper will explore the consequences of the ECtHR's judgment for crime prevention policies and the legal regulations of the parties to the Convention, discussing the need and possibilities to change the existing regulations relating to

1981. See INSTITUTE OF NATIONAL REMEMBRANCE, The IPN on the 25th anniversary of introducing of the Martial Law in Poland, <https://ipn.gov.pl/en/news/221,The-IPN-on-the-25th-anniversary-of-introducing-of-the-Martial-Law-in-Poland.html>.

⁴ See for example ANGEL Arthur R. et al., Preventive Detention: An Empirical Analysis, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 6, n. 2, 1971, p. 300; CORRADO Michael L., Punishment and the Wild Beast of Prey: The Problem of Preventive Detention, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 86, n. 3, 1996, p. 778; MONTAGUE Phillip, Justifying Preventive Detention, *Law and Philosophy*, v. 18, n. 2, 1999, p. 173; COLE David, Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists and War, *California Law Review*, v. 97, 2009, p. 693; ASHWORTH Andrew, ZEDNER Lucia, *Preventive justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014; KEYZER Patrick (ed.), *Preventive Detention: Asking the Fundamental Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; LUDSIN Hallie, *Preventive Detention and the Democratic State*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

⁵ Hereafter referred to as “ECtHR” or “the Court”.

⁶ Judgment of the ECtHR in case *S., V., and A. v Denmark* of 22 October 2018, applications n. 35553/12, 36678/12 and 36711/12.

arrest. The European standards may also be of interest to researchers from other legal systems, as the issue of preventive detention is debated in many states.

2. ARREST FOR PREVENTIVE PURPOSES IN CRIMINAL PROCEDURE AND POLICE LAW

First, it is necessary to define the term “arrest”, as there are differences in perception of the term. In this paper, the term “arrest” is understood as a short-term deprivation of liberty, usually not exceeding a few days, effected by police forces for reasons other than penalty retribution⁷. Such arrest may be transformed later into pre-trial detention, which may last for a longer period if there is sufficient evidence to charge the person and if bail or other measures (police supervision, electronic monitoring, or house arrest) are not adequate. Arrest is usually made in individual cases, which distinguishes it from general internment.

Preventive purpose in the context of arrest generally mean excluding or at least lowering the risk of commission of crime in the future. Therefore, the purpose of preventive arrest is protection of society or certain persons (especially victims) against the acts of the persons arrested. However, in some countries, there is also a legal base for deprivation of liberty to protect a suspect against harm from society, certain persons, or even himself or herself⁸, which is recognised as compatible with the ECHR⁹. Despite some similarities between the former

⁷ In some legal systems (for example in Poland), the term arrest is used also in relation to penalty. This kind of arrest has, however, completely different character (reaction – mainly retributive - on a criminal act done in the past).

⁸ See sections 38(1)(a)(vi) and (b)(ii) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 in England and Wales, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> and article 144 (2) of the French Code of Criminal Procedure (Code de procédure pénale) 1957. Available at https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf.

⁹ See judgment of the ECtHR of 23 September 1998 in case *I. A. v France*, 1/1998/904/1116 and the English case *Archer v The Commissioner of Police of the Metropolis*, [2020] EWHC 1567 (QB).

and the latter purposes of arrest, I opt for calling the latter as “protective”, not “preventive” arrest, as they have different purposes.

As mentioned, arrests for preventive purposes may be applied in different legal frameworks. The main frameworks are criminal procedures and police law. To illustrate this difference, examples of Danish and Polish regulations will be used.

The first framework is criminal procedure. Preventive arrest may take place when, during the proceedings, it is established that the person suspected of committing a crime may commit another crime in the future. According to article 755 (1) of the Danish Administration of Justice Act (Retsplejeloven) 1916 (which is the Danish code of criminal and civil procedure)¹⁰: “The police may arrest any person who is reasonably suspected of a criminal offence subject to public prosecution, if arrest is deemed necessary to prevent further criminal offences, to secure the person’s presence for the time being, or to prevent his association with others”. In Poland, Article 244 § 1a of the Code of Criminal Procedure (Kodeks postępowania karnego) 1997¹¹ provides that “A person may be arrested by the Police if there are justified grounds to suspect that this person committed an offence with the use of violence against a member of his household and it is feared that such an offence may be repeated, especially if the suspected person is threatening to do so” and Article 244 § 1b of the Code of Criminal Procedure 1997 makes such arrest mandatory “if the offence referred to in § 1a was committed with the use of a firearm, a knife, or any other dangerous item and there is a fear that an offence with the use of violence against a member of the suspected person’s household may be repeated, especially if the suspected person is threatening to do so”. As might be observed, in Polish criminal procedures, preventive arrest is possible only in cases of domestic violence, while in Denmark, there is no such limitation. This kind of arrest may be called criminal preventive arrest, as it is applied within criminal procedures in a criminal case.

¹⁰ Available at <https://danskelove.dk/retsplejeloven>.

¹¹ Available at <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf>.

The second framework is police (administrative) law. Regulations concerning police activities oriented at preserving public order and the prevention of crime allow for short deprivation of liberty if a certain behaviour of person indicates that it is likely that the person may commit a crime because, for example, the person intends to take part in riots or brawling between football hooligans, which is foreseeable from his or her behaviour and from objects found in the possession of the person. As this kind of deprivation of liberty is not connected with criminal procedure, it may be described as a non-criminal preventive arrest. Examples of this may be found in both countries mentioned above.

In Denmark, § 5 (3) of the Danish Law on Police Activities (Lov om politiets virksomhed) 2015¹² provides that where the less intrusive measures set out in subsection 2 are found to be inadequate to avert a danger, the police may, if necessary, detain the person or persons causing the danger. Such detention must be as short and moderate as possible and should not extend beyond 6 hours where possible. In the case of danger related to riots, the detention should not extend beyond 12 hours where possible (§ 9 (3) of the Danish Law on Police Activities).

In Poland, non-criminal preventive arrest is regulated generally in Article 15 (3) of the Police Act (Ustawa o Policji) 1990¹³, according to which the police have the power to arrest persons, obviously causing imminent danger to life or health and to property. Separate grounds of arrest are provided for persons using violence in family if they cause direct danger to human life or health (Article 15a (1) of the Police Act 1990).

The comparison between criminal and non-criminal preventive arrest leads to the observation that in the first case, it is necessary to have a reasonable suspicion that a crime has already been committed (which usually warrants the possibility of initiating criminal proceedings) and that there is a threat of another criminal act, while in the case of police law, there is no reasonable suspicion of past offence required, only the threat of future offence. In other words, in the first case, investigation

¹² Available at <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/1270>.

¹³ Available at http://www.policja.pl/ftp/pliki/police_act.pdf.

takes place (on the base of criminal procedure law), and in the second case, non-criminal police operations/activities (on the base of police law). The distinction between criminal procedure and police law is very important because there might be different competent authorities, guarantees, periods of detention, etc. It is also possible that preventive arrest is regulated only as a non-criminal measure by police law. In some countries, the distinction between preventive arrest in criminal procedure and police law is not so sharp. This is particularly visible in the case of common law countries, where the police act on the basis of police law during investigations of past criminal acts or purely preventive operations/activities¹⁴. For example, section 24 of the English Police and Criminal Evidence Act 1984 regulates both situations: (1) A constable may arrest without a warrant—(a) anyone who is about to commit an offence; (b) anyone who is in the act of committing an offence; (c) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an offence; (d) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be committing an offence. (2) If a constable has reasonable grounds for suspecting that an offence has been committed, he may arrest without a warrant anyone whom he has reasonable grounds to suspect of being guilty of.

The aim of non-criminal preventive arrest is the interruption of antisocial activity before it fulfils elements of crime rather than the initiation of criminal proceedings.

The above presents a wide possibility of the use of preventive arrest on the basis of domestic law in many European states and raises a question as to which forms of preventive detention are presently allowed under the ECHR.

¹⁴ Therefore, it is very difficult for a common law lawyer to understand the civil law concept of criminal procedure and police law. For more on the issue in the context of German regulations, see ENGELHART, Marc, Countering Terrorism at the Limits of Criminal Liability in Germany in: DYSON Matthew, VOGEL Benjamin (eds.), *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*. Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2018, p. 457–461.

3. POSITION OF THE ECtHR IN OSTENDORF V. GERMANY AND EARLIER CASES

In some cases, the ECtHR analysed the problem of preventive arrest. The first important issue was which ground listed in Article 5 (1) is applicable. For decades, the Court took the view that point c is inapplicable to pure preventive detention¹⁵. Recapitulation of the position may be found in the case of *Ostendorf v. Germany*¹⁶. In that case, before a match, a group of football fans from Bremen, known to the police as troublemakers, was told by the police in Frankfurt am Main not to leave the police escort and not to try to engage in any confrontation with the football fans of the opposite side. The applicant ignored that and left the escort. Besides, when the mobile found in his possession rang in the presence of the police officers, it displayed the name of a person from Frankfurt am Main. This the police interpreted as setting up a brawl. Ostendorf was arrested at 2:30 pm and detained at the police station until 6:30 pm to prevent him from committing an offence. It was not contested in the case that, although it was only for a short time, he was deprived of his liberty. The question was, therefore, whether any ground in Article 5 (1) was applicable to justify the detention.

By first examining Article 5 § 1 (c), the Court observed that the applicant had not yet committed a criminal offence, and therefore the first part of the paragraph was inapplicable. In the alternative in sub-paragraph c (“when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence”), the Court expressed the opinion “that under paragraphs 1 (c) and 3 of Article 5, detention to prevent a person from committing an offence must, in addition, be <<effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority>> and that that person is <<entitled to trial within a reasonable time>>. Under its long-established case-law, the second alternative of Article 5 § 1 (c) therefore only governs pre-trial detention and not custody for preventive purposes without the person

¹⁵ See cases *Ječius v Lithuania*, judgment of the ECtHR of 31 July 2000, application n. 34578/97 and *Schwabe and M. G. v Germany*, judgment of the ECtHR of 1 December 2011 r., applications n. 8080/08 and 8577/08.

¹⁶ Judgment of the ECtHR of 7 March 2013 in case *Ostendorf v Germany*, application n. 15598/08.

concerned being suspected of having already committed a criminal offence”¹⁷. In this case, the arrest was aimed at preventing crime and not at prosecuting the crime committed. Sub-paragraph c was therefore declared inapplicable. Regarding the suggestion of the German government to revise the case law concerning the issue, the Court answered that “that interpretation could neither be reconciled with the entire wording of sub-paragraph (c) of Article 5 § 1 nor with the system of protection set up by Article 5 as a whole. (...) In particular, contrary to the Government’s submission, the term <<trial>> does not refer to a judicial decision on the lawfulness of the preventive police custody. Those proceedings are addressed in paragraph 4 of Article 5”¹⁸. Further, the Court did not agree with the argument of the German government, that accepting this interpretation means that the second alternative of Article 5 § 1 (c) can be considered as superfluous in addition to the first alternative of that provision because the second alternative may refer to cases of criminal preparation of an offence¹⁹. Referring to the subsequent argument, that interpretation of Article 5 must take into account the positive obligations of the states under Articles 2 and 3, the Court observed that “The State’s positive obligations under different Convention Articles do not, therefore, as such warrant a different or wider interpretation of the permissible grounds for a deprivation of liberty exhaustively listed in Article 5 § 1”²⁰.

Rejecting the possibility of applying sub-paragraph c, the Court pointed out the second part of sub-paragraph b (“in order to secure the fulfilment of an obligation prescribed by law”) as an adequate ground for preventive arrest. The Court observed that the “obligation here at issue, namely, to keep the peace by not committing a criminal offence can only be considered as <<specific and concrete>> for the purposes of that provision if the place and time of the imminent commission of the offence and its potential victim(s) have been sufficiently specified. The Court is satisfied that this was the case here. The applicant was to be prevented from arranging a brawl between Bremen and Frankfurt

¹⁷ *Ostendorf v Germany*, § 82.

¹⁸ *Ostendorf v Germany*, § 85.

¹⁹ *Ostendorf v Germany*, § 86.

²⁰ *Ostendorf v Germany*, § 87.

am Main hooligans in the hours before, during or in the hours after the football match on 10 April 2004 in the city of Frankfurt or its vicinity and from committing offences including bodily assaults and breaches of the peace during such a brawl”²¹. The Court underlined that the applicant was ordered by the police to stay with the group, with a clear indication that any person leaving the group would be arrested²².

Moreover, in the Court’s opinion, by taking the preparatory acts, the applicant showed that he was going to disobey his obligation to keep the peace, and the arrest was not of a punitive nature, but intended only to ensure fulfilment of the obligation. The nature of the obligation, whose fulfilment was sought, was itself compatible with the Convention. It was also underlined that the arrest was lifted as soon as the obligation was “fulfilled” for the purposes of Article 5 (1) (b). Lastly, the Court noted that a due balance has been struck between the importance of securing the immediate fulfilment of the obligation in question in a democratic society and the importance of the right to liberty²³.

Based on these arguments, the Court decided that the applicant’s arrest was justified under Article 5 § 1 (b).

A concurring opinion was given to the judgment by judges Lemmens and Jäderblom. Accepting the view of the majority that there was no breach of Article 5 in the case, they argued, however, that the proper ground of deprivation of liberty in the case was Article 5 § 1 (c), because in fact the applicant was arrested to prevent commission of a crime or regulatory offence, not to enforce any police order, or for the mere fact of leaving the group being escorted to the stadium. The obligation not to commit criminal acts or regulatory offences was, in the opinion of the two judges, too general for the purpose of Article 5 § 1 (b) of the Convention. Indicating that Article 5 § 1 (c) was applicable, they expressed the view that “in situations where there is a vital public interest in preventing someone from committing an offence a limited possibility does exist for the law enforcing authorities to detain that person for a short period, even if he has not yet committed a crime and therefore

²¹ *Ostendorf v Germany*, § 93.

²² *Ostendorf v Germany*, § 95.

²³ *Ostendorf v Germany*, § 101 – 102.

without the possibility that criminal proceedings will be opened against him”²⁴. The authors of the concurring opinion referred to the early case of Lawless, pointing out that the subsequent judgments of the Court inappropriately restricted the purpose of bringing the detainee before a judge, as required in Article 5 § 3 to “deciding on the merits”, while the other possibility is examination of the question of deprivation of liberty.

4. POSITION OF THE ECtHR IN *S., V., AND A. v. DENMARK*

The view expressed in the Ostendorf case and other cases that were decided afterwards has been criticised. In the commentary on the judgment, it was pointed out that the view leads to arbitrariness, whereas the *ratio legis* of Article 5 (1) is to prevent arbitrary deprivation of liberty²⁵. Further, in the judgment of 15 February 2017²⁶, the Supreme Court of the United Kingdom expressed the opinion that Article 5 § 1 (b) was inapplicable to preventive arrest and followed the opinion of the minority in the Ostendorf judgment, declaring that 5 § 1 (c) was an adequate ground for detention. In the opinion of the Supreme Court, an obligation mentioned in Article 5 § 1 (b) must be more specific than a general obligation not to commit a crime, and from a practical point of view, there are sometimes situations when the police must act immediately without time to give a warning. Therefore the police who use preventive arrest must rely on Article 5 § 1 (c), and in the case of a short arrest, the police is not obliged to take the persons arrested before magistrates to be bound over to keep the peace, as this would be an unnecessary prolongation of their detention.

The criticism and the increasing role of preventive arrest in the legal systems of the parties to the Convention persuaded the Court to reconsider its position. The occasion for that was the case of *S., V., and A. v. Denmark*, which was referred for judgment to the Grand Chamber.

²⁴ *Ostendorf v Germany*, dissenting opinion, § 4.

²⁵ Detention: football hooliganism – preventive detention – *Ostendorf v Germany* (15598/08), *European Human Rights Law Review*, v. 4, 2013, p. 428 – 432.

²⁶ *R (on the application of Hicks and others) v The Commissioner of Police for the Metropolis*, [2017] UKSC 9.

In this case, the applicants were Danish football hooligans who came to Copenhagen for a football match with Sweden. As the Danish police received intelligence that brawls between the hooligans from both sides were planned, they sent police officers to identify known troublemakers. The applicants were known to the police for being members of groups of hooligans, and there were also some signs that they were going towards a place where a fight between hooligans of both nationalities had already begun. Therefore, they were stopped by the police and kept in detention for 6–7 hours, until the last group of football fans was arrested for breaching public order.

In its analysis, the Court pointed out that the case “reveals a need for the Court to revisit and further clarify its case-law, not only with a view to ensuring greater consistency and coherence but also in order to address more appropriately modern societal problems of the kind at issue in the case”²⁷. It was underlined that many countries are facing problems with preventing offences and the breaching of public order during football matches and other mass events. It also quoted a passage from the Report of the Conference of Senior Officials on Human Rights to the Committee of Ministers, who, during discussions on the project of the Convention, expressed the opinion that “where authorised arrest or detention is effected on reasonable suspicion of preventing the commission of a crime, it should not lead to the introduction of a régime of a Police State. It may, however, be necessary in certain circumstances to arrest an individual to prevent his committing a crime, even if the facts which show his intention to commit the crime do not of themselves constitute a penal offence”²⁸.

For the above-mentioned reasons, the Grand Chamber adopted a different view from the view, which was expressed in earlier cases concerning sub-paragraphs b and c of Article 5 § 1 of the ECHR. From sub-paragraph b, the Court observed that “prior to their detention, the applicants were not given any specific orders, for example to remain with one group or another or to leave a specific place, and were not given a

²⁷ *S., V., and A. v Denmark*, § 103.

²⁸ COUNCIL OF EUROPE, Preparatory Work on Article 5 of the European Convention on Human Rights, DH 56 (10), Strasbourg, 8 August 1956, p. 19.

clear warning of the consequences of their failure to comply with such an order. Nor were they told by the police which specific act they were to refrain from committing. It also does not appear that anyone in the group had been found in possession of instruments typically used in hooligan brawls”²⁹. The mere existence of criminal law provisions forbidding breaching public order, damage to property, or causing injuries was regarded as insufficient. The Court recalled its position in *Schwabe* that the “duty not to commit a criminal offence in the imminent future cannot be considered sufficiently concrete and specific to fall under Article 5 § 1 (b), at least as long as no specific measures have been ordered which have not been complied with”³⁰. The Court also rejected the Danish government’s argument that a large police presence was sufficient to make the applicants aware that they should refrain from instigating hooligan fights at the place and time of the match, because the presence is usual during mass sport events and cannot be compared to the measures taken in *Ostendorf*. Such a wide interpretation of sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 would be incompatible with a notion of the rule of law. Therefore the circumstances of the case were different from those in *Ostendorf*, and the applicants’ detention was not covered by sub-paragraph (b) of Article 5 § 1³¹.

Turning to sub-paragraph (c) of Article 5 § 1, the Court pointed out that a strict interpretation of the term “offence” used in the provision constitutes an important safeguard against arbitrariness, because it does not permit a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals. Also in order to avoid arbitrariness, the sub-paragraph requires that the authorities must show in a convincing manner that “the person concerned would in all likelihood have been involved in the concrete and specific offence, had its commission not been prevented by the detention”³². This is similar to the requirement of showing reasonable suspicion of having committed an offence related to past offences.

²⁹ *S., V., and A. v Denmark*, § 84.

³⁰ *S., V., and A. v Denmark*, § 83.

³¹ *S., V., and A. v Denmark*, § 85 – 87.

³² *S., V., and A. v Denmark*, § 91.

Then the Court observed that sub-paragraph c describes three types of situations when the lawful arrest or detention of a person is possible: “on reasonable suspicion of having committed an offence”, “when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence”, or when it is reasonably considered necessary to prevent fleeing after having committed an offence³³. The Court referred to the *travaux préparatoires* of the Convention,³⁴ which show that the second limb was intended as a separate ground for the deprivation of liberty. That interpretation was adopted by the Court in the *Lawless* case³⁵ and some subsequent cases, including *Matznetter v. Austria*³⁶ and *Ireland v. the United Kingdom*³⁷. Surprisingly, the Court departed from that interpretation twenty-seven years later in the *Ciulla* case³⁸ stating merely that “sub-paragraph (c) permits deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings”. The Court did not explain the contradiction with *Lawless* in the *Ciulla* case or in any other subsequent decided case. After the analysis, “the Grand Chamber finds that it is necessary to clarify and adapt its case-law under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1, and in particular to accept that the second limb of that provision can be seen as a distinct ground for deprivation of liberty, independently of the first limb. Although the “purpose” requirement under Article 5 § 1 (c) applies also to deprivation of liberty under the second limb of this provision, this requirement should be applied with a degree of flexibility so that the question of compliance depends on whether the detainee, as required by Article 5 § 3, is intended to be brought promptly before a judge to have the lawfulness of his or her detention reviewed, or to be released before such time. Furthermore, in the event of failure to comply with the latter

³³ *S., V., and A. v Denmark*, § 98 – 99.

³⁴ COUNCIL OF EUROPE, *Preparatory...*, supra, p. 32.

³⁵ Judgment of the ECtHR of 1 July 1961 in case *Lawless v Ireland* (n. 3), application n. 332/57.

³⁶ Judgment of the ECtHR of 10 November 1969 in case *Matznetter v Austria*, application n. 2178/64.

³⁷ Judgment of the ECtHR of 13 December 1977 in case *Ireland v. the United Kingdom*, application n. 5310/71.

³⁸ Judgment of ECtHR of 22 February 1989 in case *Ciulla v Italy*, application n. 11152/84, § 38.

requirement, the person concerned should have an enforceable right to compensation in accordance with Article 5 § 5. In other words, subject to the availability under national law of the safeguards enshrined in Article 5 §§ 3 and 5, the purpose requirement ought not to constitute an obstacle to short-term detention in circumstances such as those at issue in the present case³⁹. Having in mind the objections as to the relations between § 1 and § 3 of Article 5, the Court underlined that “when a person is released from preventive detention after a short period of time, either because the risk has passed or, for example, because a prescribed short time-limit has expired, the purpose requirement of bringing the detainee before the competent legal authority should not as such constitute an obstacle to short-term preventive detention falling under the second limb of Article 5 § 1 (c)”⁴⁰.

The view expressed in the judgment of the Grand Chamber was followed in the subsequent case of *Hannah Eiseman-Renyard and others v. the United Kingdom*⁴¹. The case was taken to Strasbourg by the appellants in the case of *Hicks and others* mentioned above; it was decided by the UK Supreme Court and concerned with a deprivation of liberty to prevent a breach of the peace⁴². The ECtHR declared the applications inadmissible, founding that the offence of the breach of the peace is sufficiently concrete and specific in English law. In the circumstances of the case, “an objective observer would be satisfied that the applicants would in all likelihood have been involved in the concrete and specific offence had its commission not been prevented by their detention”; the applicants were released as soon as the imminent risk had passed and their deprivation of liberty was matter of hours only⁴³.

³⁹ *S., V., and A. v Denmark*, § 137.

⁴⁰ *S., V., and A. v Denmark*, § 126.

⁴¹ Decision of the ECtHR of 28 March 2019, application n. 57884/17.

⁴² According to common law „Every constable, and also every citizen, enjoys the power and is subject to a duty to seek to prevent, by arrest or other action short of arrest, any breach of the peace occurring in his presence, or any breach of the peace which (having occurred) is likely to be renewed, or any breach of the peace which is about to occur”. *R (Laporte) v Chief Constable of Gloucester* [2007] 2 AC 105.

⁴³ *Hannah Eiseman-Renyard and others v the United Kingdom*, § 41 – 43.

The judgment in *S., V., and A. v. Denmark* leads to the conclusion that the views that Article 5 § 1 (c) does not allow for any kind of pure preventive deprivation of liberty because it is not possible to detain somebody for a crime that has not yet been committed⁴⁴ has become outdated. Further, it rightly precludes wide interpretation of Article 5 § 1 (b). As the Court pointed out in *Schwabe and M. G. v. Germany*⁴⁵, the latter provision “does not justify, for example, administrative internment meant to compel a citizen to discharge his general duty of obedience to the law”. The judgment has implications for both criminal procedure and police (administrative) law.

5. IMPLICATIONS FOR CRIMINAL PROCEDURE

The question arises whether today preventive arrest may be applied within criminal procedures in conformity with ECHR standards and whether there are reasons for such regulation in criminal procedures, not only in police law. In *Ostendorf*, the Court declared Article 5 § 1 (c) inapplicable to short-term deprivation of liberty because of the view that it permitted deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings and pre-trial detention. However, in many cases, the risk disappears after a few hours or is then so low that application for pre-trial detention would not be justified. The Court tried to solve the problem in *Austin and others v. the United Kingdom*⁴⁶ by declaring that containing persons within a police cordon for a few hours to prevent injury or damage to property was not a deprivation of liberty; therefore, Article 5 was inapplicable. This reasoning is however vague⁴⁷ and risky. More convincing is the view adopted by the three dissenting judges that there was a deprivation of liberty in the case.

⁴⁴ RAINEY Bernadette, WICKS Elizabeth, OVEY Clare, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 245; HARRIS David et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 319.

⁴⁵ *Schwabe and M. G. v Germany*, § 73.

⁴⁶ Judgment of the ECtHR of 15 March 2012 in case *Austin and others v the United Kingdom*, applications n 39692/09, 40713/09 and 41008/09.

⁴⁷ ASHWORTH Andrew, ZEDNER Lucia. *Preventive...*, supra, p. 59 – 64.

The issue in *S., V., and A. v. Denmark* was whether sub-paragraph (c) of Article 5 § 1 is applicable to preventive detention aside from criminal proceedings. This was because of the particular circumstances of the case. This does not mean, however, that the judgment has no implications for the possibility of the use of preventive arrest within criminal procedure. Such a situation would be less problematic if the crime under investigation was criminal preparation or attempt, and arrest was applied to prevent completion of the elements of crime, as the jurisprudence of ECtHR directly indicated such a situation as an example of the application of Article 5 § 1 (c) of the ECHR⁴⁸. In a situation in which the criminal act under investigation is different from the criminal act that is to be prevented, the answer is not easy.

Criminal procedure is traditionally perceived as reactive, and targets crimes already committed⁴⁹. Further, the use of coercive measures within criminal procedures focuses on its main aim: making a decision on the criminal responsibility of the accused. This is done mainly by securing his presence during the proceedings and avoiding interference with evidence. Therefore, the traditional grounds for the application of such coercive measures as arrest, pre-trial detention, police supervision, or house arrest are the risks of absconding or hiding, and the risk of tampering with evidence. Prevention of crime was traditionally regarded as something distant from criminal procedure, and a matter of police work and police law. Therefore, it is argued that the values of criminal procedure militate against using its regulations for purely preventive purposes⁵⁰.

However, the perception of criminal procedures is changing⁵¹. Nowadays, many authors have pointed out its role in crime

⁴⁸ *Ostendorf v Germany*, § 86.

⁴⁹ ASHWORTH Andrew, ZEDNER Lucia. Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions, *Criminal Law and Philosophy*, v. 2, n. 2, 2008, p. 40.

⁵⁰ DUFF Anthony et al. *The Trial on Trial: Volume 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*. London: Hart Publishing, 2007, p. 294.

⁵¹ VERVAELE John, A. E. Special Procedural Measures and Respect of Human Rights. General Report, *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 80, 2009, p. 91; KIRCHENGAST Tyrone. *The Criminal Trial in Law and Discourse*, Houndmills. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010, p. 220.

prevention⁵². As J.A.E. Vervaele observes “The criminal justice system is increasingly used as an instrument to regulate the present and the future and not to punish for behaviour in the past”⁵³. Further, the concept of the positive obligation of the state to prevent crime requires an effective, complex framework of crime prevention, in which criminal procedure may be one of the instruments⁵⁴. This has an impact on the regulations adopted in national legislations. In some criminal procedures, the risk that a suspected person may commit a crime is a ground for arrest, while in others, it is not. Regulation of the issue therefore depends on the legal system. The first European criminal procedure that introduced preventive grounds for arrest was probably the Austrian Code of Criminal Procedure 1873⁵⁵. According to § 175 (4) of the code, an investigating judge had the power to order the arrest of a person suspected of felony or misdemeanour if special circumstances justified the fear that the suspect might repeat a criminal act or complete a crime attempted or threatened. Similar regulations may be found in newer criminal procedures, for example, in the above-mentioned Danish and Polish provisions.

Nevertheless, in many criminal procedures, preventive grounds for arrest are not provided. For example, in Italy, the code of criminal procedure provides for arrest only related to a crime already committed⁵⁶.

⁵² HIRSCH BALLIN Marianne F. H. *Anticipative Criminal Investigation. Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and in the United States*. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2012, p. 584 – 585; PRADEL Jean, *Procédure pénale*, Paris: Cujas, 2015, p. 17.

⁵³ VERVAELE John, A. E. Special..., supra, p. 91.

⁵⁴ Judgment of the ECtHR of 28 October 1998 in case *Osman v the United Kingdom*, application n. 23452/94. See also LAWRYSEN Laurens, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*. Cambridge–Antwerp–Portland: Intersentia 2016, p. 51 and LAZARUS Liora. Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect and Care? in: ZEDNER Lucia, ROBERTS Julian V. (eds.). *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 147.

⁵⁵ Strafprozeßordnung 1873. Available at <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/StPOOE1873.htm>.

⁵⁶ GALLI Francesca. *The law on terrorism: The UK, France and Italy compared*. Bruxelles: Bruylant, 2015, p. 145–146.

In Poland, prevention may be invoked in the criminal procedure as a ground for pre-trial detention, but not for arrest by the police, except in the above-mentioned domestic violence cases.

On the basis of Article 5 § 1 (c) of the ECHR, regulating the issue of preventive deprivation of liberty in criminal procedure regarding another crime other than the subject matter of a prosecution was problematic under the Ostendorf standards, as this would require the judicial control and initiation of criminal proceedings, which in the case of the prevention of crime is usually not possible, because if a criminal act has been prevented, criminal prosecution is not possible. The new approach in *S., V., and A. v. Denmark* changes the situation, opening the possibility of using short-time deprivation of liberty as a measure for preventing the continuation of criminal activity or commission of a new crime by a person who is already a suspect in criminal proceedings. In light of the judgment, it is also hard to share the opinion⁵⁷ that the expression “when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence”, used in Article 5 § 1 (c) does not clearly refer to another offence other than the one under investigation.

In the case of criminal preventive arrest, the person arrested would be subjected to the regime of criminal procedure, not police law, which may be more protective (for example, better access to materials justifying preventive arrest and more stringent rules concerning admissibility of evidence). It also avoids mixing the two regimes: for example, criminal procedure for search of the person and police law for preventive arrest. It should also be observed that sometimes, according to criminal procedure, the authorities may arrest a person for strictly procedural reasons (for example, risk of flight or impossibility of establishing the identity of the person), and at the same time or later, the risk of committing a new crime is established. It would be easier to apply one set of rules for such a situation, instead of the application of parallel procedural and non-procedural measures.

⁵⁷ MERKEL Grischa. Detention before Trial and Civil Detention of Dangerous Individuals in: BROWN Darryl K., IONTCHEVA TURNER Jenia, WEISSER Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 506.

6. IMPLICATIONS FOR POLICE LAW

The new position of the ECtHR also has implications for police (administrative) law, as this was the issue in the *S., V., and A. v. Denmark* case. The need for preventive arrest may arise more often in police operations than in the framework of criminal procedure, which is connected with situations such as football hooliganism, riots, or terrorism.

According to the *S., V., and A. v. Denmark* judgment, Article 5 § 1 c may be a ground not only for preventive arrest in the framework of criminal procedure but also in the framework of law regulating police operations. Therefore, the Ostendorf requirement of showing disobedience with respect to a certain obligation, which was in many cases difficult to fulfil, as the risk was often imminent and there was a need for acting, not for giving warnings, may be replaced by identification of the risk of future crime. Of course, the crime must be identified with adequate precision in relation to the type of crime, place, and date. Therefore, general internment is not possible.

This may be seen as easing the work of the police, as no prior warning, ban, or restriction is required. The police may now arrest the person in the first contact if the risk of crime is adequately established.

7. REQUIREMENTS FOR PREVENTIVE ARREST

An important question is in which circumstances preventive arrest is allowed. The Court in *S., V., and A.* and in other judgments identified several requirements that must be observed so that preventive detention would not be arbitrary.

First, for an arrest to be lawful, it must have a legal base in the domestic law. Arrest is a serious interference with the right to personal liberty; therefore, procedural, and substantive requirements must be regulated in law. This requires not only that, formally, there is a legal provision allowing arrest, but that the provision must be sufficiently precise, especially concerning grounds, time, relevant authorities, and accessibility for the citizens⁵⁸.

⁵⁸ Judgment of the ECtHR of 23 September 1998 in case *Steel and others v the United Kingdom*, application n. 24838/94, § 52-54; judgment of the ECtHR of

Second, the term “offence”, mentioned in Article 5 § 1 (c), must be interpreted strictly. The risk of tort or antisocial behaviour not constituting an offence is not enough. However, the term has an autonomous meaning in the ECHR⁵⁹ and does not have to be limited to conduct that has been characterised as an offence under national law⁶⁰. The elements of the offence must be sufficiently well defined. As the ECtHR indicated in *Steel and others*⁶¹ “given the importance of personal liberty, it is essential that the applicable national law meet the standard of “lawfulness” set by the Convention, which requires that all law, whether written or unwritten, be sufficiently precise to allow the citizen – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail”. This requirement is particularly important today in terrorism cases, where general, vague definitions of offences significantly increase the risk of arbitrary arrest⁶².

Third, according to the Court case law, preventive arrest may be applied to prevent a concrete and specific offence⁶³. This requirement is connected with the use of the singular form (“offence”) and the general requirement that arrest is not arbitrary. The offence must be concrete and specific regarding, in particular, the place and time of its commission and its victims⁶⁴. It is not enough to refer to a crime generally or to a particular type of crime only. Therefore, general reference to “offences of an extremist nature” was not regarded as specific enough to satisfy the requirements of Article 5 § 1 (c).⁶⁵ Of course, it would be impossible to expect such details as the exact number of victims, *modus operandi* of

12 January 2010 in case *Gillan and Quinton v the United Kingdom*, application n. 4158/05, § 76–87.

⁵⁹ Judgment of the ECtHR of 8 June 1976 in case *Engel and others v the Netherlands*, applications n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72.

⁶⁰ *Steel and others v the United Kingdom*, § 48-49.

⁶¹ *Steel and others v the United Kingdom*, § 54.

⁶² GALLI Francesca. *The Law...*, supra, p. 41-90.

⁶³ Judgment of the ECtHR of 21 June 2011 in case *Shimovolovs v Russia*, application n. 30194/09, § 53 – 55.

⁶⁴ *Schwabe and M. G. v Germany*, § 70.

⁶⁵ *Shimovolovs v Russia*, §55.

the perpetrator, description of injuries, or names of participators in the crime. It could be observed that in the Danish case, the Court declared the offence concrete and specific because, as “the second and third applicants and the first applicant respectively had been prevented from instigating or continuing to instigate a brawl between football hooligans at Amagertorv Square at 3:50 p.m. and in front of Tivoli Gardens at 4:45 p.m. on the relevant day, the place and time could be very precisely described. Likewise, the victims could be identified as the public present at those places at the times mentioned”⁶⁶.

Fourth, the Court underlined that “the authorities must furnish some facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned would in all likelihood have been involved in the concrete and specific offence had its commission not been prevented by the detention”⁶⁷. As was underlined in *Kurt v. Austria*⁶⁸ “a risk must be real and immediate in order to trigger a State’s positive obligation under Article 2 to take preventive operational measures for life protection”. In the same judgment, it was indicated that “the scope of the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. The Court is fully conscious of the difficulties encountered by the domestic authorities when deciding, as in the instant case, whether or not to issue a barring order against a suspect or even arrest him or her, on the basis of limited information available, often under time pressure and by nonetheless carefully balancing the rights of the person who poses a threat on the one hand, and the rights of the victim(s) on the other. It is therefore most relevant to recapitulate what was known to the authorities at the time when they decided which measures to take in respect of E., taking into account the competencies accorded to them by the law and a certain discretion offered by this law”.⁶⁹ In recent judgments, the ECtHR also made a distinction between cases concerning protection of identified

⁶⁶ *S., V., and A. v. Denmark*, § 158.

⁶⁷ *S., V., and A. v. Denmark*, § 127.

⁶⁸ Judgment of the ECtHR of 4 July 2019 in case *Kurt v. Austria*, application n. 62903/15, § 72.

⁶⁹ *Kurt v. Austria*, § 69.

individuals (e.g. victims in pending proceedings) and cases where general protection of society is at stake (e.g. in case of danger emanating from a mentally unstable, alcohol addicted person with a history of violence)⁷⁰. In the second type of cases, the risk also could be real and imminent⁷¹. In the commentary to the judgment in *S. V., and A.*⁷² it is argued that the Court allowed the arrest of individuals “for offences they may commit in the near future, rather than offences that were, in practice, imminent”. In the case of domestic violence, special diligence is required, which means that the authorities are obliged to carry out a due lethal risk assessment and assess the risk, taking due account of the particular context of domestic violence⁷³. The risk assessment must refer directly to the person arrested, not to the organisation to which he or she belongs⁷⁴.

Fifth, the decision authorising preventive detention must give all the reasons for detention, present the facts established, refer to legal provisions, and explain why the detention is necessary⁷⁵. This means that the reasons must have adequate informative value. This is not the case when the “reasons given were extremely laconic and did not refer to any legal provision which would have permitted the applicant’s detention”⁷⁶. This requirement may be difficult to observe in terrorist cases, as state authorities are usually reluctant to reveal evidence and sources of information that may impede ongoing operations or investigations. The ECtHR accepts that “Certainly Article 5 § 1 (c) (art. 5-1-c) of the Convention should not be applied in such a manner as to

⁷⁰ See the judgment of ECtHR of 17 December 2020 in case *Kotilainen v Finland*, application n. 62439/12, § 65 – 73 and the judgments quoted.

⁷¹ Judgment of ECtHR of 18 September 2014 in case *Bljakaj and others v Croatia*, application n. 74448/12, § 120 - 121.

⁷² STEINBRECHER Marie, WADHAM John. S, V and A against Denmark: Grand Chamber authorises preventive detention, *European Human Rights Law Review*, n. 1, 2019, p. 88.

⁷³ Judgment of the ECtHR (Grand Chamber) of 15 June 2021 in case *Kurt v Austria*, application n. 62903/15, § 166 – 176.

⁷⁴ Judgment of the ECtHR of 6 April 2000 in case *Labita v Italy*, application n. 26772/95, § 162 – 163.

⁷⁵ *S., V., and A. v. Denmark*, § 92.

⁷⁶ *S., V., and A. v. Denmark*, § 92.

put disproportionate difficulties in the way of the police authorities of the Contracting States in taking effective measures to counter organised terrorism (...) It follows that the Contracting States cannot be asked to establish the reasonableness of the suspicion grounding the arrest of a suspected terrorist by disclosing the confidential sources of supporting information or even facts which would be susceptible of indicating such sources or their identity”, but at the same time underlines that “the Court must be enabled to ascertain whether the essence of the safeguard afforded by Article 5 § 1 (c) (art. 5-1-c) has been secured. Consequently the respondent Government have to furnish at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence”⁷⁷.

Sixth, arrest and detention must be “reasonably considered necessary” in the circumstances of the case. This is a reference to the proportionality principle. In the context of that requirement, in the Court’s view “less severe measures have to be considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained. Preventive detention cannot reasonably be considered necessary unless a proper balance is struck between the importance in a democratic society of preventing an imminent risk of an offence being committed and the importance of the right to liberty. In order to be proportionate to such a serious measure as deprivation of liberty, the concrete and specific “offence” referred to under the second limb of Article 5 § 1 (c) must also be of a serious nature, entailing danger to life and limb or significant material damage”.⁷⁸ Therefore a risk of theft, fraud or similar non-violent crime will generally not justify preventive deprivation of liberty. It follows in addition that the detention should cease as soon as the risk has passed, which requires monitoring, the duration of the detention being also a

⁷⁷ Judgment of the ECtHR of 30 August 1990 in case *Campbell and Hartley v the United Kingdom*, applications n. 12244/86, 12245/86 and 12383/86, § 34. See also judgment of the ECtHR of 16 October 2001 in case *O’Hara v the United Kingdom*, application n. 37555/97, § 34–37.

⁷⁸ *S., V., and A. v. Denmark*, § 161.

relevant factor”⁷⁹. In some situations, measures such as confiscation of objects or police supervision may be sufficient⁸⁰. Fulfilment of positive obligations cannot lead to breach of Article 5 of ECHR⁸¹. Further, there must be consideration for the extent to which the measures affect interests protected by rights other than the right to personal freedom guaranteed by the Convention (for example, freedom of assembly or freedom of expression)⁸².

Seventh, the detainee shall be brought promptly before a judge to have the lawfulness of his or her detention reviewed, or to be released before such time (Article 5 § 3). In the case of a short-time arrest, the person concerned is usually not brought before a judge while still arrested, but after release, he or she may challenge the decision or procedure of arrest. Finding a breach of relevant regulations by a judge in such a situation may give not only satisfaction and kind of rehabilitation but also a ground for claiming damages. In the Court’s opinion “release <<at a time before prompt judicial control>> in the context of preventive detention should be a matter of hours rather than days”⁸³. It must also be underlined that release before judicial control does not remove the question of the lawfulness of detention, as the right to judicial review must be real and effective⁸⁴. Therefore, the person is still entitled to have a judicial review of the detention.

Eighth, in the case of failure to comply with the requirements, the person concerned should have an enforceable right to compensation in accordance with Article 5 § 5 of the ECHR⁸⁵.

These requirements are common in criminal procedure and police law. In the case of preventive arrest within criminal procedure, presumption of innocence and rights of defence must also be observed,

⁷⁹ *S., V., and A. v. Denmark*, § 161.

⁸⁰ *Schwabe and M. G. v. Germany*, § 75.

⁸¹ *Schwabe and M. G. v. Germany*, § 85.

⁸² *Schwabe and M. G. v. Germany*, § 119.

⁸³ *S. V., and A. v Denmark*, § 134.

⁸⁴ See judgment of the ECtHR of 8 April 2010 in case *Peša v Croatia*, application n. 40523/08, § 110 – 126.

⁸⁵ *Schwabe and M. G. v Germany*, § 136.

and the arrest shall not prejudice the case against the person arrested, for example, by suggesting to the trier the fact that he is so dangerous that he must be sent to prison even if the evidence of his guilt raises doubts.

The three legal systems presented above clearly reveal compliance with the first requirement: regulation in domestic law. The second requirement is more problematic, as the Polish and Danish regulations in police law refer to danger, not to offence. Therefore in order to comply with the requirements of Article 5 § 1 (c), the notion of danger requires narrow interpretation, limited to danger of offence. In the third requirement, the offence being concrete and specific is not directly listed in the regulations presented; therefore, the interpretation of danger of offence must be further limited to situations when the potential offence could be described precisely enough. Regarding the fourth requirement, it is required directly or indirectly in all regulations. Informing the person arrested about the grounds of arrest is required in the laws of the three states, although the issue of due justification is largely a matter of practice. The sixth requirement (proportionality) is the most problematic. It is certainly fulfilled in the Polish CCP, narrowing the preventive arrest to domestic violence. In Danish police law, it is limited to the danger of disturbing public order or danger to individuals or public order, and the subsidiarity clause is included. In Polish police law, there is reference to danger to life, health or property. The third type of danger might not fulfil the proportionality principle because the right to personal freedom is generally of higher value than property rights. The Danish criminal procedure refers to offences subject to public prosecution, which is very wide but forbids disproportionate arrests (Article 755 (4) of the Danish Administration of Justice Act). The English regulation refers to offences generally, but this is limited by Article 24 (5) (c) and (d) of the Police and Criminal Evidence Act 1984, which refers to physical injury, loss or damage to property, public decency, unlawful obstruction of the highway and protection of a child or vulnerable person. The most problematic in the context of the proportionality principle seems to be the protection of property and public decency. All three systems provide judicial control (the seventh requirement). Nothing in the jurisprudence of the ECtHR suggests that the systems generally do not provide an effective right to compensation.

8. CONCLUSIONS

The new approach of the ECtHR may have significant consequences for the development of preventive justice in Europe. The Court has recognised new threats to public security and extended the possibility of preventive arrest. Therefore, we can conclude that an arrest for preventive purposes can now be applied more easily. One may wonder whether that change in the Convention standards will not force the Court to further reassess its position in the near future. Important social problems and threats (e.g. domestic violence, terrorism, criminal cases related to the COVID-19 pandemic) and the development of the concept of positive obligations of states give a good occasion for that. An important aspect is the development of the concept of special diligence in relation to some risks. In *Kotilainen*,⁸⁶ the ECtHR accepted that the crime committed was not reasonably foreseeable, so there was no real and immediate risk to life directed at identifiable individuals whom the authorities knew or ought to have known at the relevant time. However, the Court found a breach of Article 2, indicating that in situations involving a high level of risk (such as misuse of firearms), there is a special duty of diligence on the authorities, requiring their action without any high threshold for the application of preventive measures. This approach was also taken by the Grand Chamber in *Kurt v. Austria* in the context of domestic violence. In the future, this may result in lowering the threshold for intervention in this type of cases. Further, the requirement of due risk analysis may lead to the development and wider use of risk assessment tools and procedures. Another scenario is that the wide opening of the possibility to use preventive detention in *S. V., and A. v. Denmark* will lead to such overuse of preventive measures by the parties of ECHR that the Court will be forced to restrict its position, for example by strict interpretation of the terms “concrete and specific offence” or “real and immediate risk”.

In the light of *S. V., and A.*, preventive arrest may now be regulated more widely in the framework of criminal procedure, which may increase

⁸⁶ *Kotilainen and others v Denmark*, § 74 – 90.

the protection of the persons arrested and avoid the duplication of regimes of deprivation of liberty.

For now, a twofold regulation of preventive arrest could be proposed in countries that distinguish police law and criminal procedure:

- a) Preventive arrest applied in cases where there is an imminent risk of serious crime without suspicion of an already-committed crime. This should be regulated in police law. If suspicion of crime is established after the arrest, the regulations of criminal procedure be applied, which usually provides more guarantees, replacing police law instruments.
- b) Preventive arrest applied when there is suspicion that a certain crime has already been committed and there is an imminent risk of other serious crimes. This should be regulated in criminal procedure. The preventive ground for arrest may be applied with other procedural grounds (e.g. risk of absconding, collusion) or as a sole ground.

Considering the significance of personal freedom in a democratic society and the serious interference of preventive detention with freedom in both frameworks, the requirements of preventive arrest indicated above must be observed.

Finally, the analysis of the European standards and their comparison with the regulations in the three legal systems presented leads to the conclusion that the implementation of the standards could also be a matter of legal interpretation of existing regulations and practices, not necessarily changes in the law. However, precise regulations in the area decrease the possibility of overuse of preventive arrest by arbitrary decisions, and therefore should be strongly recommended. If the grounds for detention are general and vague, allowing for a wide interpretation, they might not comply with the requirements of Article 5 of the ECHR and may lead to a breach of the article. The analysis and comparison also show that the regulation of preventive arrest in domestic law in compliance with the Convention standards may take many forms.

REFERENCES

- Administration of Justice Act (Retsplejeloven) 1916. Available at <https://dan-skelove.dk/retsplejeloven>. Access on: September 15, 2021.
- ANGEL Arthur R. et al. Preventive Detention: An Empirical Analysis. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 6, n. 2, p. 290–396, 1971.
- Archer v The Commissioner of Police of the Metropolis*, [2020] EWHC 1567 (QB).
- ASHWORTH Andrew, ZEDNER Lucia. Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions, *Criminal Law and Philosophy*, v. 2, n. 2, p. 21–51, 2008. <http://doi.org/10.1007/s11572-007-9033-2>
- ASHWORTH Andrew, ZEDNER Lucia. *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Austrian Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung) 1873. Available at <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/StPOOE1873.htm>.
- COLE David. Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists and War, *California Law Review*, v. 97, p. 693–750, 2009.
- CORRADO Michael L. Punishment and the Wild Beast of Prey: The Problem of Preventive Detention. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 86, n. 3, p. 778–814, 1996. <http://doi.org/10.2307/1143937>
- COUNCIL OF EUROPE. Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted on 4 November 1950. Available at: <https://rm.coe.int/1680a2353>. Access on: September 15, 2021.
- COUNCIL OF EUROPE. Preparatory Work on Article 5 of the European Convention on Human Rights. DH 56 (10), Strasbourg, 8 August 1956.
- Detention: Football Hooliganism–Preventive Detention–Ostendorf v Germany (15598/08). *European Human Rights Law Review*. v. 4, p. 428–432, 2013.
- DUFF Anthony et al. *The Trial on Trial: Volume 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*. London: Hart Publishing, 2007.
- ENGELHART, Marc. Countering Terrorism at the Limits of Criminal Liability in Germany in: DYSON Matthew, VOGEL Benjamin (eds.). *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2018, p. 435–466.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Austin and others v the United Kingdom*, judgment of 15 March 2012, applications n 39692/09, 40713/09 and 41008/09.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Bljakaj and others v Croatia*, judgment of 18 September 2014, application n. 74448/12.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Campbell and Hartley v the United Kingdom*, judgment of 30 August 1990, applications n. 12244/86, 12245/86 and 12383/86.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ciulla v Italy*, judgment of 22 February 1989, application n. 11152/84.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Engel and others v the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, applications n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Gillan and Quinton v the United Kingdom*, judgment of 12 January 2010, application n. 4158/05.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hannah Eiseman-Renyard and others v the United Kingdom*, decision of 28 March 2019, application n. 57884/17.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ireland v the United Kingdom*, judgment of 13 December 1977, application n. 5310/71.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ječius v Lithuania*, judgment of 31 July 2000, application n. 34578/97

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kotilainen v Finland*, judgment of 17 December 2020, application n. 62439/12.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kurt v Austria*, judgment of 4 July 2019, application n. 62903/15.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kurt v Austria*, judgment of Grand Chamber of 15 June 2021, application n. 62903/15.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Labita v Italy*, judgment of 6 April 2000, application n. 26772/95.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Lawless v Ireland* (n. 3), judgment of 1 July 1961, application n. 332/57.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Matznetter v Austria*, judgment of 10 November 1969, application n. 2178/64.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *O'Hara v the United Kingdom*, judgment of 16 October 2001, application n. 37555/97.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Osman v the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, application n. 23452/94.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ostendorf v Germany*, judgment of 7 March 2013, application n. 15598/08.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Peša v Croatia*, judgment of 8 April 2010, application n. 40523/08.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Schwabe and M. G. v Germany*, judgment of 1 December 2011, applications n. 8080/08 and 8577/08.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Shimovolos v Russia*, judgment of 21 June 2011, application n. 30194/09.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHT. *Steel and others v the United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, application n. 24838/94.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *A. v France*, judgment of 23 September 1998, 1/1998/904/1116.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *S., V., and A. v Denmark*, judgment of 22 October 2018, applications n. 35553/12, 36678/12 and 36711/12.

French Code of Criminal Procedure (Code de procédure pénale) 1957, available at https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf. Access on: September 15, 2021.

GALLI Francesca. *The law on terrorism: The UK, France and Italy compared*. Bruxelles: Bruylant, 2015.

HARRIS David et al. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

HIRSCH BALLIN Marianne F. H. *Anticipative Criminal Investigation*. Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and in the United States, The Hague: T. M. C. Asser Press, 2012.

INSTITUTE OF NATIONAL REMEMBRANCE. The IPN on the 25th anniversary of introducing of the Martial Law in Poland, <https://ipn.gov.pl/en/news/221,The-IPN-on-the-25th-anniversary-of-introducing-of-the-Martial-Law-in-Poland.html>, Access on: September 15, 2021.

KEYZER Patrick (ed.). *Preventive Detention: Asking the Fundamental Questions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

KIRCHENGAST Tyrone. *The Criminal Trial in Law and Discourse*. Houndmills, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.

Law on Police Activities (Lov om politiets virksomhed) 2015. Available at <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/1270>, Access on: September 15, 2021.

LAWRYSEN Laurens. *Human Rights in a Positive State*. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights, Cambridge–Antwerp–Portland: Intersentia 2016.

LAZARUS Liora. Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect and Care? in: ZEDNER Lucia, ROBERTS Julian V. (eds.). *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 135–156.

LUDSIN Hallie. *Preventive Detention and the Democratic State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

MERKEL Grischa. Detention before Trial and Civil Detention of Dangerous Individuals in: BROWN Darryl K., IONTCHEVA TURNER Jenia, WEISSER Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 498–519.

MONTAGUE Phillip. Justifying Preventive Detention. *Law and Philosophy*, v. 18, n. 2, p. 173–185, 1999.

Police Act (Ustawa o Policji) 1990. Available at http://www.policja.pl/ftp/pliki/police_act.pdf, Access on: September 15, 2021.

Police and Criminal Evidence Act 1984. Available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>. Access on: September 15, 2021.

Polish Code of Criminal Procedure (Kodeks postępowania karnego) 1997. Available at <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf>. Access on: September 15, 2021.

PRADEL Jean. *Procédure Pénale*. Paris: Cujas, 2015.

R (Laporte) v Chief Constable of Gloucester [2007] 2 AC 105.

R (on the application of Hicks and others) v The Commissioner of Police for the Metropolis, [2017] UKSC 9.

RAINEY Bernadette, WICKS Elizabeth, OVEY Clare. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

STASCHEIT, Ulrich, HART, Dieter. Vorbeugehaft für Demonstranten? *Kritische Justiz*, v. 2, n. 1, p. 88–92, 1969.

STEINBRECHER Marie, WADHAM John. S, V and A against Denmark: Grand Chamber authorises preventive detention, *European Human Rights Law Review*, n. 1, p. 81–88, 2019.

VERVAELE John, A. E. Special Procedural Measures and Respect of Human Rights. General Report, *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 80, p. 75–123, 2009. <http://doi.org/10.3917/ridp.801.0075>

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: This work was supported by the Polish National Science Centre, grant number 2017/25/B/HS5/01308.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 04/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 13/07/2021
- Review 1: 15/08/2021
- Review 2: 08/09/2021
- Preliminary editorial decision: 08/09/2021
- Correction round return: 24/09/2021
- Final editorial decision: 02/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

LACH, Arkadiusz. Preventive arrest in criminal procedure and police law in light of Article 5 of the ECHR. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1597-1630, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.609>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Prisão preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro


*Preventive detention and standards of proof:
proposals for the Brazilian criminal procedure*

Caio Badaró Massena¹

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil

caio.badarom@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1075933426169994>

 <https://orcid.org/0000-0002-9940-9759>

RESUMO: A partir das recentes discussões no âmbito da epistemologia jurídica, o presente trabalho pretende investigar e propor *standards* de prova para a decisão que decreta a prisão preventiva do imputado no processo penal brasileiro. Com este objetivo, na primeira parte responderá aos seguintes questionamentos: por que utilizar *standards* de prova e como formular um *standard* de prova. A seguir, analisará a relação entre a técnica processual de cognição e os *standards* probatórios e explicitará a estrutura fático-legal da decisão judicial sobre medidas cautelares pessoais. Finalmente, a partir destes aportes teóricos, somados à análise dos conceitos utilizados pelo legislador e da interpretação dada pela processualística penal brasileira aos dispositivos legais, o estudo proporá *standards* de prova tanto para o *fumus commissi delicti* quanto para o *periculum libertatis*. A metodologia utilizada ao longo do trabalho será a revisão bibliográfica de estudos sobre epistemologia jurídica e direito processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: standard de prova; prisão preventiva; prova penal; epistemologia jurídica.

¹ Mestrando em Processo Penal na Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogado.

ABSTRACT: Based on recent discussions regarding legal epistemology, this paper intends to investigate and propose standards of proof for the decision that decrees preventive detention of the accused in the Brazilian criminal procedure. With this objective, the first part will answer the following questions: why use standards of proof and how to formulate a standard of proof. Next, it will analyze the relationship between procedural technique of cognition and standards of proof and will explain the factual-legal structure of the judicial decision on personal precautionary measures. Finally, based on these theoretical contributions, alongside the analysis of concepts used by the legislator and the interpretation given by legal scholarship to legal provisions, the study will propose standards of proof for both *fumus comissi delicti* and *periculum liberatis*. The methodology used throughout the study will be the analysis of bibliography on legal epistemology and criminal procedural law.

KEYWORDS: standard of proof; preventive detention; criminal evidence; legal epistemology.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Por que contar com *standards* de prova e os requisitos para sua formulação. III. *Standards* de prova e técnica processual de cognição. IV. Estrutura da decisão que decreta a prisão preventiva. V. *Standards* de prova e prisão preventiva. V.I. *Standards* de prova para o *fumus comissi delicti*. V.II. *Standard* de prova para o *periculum libertatis*. VI. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Historicamente, o tema dos *standards* de prova sempre esteve ligado aos países filiados à tradição do *common law*.² Nos países de tradição romano-germânica, desde a Revolução Francesa, com a superação da doutrina das provas legais, o princípio da livre valoração da prova tornou-se

² Cf. WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*. Theological roots of the criminal trial. Yale University Press: New Heaven-London, 2008; CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Psychological and Logical Bases for the Standards of Proof, Here and Abroad. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 11 e ss.

a pedra angular dos sistemas de justiça criminal.³ Embora não tenha a mesma força com a qual surgiu, o princípio continua exercendo influência normativa, de modo que costumam ser encaradas com desconfiança as regras que pretendem regular a atividade dos juízes diante das provas.⁴

Seja pelo receio de retorno ao sistema de prova legal, seja pela confiança depositada na motivação das decisões pelos juízes e no seu posterior controle pelas instâncias superiores,⁵ o certo é que, nos países de tradição românico-germânica, não houve grande dedicação em estabelecer mecanismos de controle da apreciação das provas pelos juízes e critérios legais de suficiência probatória ao longo dos últimos dois séculos.

É bem verdade que membros da escola clássica italiana já demonstravam inquietação com a liberdade na valoração judicial da prova,⁶ do mesmo modo como é possível encontrar autores, ainda no século passado, preocupados com uma valoração objetiva e racional da prova.⁷ De forma geral, no entanto, a decisão sobre os fatos foi vista unicamente como um produto da consciência dos juízes.⁸

³ Sobre o percurso histórico dos sistemas probatórios, ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 17-40.

⁴ DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva* (1997). Trad. de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 37-38.

⁵ HOLLÄNDER, Pavel. Proof and Changing Idea of Truth in Legal Thinking: Reflection on Postmodernism. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standards of Proof in Europe*. Alemanha: Mohr Siebeck, 2019. p. 8.

⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Vicisitudes e itinerarios de la convicción probatoria en proceso penal. In: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 39-40

⁷ Por todos, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal* (1974). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 202-203; NOBILI, Massimo. *Die freie richterliche Überzeugungsbildung* (1974). Trad. de Thomas Vormbaum. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. p. 219 e ss.

⁸ No Brasil, ver: TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. p. 217; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1961. p. 279; ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal* (1983). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 57-58. No mesmo sentido, embora demonstrando severa preocupação com abusos e arbitrariedades: BARRROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do Processo Penal Brasileiro*. Vol. I: Princípios Fundamentais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 441-445.

A publicação dos paradigmáticos trabalhos de Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione*, 1989) e Michele Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, 1992) contribuiu para uma espécie de «giro epistemológico» no tratamento da prova judicial nos países de *civil law*, consistente na construção de pontes entre a epistemologia, o direito processual e a filosofia do direito. Este giro levou à elaboração de importantes trabalhos sobre prova judicial na Europa e no Brasil, mas o tema dos *standards* de prova continuou sendo pouco discutido.⁹⁻¹⁰

Contudo, nos últimos anos, com o que se denominou de *boom* editorial do discurso probatório, os *standards* de prova passaram a ser

⁹ No Brasil, é possível citar, como exceção, alguns trabalhos de Danilo Knijnik, embora o autor não utilize o termo *standard* probatório (ou de prova): KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, v. 97, n.353, p. 15-52, 2001; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. Valendo-se do conceito de *standard* probatório: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 153-179; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios no Processo Penal. *Revista Jurídica*, v. 363, p. 127-144, 2008.

¹⁰ Vale notar o debate travado, já em 2005, entre Laudan, Taruffo, Gascón Abellán e Igartua Salaverría, cujos artigos foram publicados no número 28 da Revista *Doxa*. Ademais, conforme destaca Paulo de Sousa Mendes, na Europa continental, as exceções à falta de referência aos graus de probabilidade (ou medidas de prova) são os ordenamentos jurídicos escandinavo e italiano (MENDES, Paulo de Sousa. Medida da Prova. In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares (coord.). *Prova Penal Teórica e Prática*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 32). Na Itália, o art. 5º da Legge 20 febbraio 2006, n. 46, modificou o art. 533 do *Codici di Procedura Penale*, incluindo a expressão «*al di là di ogni ragionevole dubbio*». A modificação legislativa, influenciada pela obra *Giustizia e modernità* (2001), de Federico Stella, gerou um intenso debate doutrinário na Itália. Nesse sentido, ver: ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2008; CARLIZZI, Gaetano. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale: storia prassi teoria*. Bologna: Bonomo Editore, 2018. p. 49 e ss.; CALLARI, Francesco. The defendant's guilt beyond a reasonable doubt in the Italian criminal justice system. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1227-1260, mai./ago. 2021.

intensamente debatidos na Europa¹¹ e nos países da América Latina.¹² No Brasil, os juízes e tribunais passaram a se utilizar da expressão¹³ e a doutrina elaborou importantes estudos sobre a temática.¹⁴

Em razão talvez da própria unidade do procedimento,¹⁵ a discussão sobre o assunto costuma centrar-se fundamentalmente na decisão de mérito – no processo penal, a decisão de absolvição ou condenação do acusado. No entanto, ao olharmos o fenômeno processual em sua totalidade, notamos diversas decisões específicas que requerem um juízo de suficiência probatória.¹⁶ É o caso, por exemplo, da decisão que decreta a prisão preventiva do acusado no processo penal.

¹¹ VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013; SCHWEIZER, Mark. *Beweiswürdigung und Beweismaß: Rationalität und Intuition*. Leipzig: Mohr Siebeck, 2015; TICHÝ, Luboš (ed.). *Standards of Proof in Europe*. Alemanha: Mohr Siebeck, 2019; DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan. *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2019; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

¹² ORTEGA GOMERO, Santiago (dir.). *Proceso, prueba y estándar*. Lima: ARA, 2009; PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015; PÁEZ, Andrés (ed.). *Discusiones XVIII: “Estándares de prueba”, nº 18, 2|2016, EDIUNS, 2018.*

¹³ Para uma crítica ao uso pelos operadores jurídicos do «para além de toda a dúvida razoável»: MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27, p. 221-248, São Paulo, jun. 2019.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Editora RT, 2019; PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹⁵ «A razão da unidade do procedimento está em que todos os seus atos visam a preparar um mesmo ato, dando cada um a sua contribuição para esse fim. No processo jurisdicional, o ato perseguido pelo juiz e pelas partes, a sentença, resume todo o procedimento, constitui o seu resultado e é dotado de eficácia externa.» (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 31-32).

¹⁶ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. coord. por Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 284 e ss.

A partir da revisão bibliográfica de estudos sobre epistemologia jurídica e direito processual penal, este trabalho pretende justamente analisar os *standards* de prova necessários para a decretação da prisão preventiva no processo penal brasileiro. Antes, à luz dos recentes debates na doutrina, procuraremos responder aos seguintes questionamentos: por que utilizar *standards* de prova e como formulá-los? (II). A seguir, será necessário analisar brevemente a relação entre a técnica processual de cognição e os *standards* probatórios (III). A fim de compreender o nível de suficiência probatória para a decretação da prisão preventiva, será preciso entender *o que* deve ser provado, motivo pelo qual buscaremos explicitar a construção fático-legal da decisão judicial sobre medidas cautelares pessoais (IV). Finalmente, a partir destes aportes teóricos, procuraremos propor algumas ideias para construção de *standards* de prova tanto para o *fumus comissi delicti* (V.I) quanto para o *periculum libertatis* (V.II).

II. POR QUE CONTAR COM STANDARDS DE PROVA E OS REQUISITOS PARA SUA FORMULAÇÃO.

A atividade probatória no processo judicial pode ser descrita sob distintas perspectivas, a depender do critério que se adote e do ordenamento jurídico que se tenha como parâmetro.¹⁷ Para os propósitos deste trabalho, é interessante a classificação de Jordi Ferrer Beltrán, que divide a atividade probatória em três momentos: (i) conformação do acervo probatório; (ii) valoração das provas; (iii) decisão sobre a prova.¹⁸ A suficiência desta classificação, aqui, decorre da clara distinção entre os momentos de valoração das provas e de adoção da decisão sobre os fatos provados, que evidenciará a necessidade de se utilizar *standards* de prova.

A fase de valoração das provas consiste na avaliação ao apoio empírico que um conjunto de elementos aporta a uma determinada

¹⁷ Para uma ampla análise das distintas fases do procedimento probatório no processo penal brasileiro, ver: VIEIRA, Renato Stanzziola. *Controle da Prova Penal: Obtenção e Admissibilidade*. São Paulo: Editora RT, 2021. p. 81 e ss.

¹⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 41 e ss.

hipótese e a outras concorrentes. Esta análise deve ser feita, primeiro, de maneira individual (fiabilidade de cada prova, isoladamente e em relação com outras) e, depois, em conjunto. Além disso, esta fase deve governar-se por regras epistemológicas, isto é, deve submeter-se aos controles de racionalidade geral.¹⁹

É de se notar, porém, que nunca um conjunto de provas, por maior e relevante que seja, permitirá obter certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese, de modo que, no processo judicial, estaremos sempre a falar de um raciocínio probabilístico.²⁰ Por isso é que a valoração da prova nunca bastará para tomar uma decisão sobre fatos, porque para isso é necessário dispor de critérios que determinem se o grau de corroboração alcançado é, ou não, suficiente para considerar provada todas ou algumas hipóteses oferecidas. Ao contrário da fase de valoração, a fase de decisão sobre a prova não estará unicamente governada pela epistemologia, mas também por regras jurídicas, que costumam ser de três tipos: as que estabelecem o ônus probatório, as presunções e os *standards* de prova.²¹

Portanto, os *standards* de prova são regras que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve atingir, a partir das provas, para poder ser dada como provada e têm como função distribuir o risco de erro entre as partes. À evidência, é uma questão política, e não epistemológica, determinar qual risco de erro nos parece razoável admitir que cada parte suporte em um processo judicial.²² Antes de se pensar em determinado nível de exigência para cada decisão, porém, é preciso entender as funções que cumprem os *standards* de prova, a fim de se decidir sobre a conveniência ou não de os utilizarmos.

A primeira função que um *standard* de prova cumpre é heurística e justificativa. Deste modo, oferece critérios que devem ser levados em

¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 144; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...*, op. cit., p. 45-46.

²⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...*, op. cit., p. 91 e ss.; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (1992). Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 167 e ss.

²¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...* op. cit, p. 23.

²² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit, p. 24.

conta no momento da valoração da prova, considerando que a decisão dependerá desses parâmetros (função heurística), e que determinam o grau de suficiência probatória a partir do qual se pode considerar uma hipótese como provada (função justificativa).²³ Os *standards* probatórios possibilitam, ainda, o controle da correção do raciocínio probatório pelas instâncias superiores.²⁴

A segunda função é de garantia para as partes, pois somente se as partes conhecerem o umbral de suficiência probatória para determinada decisão poderão realizar escolhas racionais antes e durante o processo a respeito da estratégia de defesa de seus interesses. Ademais, a ciência prévia do *standard* de prova para a condenação no processo penal permitirá à acusação avaliar a solidez da denúncia/queixa que pretende exercer, o que poderia desincentivar acusações sem fundamento. Vale notar, ainda, que a existência de regras que determinem os *standards* de prova possibilita às partes controlar a correção das decisões, podendo argumentar equívocos na identificação do *standard* de prova aplicável e, quando identificado corretamente, na sua aplicação.²⁵

Por fim, os *standards* de prova cumprem a função de distribuição do risco de erro entre as partes. Trata-se de uma função complexa, porquanto, em vez de ter um impacto direto na distribuição dos erros, os *standards* de prova determinam para cada tipo de caso a partir de qual

²³ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Presunção de Inocência, Standards de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo Rudge; MIRZA, Flávio (org.). *Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 289-309; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Hechos y Razonamiento Probatorio*. México: CEJI, 2018. p. 78-80.

²⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 109-112; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 2, p. 695-721, 2018. p. 715. Sobre o tema, ver também: TRENTO, Simone. *As cortes supremas diante da prova*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

²⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 112-114.

grau de exigência probatória estamos dispostos a aceitar que o risco de erro recaia sobre a defesa ou sobre o autor.²⁶⁻²⁷

Muito embora não se trate de uma função, é de se notar a estreita relação entre *standards* de prova e a garantia de motivação das decisões judiciais.²⁸ Conforme assevera Ferrer Beltrán, sem que tenhamos *standards* probatórios metodologicamente bem formulados que determinem os umbrais de suficiência probatória de um modo aceitavelmente preciso e de forma subjetivamente controlável, é impossível justificar que o grau de corroboração alcançado por uma hipótese fática à luz das provas apresentadas no processo é suficiente. Dispor de *standards* de prova e exigir a justificação da decisão a partir das provas apresentadas e dos *standards*

²⁶ Nas palavras de Laudan, «the *raison d'être* for a standard of proof is precisely to have a decision rule that will distribute outcomes in accord with their respective costs.» (LAUDAN, Larry. *The Law's Flaws. Rethinking Trial and Errors?* Milton Keynes: College Publications, 2016. p. 103). No mesmo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 115-138; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad...*, op. cit., p. 70-72.

²⁷ Relativamente à distribuição de erros entre as partes, desde já convém evitar alguns equívocos. Se no processo judicial está em jogo sempre um raciocínio probabilístico no que se refere ao acerto dos fatos, não há como evitar completamente a possibilidade de erros. No processo penal, para o acusado, o custo do erro na sentença ou na decisão que decreta a prisão preventiva será uma grave intervenção no seu direito fundamental à liberdade, o que deve ser levado em conta. Não existindo, contudo, meio de excluir totalmente a possibilidade de erro, mesmo a adoção do *standard* de prova mais alto possível representará alguma distribuição de chance de erro. De todo modo, a inevitável distribuição do risco entre as partes em nada se confunde com a relativização no processo penal do ônus da acusação em provar as suas afirmações fáticas, sempre que formular alguma pretensão, como decorrência da presunção de inocência (BINDER, Alberto M. *Derecho Procesal Penal*. Tomo V. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021. p. 253 e ss.).

²⁸ Sobre um conceito racionalista da motivação das decisões: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil* (1975). Trad. de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Carpintaria” da Sentença Penal (em Matéria de “Fatos”). Trad. de Lédio Rosa de Andrade. In: *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 119-162; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais* (2001). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2013.

aplicáveis são duas condições para escapar da arbitrariedade e tornar possível o devido processo legal.²⁹

Como se vê, mais do que dispor de *standards* de prova, é necessário que eles sejam formulados a partir de uma metodologia adequada, por meio de critérios intersubjetivamente controláveis, que não apelem a elementos subjetivos de quem decide. Do contrário, as três funções mencionadas não se realizarão e o *standard* de prova não permitirá a fundamentação racional da decisão. É crucial, portanto, entender os requisitos necessários à sua construção.

Deste modo, para que uma regra possa cumprir a função de um *standard* de prova, deve dar conta de três requisitos: (i) apelar a critérios relativos à capacidade justificativa do acervo probatório a respeito das hipóteses em conflito; (ii) ser capaz de determinar um umbral a partir do qual uma hipótese será considerada provada; (iii) utilizar critérios qualitativos, próprios da probabilidade não matemática.³⁰

Com o primeiro requisito, exclui-se o uso de critérios que apelem a elementos subjetivos do juiz. Exige-se, deste modo, que os parâmetros para indicar o grau de exigência probatória requerido sejam relativos ao quanto o acervo probatório apoia objetivamente as distintas hipóteses, e não ao convencimento psicológico do julgador.³¹

²⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 198.

³⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 29.

³¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 29-32. O entendimento de que os *standards* de prova não devem remeter ao estado psicológico dos juízes e jurados é certamente o motivo principal das críticas às interpretações comumente dadas ao «para além da dúvida razoável». Estas críticas podem ser verificadas em: LAUDAN, Larry. ¿Es razonable la duda razonable? (2003). Trad. de Jose R. Beguelin. In: *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 119-195. Na doutrina brasileira, encampando estas críticas e opondo-se ao uso deste *standard*: MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD..., op. cit., p. 222-248. Há na doutrina brasileira também opinião no sentido de que, em ordenamentos jurídicos nos quais o julgamento deve ser realizado com base em critérios racionais, com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais e possibilidade de controle por via recursal, o *standard* probatório «para além da dúvida razoável» pode aportar importantes contribuições. Neste caso, porém, busca-se definir este *standard* a partir de «critérios objetivos e racionais, superando uma visão subjetivista que se foca simplesmente no convencimento obtido pelo julgador» (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard probatório para*

O segundo requisito impõe que o *standard* de prova deve expressar-se de maneira que indique um umbral de exigência probatória o mais preciso possível, minimizando a imprecisão, que é típica da linguagem ordinária.³² Vale notar que a conveniência ou não de se adotar este requisito leva ao debate sobre soluções universalistas ou particularistas. Por fugir ao escopo específico do presente trabalho, não será possível discutir o tema, bastando esclarecer, neste momento, que concordamos com a opinião de Ferrer Beltrán. Para este autor, sob a perspectiva das garantias dos destinatários da decisão, o modo particularista de determinar o nível de suficiência probatória, que deixa a decisão integralmente nas mãos dos juízes e jurados, é incompatível com o Estado de Direito e com o direito à prova como parte do direito ao devido processo legal.³³

O terceiro requisito reclama que o *standard* de prova seja construído com base na probabilidade indutiva ou lógica, isto é, não matemática. Este é o modelo que melhor se aplica à estrutura geral do raciocínio probatório no momento da valoração no processo judicial, pois, embora não admita o cálculo matemático, permite a graduação e a comparação

condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. 1-26, maio/ago 2020. p. 20). Sem negar, por um lado, o risco do uso retórico e meramente estético que pode advir da expressão e, por outro, a sua potencialidade quando formulados requisitos objetivos e controláveis para caracterizar este *standard*, mas considerando que a discussão sobre as vantagens e desvantagens da sua utilização poderia transbordar o assunto deste texto, optar-se-á por evitá-la na construção dos *standards* de prova aqui propostos.

³² LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar (2005). Trad. de Raul Calvo Soler. In: *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 57-86; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit, p. 35. Sobre as dificuldades que podem existir para formular um *standard* de prova objetivo, ver: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*. Un encuentro entre diferentes tradiciones. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 426-431.

³³ Para um amplo debate sobre o tema: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit, p. 44-65. Em que pese não trate especificamente dos *standards* de prova, é interessante ver: NANZER, Alberto. *La regularidad como derecho individual*. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 225 e ss.

do nível de suporte indutivo com que conta cada hipótese, isto é, permite uma ordenação das hipóteses.³⁴

Apesar de não ser exatamente o quarto requisito para a formulação de um *standard* de prova, Ferrer Beltrán alude ao fato de que todo processo judicial requer vários *standards*, que devem fixar umbrais de suficiência probatória distintos e progressivos. A questão, aqui, diz respeito à relação entre os distintos *standards* de prova previstos para as diversas decisões sobre os fatos que são tomadas ao longo do processo. Nesse sentido, entende-se que os *standards* de prova devem seguir uma *tendência geral ascendente*.³⁵

E isso não porque, do contrário, a decisão inicial consistiria em uma antecipação da decisão final,³⁶ mas sim porque não seria razoável, a título de exemplo, para o recebimento da denúncia – antes, portanto, da própria instrução probatória, realizada em contraditório – exigir um *standard* de prova tão alto quanto aquele exigido para a condenação.

Ademais, considerando a própria função dos *standards* de prova, é preciso levar em consideração a gravidade do erro para cada tipo de decisão. A prisão preventiva consiste em uma séria intervenção na liberdade do acusado, motivo pelo qual é bastante grave o erro de submeter um inocente a esta medida.³⁷ A decisão que decreta a prisão preventiva do

³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...*, op. cit., p. 97 e 122. Sobre o tema, ver também: COHEN, L. Jonathan. *Lo probable y lo demostrable* (1977). Trad. de Orión Vargas e Carlo Iván Ruiz. Medellín: Orión Vargas Vélez, 2017; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia...*, op. cit., p. 224 e ss.

³⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 102.

³⁶ Como bem pontua Ferrer Beltrán: «Aunque dos decisiones compartan un mismo estándar de prueba, no necesariamente la decisión justificada debe ser la misma. Ello depende de cuáles sean las pruebas disponibles y la información que ellas aporten. Puede suceder perfectamente que en un momento t_1 el acervo probatorio sea menor que en un momento t_2 , o que aún no se hayan practicado algunas pruebas y, por tanto, la cantidad y calidad de la información aportada por las mismas sea muy distinta. En esa situación, aunque las dos decisiones se tomen con el mismo estándar de prueba, nada impone que al adoptar la primera ya estemos anticipando la segunda» (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 102).

³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 103-105. A gravidade da intervenção em direitos fundamentais do acusado, no caso de prisão preventiva, é tamanha ao ponto de alguns autores defenderem a sua absoluta ilegitimidade e extinção. Nesse sentido, com ampla indicação bibliográfica:

acusado distingue-se substancialmente daquela que, por exemplo, recebe a denúncia. Nada obstante a prisão preventiva possa ser decretada antes do recebimento da denúncia, é razoável que se exija um grau de suficiência probatória bastante alto, em contraposição à tendência geral de ascendência.

Explicitadas as razões para se adotar regras que definam *standards* de prova e os requisitos para formulá-los, estaríamos em condições de ingressar no tema de nosso interesse: os *standards* de prova para a decisão que decreta a prisão preventiva do acusado no processo penal brasileiro. Antes disso, a fim de afastar alguns equívocos, convém analisar, ainda que em linhas gerais, a relação entre a técnica processual de cognição e os *standards* de prova.

III. STANDARDS DE PROVA E TÉCNICA PROCESSUAL DE COGNIÇÃO.

Em uma das mais conhecidas tentativas de sistematização das atividades cautelares desenvolvidas por meio do processo judicial (civil), Piero Calamandrei asseverava que, para cumprir a função de prevenção urgente, as providências cautelares devem contentar-se, em lugar da *certeza*, com a *aparência* do direito, que pode resultar de uma cognição muito mais rápida e superficial que a ordinária: *summaria cognitio*.³⁸

Nesse sentido, Calamandrei argumentou que, relativamente à investigação sobre o direito (a ser tutelado na providência principal), a cognição sumária se limita em todos os casos a um juízo de *probabilidade* e de *verossimilhança*: «en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil».³⁹ Por outro lado, no que diz respeito ao perigo de que o direito aparente não seja satisfeito, o autor destacou duas possibilidades: na primeira, haveria a possibilidade de declaração de *certeza* do perigo, realizada de modo pleno e profundo; na segunda, a declaração de *certeza* se realizaria em dois tempos: conhecimento sumário em um primeiro momento (*inaudita altera parte*), ordinário em

VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes*. Hacia la abolición de una barbarie. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

³⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (1936). Argentina: Ediciones Olejnik, 2018. p. 77.

³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio...*, op. cit., p. 77.

um segundo (convalidação).⁴⁰ Em geral, nos países da América Latina, o pensamento de Calamandrei foi determinante, tendo influenciado tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras,⁴¹ motivo pelo qual convém nos determos aos conceitos de *cognição* e às categorias de *probabilidade*, *verossimilhança* e *certeza*.

Entre nós, Kazuo Watanabe foi o responsável por buscar a sistematização da técnica processual de cognição.⁴² Nas palavras de Watanabe:

«[...] a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade). No plano *horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo [...]. Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial), segundo a extensão permitida. No plano *vertical*, a cognição pode ser classificada segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).»⁴³

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio...*, op. cit., p. 79-80.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória (2013). 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2019. p. 43-44. A influência de Calamandrei na doutrina brasileira de processo civil sem dúvida se refletiu na processualística penal. O processo penal brasileiro, ao longo do último século, foi pensado a partir das categorias do processo civil, no seio da conhecida «teoria geral do processo», e o tema das providências cautelares não fugiu a essa tendência (nesse sentido, ver: BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar* (1982). 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017). Muito embora a impossibilidade de realizar certas analogias com as medidas cautelares do processo seja destacada há décadas pela doutrina (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 57), é sintomática a insistência no uso de um «poder geral de cautela» por parte dos tribunais e juízes brasileiros, que, como destacado recentemente pelo Min. Celso de Mello, não existe no processo penal (HC 186.421/SC. 2ª Turma do STF. Rel.: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 20 de outubro de 2020).

⁴² Sobre o uso do termo técnica processual, Watanabe esclarece: «[a]o falarmos em “técnica processual”, todavia, pretendemos aludir, não à cognição considerada em si, estaticamente, e, sim, à cognição utilizada de diferentes modos, dinamicamente, na concepção de processos diferenciados e ajustados às variadas exigências do direito e pretensão material, vale dizer, à instrumentalidade da cognição no plano das opções técnicas e políticas do legislador processual.» (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil* (1987). 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. p. 18).

⁴³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição...*, op. cit., p. 111-112.

Para os fins deste trabalho interessa compreender a cognição no plano vertical. A cognição *exauriente*, portanto, propiciaria um juízo com índice de segurança maior em relação à *certeza* do direito controvertido.⁴⁴ Quanto à cognição *sumária*, Watanabe esclarece se tratar de uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical, e apresenta a opinião de distintos processualistas, os quais se valem das categorias *probabilidade*, *verossimilhança* e *credibilidade*. Em seguida, o autor manifesta preferência pelas terminologias utilizadas por Calamandrei (*probabilidade* e *verossimilhança*) e alerta para o fato de que, em razão da função que cumpre a cognição sumária, o grau máximo de probabilidade é excessivo.⁴⁵

Nota-se que Watanabe, ao trabalhar com as categorias empregadas por Calamandrei, recai no mesmo erro do processualista italiano. A *certeza* refere-se a um mero estado subjetivo⁴⁶ e se sabe, hoje, que um conjunto de provas, por maior e relevante que seja, nunca permitirá obter certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese⁴⁷. Por sua vez, a *verossimilhança* diz respeito à plausibilidade de uma hipótese segundo a normalidade das coisas (*id quod plerumque accidit*), em uma situação em que essa asserção não tenha sido submetida à verificação probatória ou demonstrativa. Como destaca Taruffo, a *verossimilhança* prescinde dos elementos de prova.⁴⁸ No limite, o conhecimento no processo judicial será sempre probabilístico, como visto acima.

Bem compreendidas as críticas acima, é necessário definir no que consiste exatamente a cognição *sumária*, ao menos em relação às hipóteses probatórias a serem estabelecidas nas decisões fundadas neste modo de cognição. Nesse ponto, concordamos com o posicionamento de que a principal diferença entre a decisão fundada em cognição *sumária*

⁴⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição...*, op. cit., p. 113.

⁴⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição...*, op. cit., p. 125-128.

⁴⁶ Sobre esta categoria, de forma crítica, ver: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos* (2009). Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 108-111. Sobre o tema, ver também: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito* (2003). Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora RT, 2017. p. 86-95.

⁴⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...*, op. cit., p. 91.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (1992). Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 183-190.

e aquela fundada em cognição *exauriente* consiste na presença da maior oportunidade do contraditório na segunda.⁴⁹

Se é certo que nem sempre o contraditório implicará produção e exame de novos elementos probatórios na cognição *exauriente*,⁵⁰ não há como desconsiderar que, ao menos tendencialmente, provimentos provisórios baseados em cognição *sumária* lidam com quadros probatórios incompletos.⁵¹ Por este motivo como já abordado, é razoável não se exigir um *standard* de prova tão alto quanto aquele requerido para a sentença.

Em suma, as próprias categorias utilizadas por Watanabe levaram-nos a pensar a distinção entre cognição *sumária* e *exauriente* a partir da distinção entre *probabilidade/verossimilhança* e *certeza*, desconsiderando que a decisão judicial sempre trabalha com graus de probabilidade. Por esse motivo, em sua obra, paradigmática na doutrina brasileira, não fica claro no que consiste a superficialidade característica da cognição *sumária*. Não raro, essa superficialidade é confundida como uma renúncia à confirmação das alegações da parte. A nosso ver, na cognição *sumária*, em virtude da ausência de contraditório, o quadro probatório tende a ser menos completo, motivo pelo qual é razoável que o *standard* de prova exija um determinado patamar de suficiência probatória menor do que o pensado para a decisão final.

Em relação à prisão preventiva, somam-se outros dois fatores: (i) em regra, a medida é decretada antes da instrução processual (o que reforça a conclusão anterior); (ii) a prisão preventiva consiste em uma séria intervenção na liberdade do acusado, sendo bastante grave o erro de submeter um inocente a esta medida (o que atenua a tendência ascendente dos *standards* de prova).

Com efeito, convém ainda reter duas ideias já destacadas por Calamandrei que nos parecem interessantes para os fins deste trabalho. A primeira é a de que, em relação ao requisito de *perigo* para as providências cautelares, que no processo penal é entendido como *periculum libertatis*,

⁴⁹ Nesse sentido, ver: SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária*: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013; PEIXOTO, Ravi. *Standards...*, op. cit., p. 295.

⁵⁰ PEIXOTO, Ravi. *Standards...*, op. cit., p. 295-296.

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação...*, op. cit., p. 124.

a cognição deve ser realizada de modo pleno e profundo. A segunda é a possibilidade de realizar-se, dentro do procedimento cautelar, um juízo em «dois tempos», o que a nosso ver pode ser interessante tanto para definição do *periculum libertatis* quanto para a caracterização do *fumus commissi delicti*.

IV. ESTRUTURA DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA.

A temática da cautelaridade no processo penal, mormente no que se refere à prisão preventiva, é espinhosa e carece de conceituação unívoca pela doutrina. Apesar da enorme relevância do debate, foge ao escopo do trabalho as discussões sobre a constitucionalidade e convencionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública e da ordem econômica e para evitar a reiteração delitiva.⁵²

Interessa-nos aqui a estrutura fático-jurídica da decisão judicial sobre medidas cautelares pessoais. Para tanto, utilizaremos como base a interessante proposta de Maurício Zanoide de Moraes, que afirma, a nosso ver com acerto, que esta decisão deve ter partes internas pré-definidas e de explicação judicial obrigatória, com seus respectivos conteúdos vinculados a atender, no caso concreto, as exigências legais específicas.⁵³⁻⁵⁴

⁵² Acerca destes assuntos, ver, por todos: PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 101-204; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*, op. cit, p. 66-69; PALACIOS MOSQUERA, Luis Blaimir. *Detención preventiva y control de convencionalidad*: el “peligro para la comunidad” desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

⁵³ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. In: VAZ, Denise Provasi *et al.* (orgs.). *Eficiência e garantismo no processo penal*: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 295.

⁵⁴ Vale notar que há alguns anos os tribunais superiores brasileiros vêm entendendo pela necessidade de motivação concreta para a decretação da prisão preventiva, não bastando a menção à gravidade abstrata do tipo penal ou a citação genérica das hipóteses legais autorizadoras da medida (a título de exemplo, ver: HC 98.673/SP. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 06 de outubro de 2009; HC 99.043/PE. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 24 de agosto de 2010; HC 118.039/MA. Primeira Turma

Quanto à estrutura interna, o autor assevera que a decisão deve estar voltada a atender, de maneira direta, aos itens relativos ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum libertatis*. Em relação ao primeiro, deve prevalecer a constatação objetiva dos fatos demonstrados no procedimento/processo e, quanto ao segundo, deve predominar o exame da proporcionalidade em toda a sua extensão.⁵⁵

Relativamente ao *fumus comissi delicti*, Moraes destaca que o requerimento deverá trazer, com o *maior grau de demonstração possível* e por meios lícitos, todos os elementos aptos a indicar qual o crime tido como cometido em todas as suas circunstâncias e a demonstração robusta do nexó que relaciona um determinado e individualizado imputado àquele crime. Assim é que, no que se refere à *materialidade*, o juiz deverá consignar qual o tipo penal incidente ao caso, todas as circunstâncias de seu

do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 17 de dezembro de 2013; HC 169.331/RJ. Decisão Monocrática do Min. Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 3 de junho de 2019; HC 509.878/SP. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgamento em: 05 de setembro de 2019; RHC 122.791/SP. Decisão Monocrática do Min. Nefi Cordeiro do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Nefi Cordeiro. Julgamento em: 2 de março de 2020; Ag. Rg. HC 579.033/SP. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 16 de junho de 2020; HC 616.535/SP. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Laurita Vaz. Julgamento em: 1º de dezembro de 2020). Esta compreensão foi reforçada pela nova redação dos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 13.964/2019. Após a alteração legislativa, o parágrafo 2º do art. 312 passou a prever que «a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada». Por sua vez, o art. 315, depois de prescrever no *caput* que «a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada», definiu em seu parágrafo segundo algumas hipóteses nas quais não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, valendo destacar aquelas em que o magistrado ou tribunal «limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida» (inc. I); «empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso» (inc. II); «invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão» (inc. III); «limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos» (inc. V).

⁵⁵ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial..., op. cit., p. 295-296.

cometimento, se o crime se dirigiu a alguma pessoa específica ou se foi de destino aleatório, se o crime se deu em decorrência de alguma situação específica que dispara no imputado uma agressividade específica.⁵⁶

Já quanto à autoria, o juiz deve demonstrar, de modo *claro e coerente*, os elementos lícitos que, objetiva e diretamente, revelam que foi a conduta atribuível ao imputado que provocou o resultado típico, bem como individualizar cada um dos imputados em face de quem se requer medida cautelar, sendo inconstitucional proferir decisão com tratamento em grupo.⁵⁷

Em resumo, ao tratar do *fumus comissi delicti*, Moraes argumenta que a decisão deve se ater, *de modo aprofundado e específico*, a detalhar aspectos fáticos específicos da materialidade e individualizar não apenas o comportamento de cada imputado, mas também suas características pessoais.⁵⁸

No que diz respeito ao *periculum libertatis*, o autor realiza uma divisão entre a identificação de provável perigo com a liberdade do imputado e a identificação da medida cautelar apropriada ao perigo previamente definido. Nada obstante o segundo aspecto, ligado à regra da proporcionalidade, seja de extrema importância e possa demandar eventual juízo de suficiência probatória, parece-nos que o tema proposto neste trabalho está mais relacionado ao primeiro aspecto (perigo gerado pela plena liberdade do imputado).

Moraes sustenta que o julgador deverá verificar se foram identificados, com base fática própria e correlacionada ao imputado, elementos objetivamente demonstrados no procedimento/processo e indicativos do perigo provável a um também especificado bem jurídico. Em sua visão, portanto, a base fática que revela o perigo deve ser específica e não se exaure naquela base necessária e já exposta para atender à demonstração de materialidade e de autoria. Considerando que nem toda persecução

⁵⁶ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial..., op. cit., p. 297.

⁵⁷ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial..., op. cit., p. 297. Sobre necessidade de individualização, ver: CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

⁵⁸ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial..., op. cit., p. 298.

penal necessita de medida cautelar, não é a verificabilidade por elementos de prova da materialidade e autoria que satisfazem o requisito da individualização do perigo derivado da liberdade do imputado. Sustenta o autor que, caso este perigo não esteja *clara e coerentemente* indicado com base empírica *objetiva e própria*, o pleito deve ser rechaçado.⁵⁹

Em seguida, Moraes esclarece, mais detidamente, quais as características que esta base fática deve ter para definição do perigo. A nosso ver com acerto, o autor afirma que a materialidade e autoria são pontos referenciais, mas não reveladores do perigo.⁶⁰ Sem embargo de que esta linha de raciocínio possa, ainda assim, revelar-se controversa em relação ao risco de reiteração delitiva,⁶¹ é inegável a importância de se destacar a exigência de base fática autônoma para identificação do perigo processual.

O tema, no entanto, não é simples. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por exemplo, estabeleceu em algumas oportunidades que, para a decretação da prisão preventiva com fundamento no perigo de fuga, não basta a imputação de um crime grave, devendo-se levar em conta aspectos como o caráter do imputado, sua moral, residência, ocupação, bens, vínculos com o país em que é processado, laços familiares, contatos internacionais.⁶² Algumas dúvidas se apresentam: estes aspectos poderiam ser considerados uma base fática autônoma apta à definição de perigo com a liberdade do imputado? Se sim, como se estrutura o raciocínio que, partindo, por exemplo, da moral ou ocupação do imputado, infere um risco de fuga?

⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial..., op. cit., p. 299.

⁶⁰ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial..., op. cit., p. 300-301.

⁶¹ Ver: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 51-52.

⁶² TEDH. Caso Becciev v. Moldova (Ap. n. 9190/03), §58. Data: 4 de outubro de 2005. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-71889>. Consultado em 27 de junho de 2021; TEDH. Caso Khodorkovskiy v. Russia (Ap. n. 5829/04), §185. Data: 31 de maio de 2011. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104983>. Consultado em 27 de junho de 2021; TEDH. Caso Yevgeniy Bogdanov v. Russia (Ap. 22405/04), §136. Data: 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152595>. Consultado em 27 de junho de 2021.

Atento à questão, Ferrer Beltrán argumenta só haver duas formas de realizar esta inferência. A primeira, a partir de uma generalização que diga que pessoas com determinada moral ou ocupação costumam fugir, o que leva ao problema de existência de estatísticas seguras e, no caso de elas existirem, de aplicação de uma informação estatística ao caso concreto.⁶³ A segunda, com incorporação de uma premissa normativa em forma de presunção, estabelecendo que, se o imputado tiver determinada moral ou ocupação, deverá presumir-se que fugirá. Em relação a esta segunda possibilidade, Ferrer Beltrán questiona se é compatível com a presunção de inocência, por exemplo, presumir um risco de fuga de quem tem bens e contatos no exterior. E mais: como poderia o acusado provar o contrário?⁶⁴

Em seguida, Ferrer Beltrán destaca a dificuldade de se provar um risco processual nos termos exigidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁶⁵, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁶ e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.⁶⁷ Sublinha o autor, todavia, que esses requisitos podem ser cumpridos quando o imputado já tentou ou realizou ações preparatórias para fugir, destruir provas ou obstaculizar

⁶³ FERRER BELTRÁN, Jordi. Presunción de inocencia y prisión preventiva. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Hechos y Razonamiento Probatorio*. México: CEJI, 2018. p. 150-151. Sobre o problema de utilização de conhecimento estatístico: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...*, op. cit., p. 98-108.

⁶⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. Presunción..., op. cit., p. 150-151.

⁶⁵ «A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito.» (Comissão IDH. Informe n. 86/09, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, §85. Data: 6 agosto de 2009. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>. Consultado em 27 de junho de 2021).

⁶⁶ «Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto» (Corte IDH. Caso Norín Catrín y otros v. Chile, §312. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Disponível: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Consultado em 28 de junho de 2021).

⁶⁷ TEDH. Caso Smirnova v. Russia (Ap. n. 46133/99 e 48183/99), §56-64. Data: 24 de outubro de 2003. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61262>. Consultado em 27 de junho de 2021.

a obtenção de provas. Para Ferrer Beltrán, o fato de que fora desses casos é difícil considerar-se provado suficientemente o risco processual ressalta a excepcionalidade da medida de prisão preventiva.⁶⁸

No limite, e para os fins desse trabalho, este debate – de difícil resolução – revela a necessidade de se contar com uma determinada base fática para identificação do perigo decorrente da liberdade do acusado (*periculum libertatis*), a qual, em que pese possa ter a base fática da materialidade e autoria (*fumus comissi delicti*) como referência, não deve a ela se limitar.

Com efeito, a decisão judicial que decreta a prisão preventiva do imputado deve ser dividida em capítulos específicos que tratem dos pressupostos, requisitos e mérito da incidência, ou não, da medida cautelar de maneira lógica e racionalmente organizada. Relativamente ao *fumus comissi delicti*, a decisão deve possuir capítulo próprio em que a verificação da materialidade e da autoria seja descrita a partir de uma base fática com determinado grau de confirmação empírica, além de constar indicação das características da materialidade e da autoria, que poderão servir de referência para os capítulos seguintes.⁶⁹

Por sua vez, em relação ao *periculum libertatis*, a decisão, fundada em elementos probatórios específicos, deverá identificar qual o perigo existente na conduta do imputado. Este perigo deverá relacionar-se com alguma das situações de perigo processual descritas na legislação (aplicação da lei penal etc.).

V. STANDARDS DE PROVA E PRISÃO PREVENTIVA.

Antes de prosseguir com as análises e sugestões de específicos *standards* de prova para a prisão preventiva, convém esclarecer a dificuldade de se trabalhar, neste tema, com base na atual legislação processual.

Como visto, o tema dos *standards* de prova consiste em uma novidade tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência brasileiras. Seria tão improvável quanto estranho que o legislador brasileiro tivesse

⁶⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. Presunción..., op. cit., p. 151.

⁶⁹ MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial..., op. cit., p. 300-301.

assumido a vanguarda do debate e previsto, com rigor metodológico, os *standards* de prova necessários para a decisão sobre prisão preventiva.

São particularmente interessantes, portanto, as lições de Taruffo, no sentido de que, na ausência de normas ou princípios que determinem o *standard* de confirmação, a decisão sobre se um enunciado fático pode ser considerado adequadamente provado deve ser tomada segundo critérios racionais.⁷⁰

Vale notar, todavia, que o legislador, ainda que por um golpe de intuição e sem a melhor terminologia, não deixou de fazer algum tipo de referência à prova necessária para identificação do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Por este motivo, a análise iniciará de forma descritiva, a partir da legislação processual penal e da interpretação que a doutrina brasileira tem feito dos dispositivos. A intenção é de identificar um critério político acerca do umbral de suficiência probatória.

A partir dessa análise inicial descritiva, procurar-se-á compatibilizar a atual interpretação doutrinária dos dispositivos com o que foi exposto acerca dos *standards* de prova. Seguindo este caminho, buscaremos propor *standards* de prova para a prisão preventiva. Muito embora possa haver boas razões para se aplicar de imediato estes *standards* de prova, é evidente que a conclusão estará mais próxima de uma proposta *de lege ferenda*.

V.I. STANDARD DE PROVA PARA O FUMUS COMISSI DELICTI.

O art. 312 do CPP prevê que a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto à materialidade, a doutrina mais antiga interpretou a expressão «existência do crime» como sendo uma exigência da *certeza* da existência da infração. Nas palavras de Basileu Garcia: «[o] corpo de delito não autoriza dúvida. [...] requer-se a certeza da presença de um tipo legal de delito».⁷¹ Romeu Campos Barros, por sua vez, falava em «uma

⁷⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples...*, op. cit., p. 253-254.

⁷¹ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945. p. 155. No mesmo sentido, citando Basileu

realidade fática da qual não se tenha dúvida» e em exigência de «prova plena».⁷² A doutrina clássica brasileira, como se vê, sempre trabalhou com a ideia de *certeza* ou *prova plena* do crime como requisito para a decretação da prisão preventiva.⁷³

A doutrina recente caminha no mesmo sentido. Conforme destaca Badaró, «[p]ara a decretação da prisão preventiva deverá haver *certeza* do cometimento do crime».⁷⁴ Odone Sanguiné, por sua vez, afirma que a mencionada expressão «deve ser entendida como prova efetiva e cabal [...], exigindo-se prova, ou seja, a certeza da existência da materialidade do crime».⁷⁵ Zanoide de Moraes fala em «alto grau de probabilidade da materialidade»,⁷⁶ enquanto Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes aludem à demonstração da «tipicidade do fato e sua real existência».⁷⁷

Nota-se, portanto, que na interpretação da doutrina, clássica e contemporânea, o legislador brasileiro, em relação à materialidade para fins de identificação do *fumus comissi delicti*, optou por exigir um alto grau

Garcia: TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 237.

⁷² BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo...*, op. cit., p. 245.

⁷³ Essa interpretação foi compartilhada pela jurisprudência, como se nota em: LOUREIRO JUNIOR, José. *Conceito da prisão preventiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957. p. 38-42. Vale notar que, mesmo antes da edição do Código de Processo Penal de 1941, doutrina e jurisprudência já falavam em «prova plena do facto criminoso», como se observa em: MALTA, Tostes. *Da prisão preventiva* (Doutrina – Legislação – Jurisprudência) (1933). São Paulo: Saraiva & Comp., 1935. p. 146-147.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 424. Muito embora o autor em trabalhos mais recentes não venha mais trabalhando com a categoria *certeza*, é possível extrair do conceito a ideia de alto grau de confirmação empírica.

⁷⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 130.

⁷⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 374. No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. *Standards...*, op. cit., p. 308.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 290.

de confirmação empírica, muito semelhante ao exigido para a sentença penal condenatória.

A nosso juízo, tal interpretação é consoante às observações referentes à relação que deve existir entre os distintos *standards* de prova. Como visto, a tendência ascendente dos *standards* probatórios deve ser contrabalançada com a gravidade do erro para cada tipo de decisão. A prisão de um imputado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória constitui grave intervenção na esfera dos seus direitos fundamentais. Considerando, ademais, que a definição de um *standard* probatório obedece a razões de ordem política, é fundamental levar-se em consideração as condições objetivas de nosso sistema penitenciário.⁷⁸ Ademais, a dificuldade de se cumprir um *standard* de prova altamente exigente acerca da existência do crime, antes até da própria instrução probatória, parece-nos adequada à excepcionalidade da prisão preventiva.

⁷⁸ Ao tratar da prisão preventiva na Colômbia, Alejandro Aponte Cardona observa que o juiz deve ter em conta, ao avaliar a necessidade, proporcionalidade, adequação e razoabilidade, as condições objetivas do regime carcerário colombiano (APONTE CARDONA, Alejandro. *La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: hacia una prevalencia del principio de libertad* (2005). In: *Derecho Penal y Filosofía*. Vol. I: Textos Escogidos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 436). Vale notar que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de declarar o «estado de coisas inconstitucional» do sistema penitenciário brasileiro (Medida Cautelar na ADPF 347/DF. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 09 de setembro de 2015). Em diversas oportunidades a Corte IDH proferiu decisão requerendo a adoção de medidas provisórias no sistema carcerário brasileiro – Complexo Penitenciário do Curado (PE), Complexo Penitenciário de Pedrinhas (MA), Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (RJ) e Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS/ES). O país, no entanto, continua sem adotar medidas eficazes de proteção à vida e à integridade de pessoas presas, motivo pelo qual a Corte IDH convocou, em junho de 2021, o país a responder sobre as recorrentes violações de direitos humanos no cárcere (ver: JUSTIÇA GLOBAL. *Corte Interamericana cuestiona Estado brasileiro sobre recorrentes violaciones de derechos humanos no cárcere*. Data: 1º de junho de 2021. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/corte-interamericana-cuestiona-estado-brasilero-sobre-recorrentes-violacoes-de-derechos-humanos-no-carcere/>. Consultado em 29 de junho de 2021).

Assim, tomando de empréstimo as propostas oferecidas por Ferrer Beltrán,⁷⁹ sugerimos o seguinte *standard* de prova para estabelecimento da materialidade para fins de identificação do *fumus comissi delicti*:

- a) a hipótese de existência do crime deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente;
- b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do crime, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

Relativamente à autoria, a doutrina clássica brasileira, cuidando da redação original do art. 312, interpretou a expressão «indícios suficientes de autoria» (no plural), no sentido de «probabilidade certa de autoria, e não simples possibilidade».⁸⁰ Segundo Frederico Marques, verifica-se indícios suficientes de autoria quando «o réu é o provável autor do crime».⁸¹ Eduardo Espínola Filho definia como «indícios sérios, apontados ao paciente, sem probabilidade de erro».⁸²

Tratando já da nova redação do art. 312, há na doutrina recente quem entenda a expressão «indício suficiente de autoria» (no singular) como exigência de uma «probabilidade veemente».⁸³ Há ainda quem trabalhe com as noções de «probabilidade»,⁸⁴ «alto grau de probabilidade»⁸⁵ e «forte probabilidade».⁸⁶

⁷⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin...*, op. cit., p. 209-210.

⁸⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo...*, op. cit., p. 245. Semelhante opinião tinha Rogério Lauria Tucci, para quem não era possível confundir os indícios suficientes com «simples motivos de suspeita». (TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução...*, op. cit., p. 237).

⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. IV (1961). 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1965. p. 115.

⁸² ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Vol. III (1942). 5ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. p. 398.

⁸³ SANGUINÉ, Odone. *Prisão...*, op. cit., p. 131.

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...*, op. cit., p. 424.

⁸⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*, op. cit., p. 374.

⁸⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração* (1998). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 308.

Em que pese a ausência de unidade conceitual, a doutrina, seguindo a própria indicação do legislador, parece caminhar no sentido de exigir-se um grau menor de suficiência probatória para o estabelecimento da *autoria*, em comparação ao grau exigido para a materialidade, embora maior, ou pelo menos idêntico, do que aquele exigido para recebimento da denúncia. A nosso ver, parece correto o entendimento, à luz da tendência ascendente dos *standards* de prova e da própria cognição sumária que, prévia ao contraditório, tende a trabalhar com um acervo probatório ainda incompleto.

Nesse sentido, novamente tomando de empréstimo as propostas de Ferrer Beltrán, sugerimos o seguinte *standard* de prova para estabelecimento da autoria para fins de identificação do *fumus comissi delicti*:

- a) a hipótese de autoria do crime pelo imputado deve ser a mais provavelmente verdadeira, à luz de todos os elementos existentes no procedimento/processo;
- b) o conjunto de elementos juntados ao procedimento/processo deve ser o mais completo possível (excluídas as provas redundantes), considerando a fase processual e as circunstâncias do evento.

Por fim, seria conveniente que se adotasse, como já previsto por Calamandrei, um juízo em «dois tempos» em relação à identificação do *fumus comissi delicti*, logo após a participação, com possível juntada de novas provas (incluindo as *provas sobre as provas*), pela defesa do imputado. Como exposto, a adoção do mesmo *standard* de prova para decisões a serem tomadas com base em distintos conjuntos probatórios não significa a antecipação da decisão seguinte. A exigência de um juízo em «dois tempos» sobre o alcance ou não dos *standards* de prova para identificação do *fumus comissi delicti* parece-nos ter função distinta, seja pela especificidade, seja pela imediatez, da revisão obrigatória prevista no art. 316, parágrafo único, do CPP.

V.II. STANDARDS DE PROVA PARA O PERICULUM LIBERTATIS.

Como visto, o tema do *periculum libertatis* desafia um sem-número de questões de difícil resolução. Por óbvio, não é possível provar um fato

futuro. É possível, contudo, provar enunciados fáticos que permitam inferir (predizer) a prática de uma conduta futura. Esse raciocínio inferencial (complexo) não está livre de problemas, mas indica a necessidade de se contar com uma base fática para identificação do *periculum libertatis*. Assumindo-se, ademais, a imprescindibilidade de que essa base fática seja própria, isto é, independente da base fática do *fumus comissi delicti*, faz-se necessário pensar em *standards* de prova.

A nosso ver, essa cadeia inferencial deve conter no mínimo: (i) diversas inferências epistêmicas que, com base em elementos de informação/prova, apoiem cada um dos enunciados fáticos que, somados, servirão de apoio ao enunciado fático que deverá se encaixar na hipótese de *periculum libertatis*; (ii) uma inferência interpretativa cuja *garantia* é a definição de *perigo/risco* adotada pela doutrina, pela jurisprudência ou pelo legislador.⁸⁷⁻⁸⁸ Assim, o enunciado fático que se pretende encaixar na hipótese de *periculum libertatis* deverá contar com um determinado grau de confirmação empírica a fim de atingir o *standard* de prova para o *periculum libertatis*.

O art. 312 do CPP prevê que a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver indício suficiente de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. O legislador se valeu, portanto, do mesmo conceito utilizado para a autoria no *fumus comissi delicti*.

Em geral, a doutrina clássica brasileira não dedicou grandes reflexões sobre a prova do *periculum libertatis*, talvez pela própria redação original do art. 313 do CPP (que tratava das hipóteses de perigo processual). Basileu Garcia falava, por exemplo, em «sérios sinais» de fuga.⁸⁹ Sem aprofundar no debate e já tratando da nova redação do art. 312, dada pela Lei 5.349/67, Campos Barros argumentava a necessidade

⁸⁷ Parece-nos que, na hipótese já vista de se aceitar apenas as tentativas ou ações preparatórias como aptas a identificar um *perigo* processual, esta segunda inferência perde substancial relevância, embora ainda possa existir, por exemplo, o problema do conceito de *ação preparatória*.

⁸⁸ Sobre o tema, destacando a nem sempre clara distinção entre interpretação e prova: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. La inferencia probatoria. In: *Quaestio Facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Palestra-Temis: Lima-Bogotá, 2005. p. 61-62.

⁸⁹ GARCIA, Basileu. *Comentários...*, op. cit., p. 163.

de investigar a «previsão do perigo» «na sua inteireza», falando ora em «certeza do *periculum in mora*», ora em «probabilidade de perigo».⁹⁰

A doutrina recente, por sua vez, defende a exigência de maior «carga de demonstração» do *periculum libertatis*, se comparado ao *fumus comissi delicti*.⁹¹ Odone Sanguiné fala em «juízo de certeza ou prova plena».⁹² Badaró, com mais argúcia, sustenta a necessidade de «prova plena dos fatos com base nos quais o juiz irá inferir o perigo do dano».⁹³

A despeito do uso da expressão «indício suficiente» pelo legislador, parece-nos adequada a interpretação da doutrina brasileira recente no sentido de exigir o mais alto grau de confirmação empírica do enunciado fático (complexo) que se pretende encaixar em alguma das hipóteses de *periculum libertatis*. A uma, porque não é possível seguir a tendência ascendente dos *standards* de prova, na medida em que a análise do perigo se esgota no próprio provimento cautelar (ainda que exista a necessidade de revisão periódica). Não é possível, portanto, tomar-se como referência o *standard* de prova da sentença, como no caso do *fumus comissi delicti*. A duas, porque, como consequência do primeiro motivo, não existe a tendência de se incrementar o conjunto probatório durante o processo. Por fim, porque, como abordado acima, a prisão de um imputado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória constitui uma grave intervenção na esfera dos seus direitos fundamentais.

Assim, outra vez a partir das propostas de Ferrer Beltrán, sugerimos o seguinte *standard* de prova para estabelecimento do enunciado fático que se pretende encaixar em alguma das hipóteses de *periculum libertatis*:

- a) a hipótese do enunciado fático que será utilizado como base para inferir o *periculum libertatis* deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente;
- b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do enunciado fático, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

⁹⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo...*, op. cit., p. 240 e 249.

⁹¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*, op. cit., p. 377; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*, op. cit., p. 79.

⁹² SANGUINÉ, Odone. *Prisão...*, op. cit., p. 136.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...*, op. cit., p. 429.

Também aqui se fazem adequadas as considerações sobre um juízo em «dois tempos» em relação ao alcance ou não do *standard* de prova pela hipótese do enunciado fático (complexo) que servirá à identificação do *periculum libertatis*.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Assumindo-se que o melhor modelo para a valoração das provas no processo judicial é o da probabilidade lógica, é necessário reconhecer que o raciocínio judicial em matéria de fatos será sempre probabilístico e que nenhum conjunto probatório, por mais rico e completo que seja, permitirá certezas racionais. Daí a importância de se distinguir as fases de valoração das provas e decisão sobre os fatos a serem provados. Os *standards* de prova oferecem justamente critérios para a fase de decisão.

Não havendo espaço para automatismos, a decisão sobre cautelares pessoais no processo penal deve conter partes internas pré-definidas e de explicação judicial obrigatória e capítulos próprios para o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Em relação ao *fumus commissi delicti*, devem ser estabelecidos dois *standards* de prova: um para o requisito de materialidade, outro para o requisito de autoria. Já o *periculum libertatis* deve contar com base fática própria que permitirá chegar a um enunciado fático complexo que deverá se encaixar em uma das hipóteses legais de perigo processual, as quais exigem uma inferência interpretativa para sua conceituação. Este enunciado fático complexo deverá atingir também determinado *standard* de prova.

A partir dos requisitos metodológicos expostos, dos critérios atualmente oferecidos pelo legislador e pela interpretação que lhes vem sendo dada pela doutrina, oferecemos no texto, tomando de empréstimo as propostas de Jordi Ferrer Beltrán, os seguintes *standards* de prova para cada um desses requisitos:

1) Requisito de materialidade para identificação do *fumus commissi delicti*: a) a hipótese de existência do crime deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente; b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do crime, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

2) Requisito de autoria para identificação do *fumus commissi delicti*: a) a hipótese de autoria do crime pelo imputado deve ser a mais provavelmente verdadeira, à luz de todos os elementos existentes no procedimento/processo; b) o conjunto de elementos juntados ao procedimento/processo deve ser o mais completo possível (excluídas as provas redundantes), considerando a fase processual e as circunstâncias do evento.

3) Enunciado fático que se pretende encaixar em alguma das hipóteses de *periculum libertatis*: a) a hipótese do enunciado fático que será utilizado como base para inferir o *periculum libertatis* deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente; b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do enunciado fático, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. coord. por Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Carpintaria” da Sentença Penal (em Matéria de “Fatos”). Trad. de Lédio Rosa de Andrade. In: *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 119-162.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Vicisitudes e itinerarios de la convicción probatoria en proceso penal. In: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 27-72.

APONTE CARDONA, Alejandro. La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: hacia una prevalencia del principio de libertad (2005). In: *Derecho Penal y Filosofía*. Vol. I: Textos Escogidos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 429-479.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal* (1983). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 153-179.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios no Processo Penal. *Revista Jurídica*, v. 363, p. 127-144, 2008.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar* (1982). 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do Processo Penal Brasileiro*. Vol. I: Princípios Fundamentais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BINDER, Alberto M. *Derecho Procesal Penal*. Tomo V. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (1936). Argentina: Ediciones Olejnik, 2018.

CALLARI, Francesco. The defendant's guilt beyond a reasonable doubt in the Italian criminal justice system. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1227-1260, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.577>

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CARLIZZI, Gaetano. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale: storia prassi teoria*. Bologna: Bonomo Editore, 2018.

CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Psychological and Logical Bases for the Standards of Proof, Here and Abroad. Durham: Carolina Academic Press, 2013.

COHEN, L. Jonathan. *Lo probable y lo demostrable* (1977). Trad. de Orión Vargas e Carlo Iván Ruiz. Medellín: Orión Vargas Vélez, 2017.

DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva* (1997). Trad. de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan. *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração* (1998). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal* (1974). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Vol. III (1942). 5ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Presunción de inocencia y prisión preventiva. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Hechos y Razonamiento Probatorio*. México: CEJI, 2018. p. 137-165.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito* (2003). Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Hechos y Razonamiento Probatorio*. México: CEJI, 2018. p. 67-80.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais* (2001). 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*. Un encuentro entre diferentes tradiciones. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 426-431.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. La inferencia probatoria. In: *Quaestio Facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Palestra-Temis: Lima-Bogotá, 2005. p. 53-107.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1999.

HOLLÄNDER, Pavel. Proof and Changing Idea of Truth in Legal Thinking: Reflection on Postmodernism. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standards of Proof in Europe*. Alemanha: Mohr Siebeck, 2019. p. 3-18.

JUSTIÇA GLOBAL. *Corte Interamericana questiona Estado brasileiro sobre recorrentes violações de direitos humanos no cárcere*. Data: 1º de junho de 2021. Disponível em: <<http://www.global.org.br/blog/corte-interamericana-questiona-estado-brasileiro-sobre-recorrentes-violacoes-de-direitos-humanos-no-carcere/>>. Acesso em: 29 de junho de 2021.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, v. 97, n. 353, p. 15-52, 2001.

LAUDAN, Larry. ¿Es razonable la duda razonable? (2003). Trad. de Jose R. Beguelin. In: *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 119-195.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar (2005). Trad. de Raul Calvo Soler. In: *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 57-86.

LAUDAN, Larry. *The Law's Flaws. Rethinking Trial and Errors?* Milton Keynes: College Publications, 2016.

LOUREIRO JUNIOR, José. *Conceito da prisão preventiva*. São Paulo: RT, 1957.

MALTA, Tostes. *Da prisão preventiva* (Doutrina – Legislação – Jurisprudência) (1933). São Paulo: Saraiva & Comp., 1935.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Companhia Forense, 1961.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. IV (1961). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo

penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, ano 27, p. 221-248, São Paulo, jun. 2019.

MENDES, Paulo de Sousa. Medida da Prova. In: MENDES, Paulo de Sousa; PE-REIRA, Rui Soares (coord.). *Prova Penal Teórica e Prática*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 19-40.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória* (2013). 4ª ed. São Paulo: RT, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. In: VAZ, Denise Provasi *et al.* (orgs.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 289-313.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NANZER, Alberto. *La regularidad como derecho individual*. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2021.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Presunção de Inocência, Standards de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo Rudge; MIRZA, Flávio (org.). *Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 289-309.

NOBILI, Massimo. *Die freie richterliche Überzeugungsbildung* (1974). Trad. de Thomas Vormbaum. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.

ORTEGA GOMERO, Santiago (dir.). *Proceso, prueba y estándar*. Lima: ARA, 2009.

PÁEZ, Andrés (ed.). *Discusiones XVIII: "Estándares de prueba"*, nº 18, 2|2016, EDIUNS, 2018.

PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

PALACIOS MOSQUERA, Luis Blaimir. *Detención preventiva y control de convencionalidad: el "peligro para la comunidad" desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 101-204.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWEIZER, Mark. *Beweiswürdigung und Beweismaß: Rationalität und Intuition*. Leipzig: Mohr Siebeck, 2015.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil (1975)*. Trad. de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos (1992)*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos (2009)*. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TICHÝ, Luboš (ed.). *Standards of Proof in Europe*. Alemanha: Mohr Siebeck, 2019.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959.

TRENTO, Simone. *As cortes supremas diante da prova*. São Paulo: RT, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 2, p. 695-721, 2018. <https://doi.org/10.5902/1981369430012>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. 1-26, maio/ago 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>

VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Controle da Prova Penal: Obtenção e Admissibilidade*. São Paulo: Editora RT, 2021.

VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes*. Hacia la abolición de una barbarie. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil (1987)*. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*. Theological roots of the criminal trial. Yale University Press: New Heaven-London, 2008.

ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Agradeço a Malu Peres Bittencourt, Clarissa Diniz Guedes, Antonio Vieira e Pedro Muxfeldt pela gentil revisão do texto, com sugestões de forma e conteúdo, bem como aos revisores anônimos pelos apontamentos e críticas.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 15/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 16/07/2021
- Review 1: 29/07/2021
- Review 2: 25/08/2021
- Preliminary editorial decision: 03/09/2021
- Correction round return 1:
- Preliminary editorial decision 2:
- Correction round return 2:
- Final editorial decision:

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 C.P.P.

Pre-trial detention and twin-track strategy: the troubled regulation of the automatisms established by art. 275 para 3 C.C.P.

Elena Valentini¹

Alma Mater Studiorum Università degli studi di Bologna, Italia

elena.valentini4@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-9629-3025>

ABSTRACT: Il contributo è dedicato all’analisi del cosiddetto “doppio binario cautelare”, e dunque della disciplina speciale, racchiusa nel secondo e terzo periodo dell’art. 275 comma 3 c.p.p. (oltre che nell’art. 12 comma 4-bis d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286), che prevede alcune deviazioni dalla regolamentazione generale concernente le condizioni applicative e i criteri di scelta delle misure cautelari personali. Il saggio esordisce descrivendo la normativa prevista per i reati comuni, per poi concentrarsi sul regime derogatorio previsto per particolari categorie di delitti. A tale ultimo proposito, dopo aver descritto la travagliata evoluzione che ha contrassegnato la disciplina speciale dal 1991 ad oggi, l’A. si sofferma sulle criticità che tuttora connotano questo dispositivo di particolare rigore, nelle sue diverse declinazioni, anche alla luce della posizione espressa al riguardo dalla Corte costituzionale.

PAROLE CHIAVE: Misure cautelari personali; Custodia cautelare in carcere; Strategia del doppio binario; Criminalità organizzata; Terrorismo; Delitti che destano particolare allarme sociale; Presunzioni di pericolosità.

ABSTRACT: *By analyzing the twin-track strategy applied to precautionary measures, the paper focusses on the precept enclosed in the second part of the Art. 275, para 3, Code of Italian Criminal Procedure (as well as in Art. 12, para 4-bis, d.*

¹ Professore associato di Procedura penale nell’Università degli Studi di Bologna.

lgs. 25 July 1998, n. 286) which establishes some exceptions to the general rules concerning the application of pre-trial detention. The essay begins by describing the rules applying where common crimes are under investigation and then addresses the requirements established for certain serious crimes. In particular, after a detailed account of the legislative evolution (from 1991 to date) of the provision in issue, the paper dwells on its unresolved critical aspects, also taking into account the Italian Constitutional Court's stance on the matter.

KEYWORDS: *Precautionary measures; Pre-trial detention; Twin-track strategy; Organized crime; Terrorism; Crimes arising special social alarm; Presumptions of dangerousness.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina comune. – 3. Il “doppio binario cautelare” e la sua storia travagliata: gli anni '90. – 4. La “tela di Penelope”: il Pacchetto sicurezza del 2009 e la risposta della Corte costituzionale. – 5. La riforma del 2015. – 6. Uno sguardo complessivo all'assetto oggi in vigore.

1. PREMessa.

La disciplina del “doppio binario cautelare” identifica un oggetto di osservazione formidabile, poiché, se analizzata in chiave diacronica, consente di cogliere in modo esemplare il pendolarismo che ha segnato un settore normativo – quello concernente l'incidente *de libertate* – ripetutamente deformato dalla volontà di assecondare istanze contrapposte, securitarie e garantistiche a seconda del momento.

Prima di concentrarvisi, sembra opportuno partire da una premessa (senz'altro superflua per il giurista italiano ma forse utile a chi si trovi per la prima volta dinanzi a questo specifico sistema nazionale), dando velocemente conto delle condizioni generali prescritte dalla legge per poter attivare la tutela cautelare personale.

Il regime scolpito dall'art. 275 comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. (nonché dall'art. 12 comma 4-bis d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286) – sul quale concentreremo le nostre riflessioni – stabilisce infatti alcune vistose deroghe alle regole comuni ove si proceda per determinati delitti; descrivere

queste ultime consentirà quindi di inquadrare meglio il livello di “scarto” tra la disciplina speciale e quella valevole per la generalità dei procedimenti.

2. LA DISCIPLINA COMUNE.

Le condizioni ordinarie per poter disporre le misure cautelari personali sono governate da un rigido principio di tassatività, diretta conseguenza della riserva di legge prescritta dal secondo comma dell’art. 13 Cost. per le limitazioni della libertà personale.

Stando alle regole generali, oltre al ricorrere di precisi requisiti di gravità del delitto per il quale si procede (requisiti che sono stati a più riprese resi più rigorosi con specifico riferimento alla custodia cautelare in carcere, oggi applicabile solo là dove si proceda per un delitto punito con la pena non inferiore nel massimo a cinque anni²), il codice (all’art. 273 c.p.p.) richiede la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza. Diretta espressione del principio di proporzionalità, tale nozione limita il possibile ricorso alle misure cautelari personali (tutte: e dunque non solo quelle coercitive, ma anche quelle interdittive³) ai casi in cui risulti altamente probabile la colpevolezza dell’imputato.

Nel passaggio dal codice previgente a quello attuale, il legislatore è significativamente intervenuto sulla definizione normativa del cosiddetto *fumus commissi delicti*: se prima del 1988 per disporre le misure cautelari personali erano necessari *sufficienti* indizi di colpevolezza, tali indizi devono oggi essere *gravi*. Non è superfluo segnalare quanto possa essere delicata e “precaria” questa valutazione, per sua natura allo stato degli atti: infatti, non soltanto le misure cautelari trovano in genere applicazione nella

² La relativa condizione di applicabilità è prevista dall’art. 280 c.p.p., il cui secondo comma è stato dapprima introdotto con la legge 8 agosto 1995, n. 332 (prevedendo che la custodia cautelare in carcere può essere disposta unicamente per delitti per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni), per poi essere successivamente modificato con d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. con mod. dalla l. 9 agosto 2013, n. 94 (che ha innalzato tale limite a cinque anni, consentendo però l’applicazione della custodia in carcere per il delitto di finanziamento illecito dei partiti, punito con una pena meno severa).

³ Della distinzione si darà conto più avanti, nel testo.

fase delle indagini preliminari, quando il pubblico ministero non ha ancora formulato l'accusa, e dunque sulla base di un'attività investigativa magari ancora *in fieri* (e non necessariamente spendibile anche nel giudizio); in tal senso vengono infatti in gioco anche i connotati del procedimento applicativo delle misure cautelari, che vede un dialogo a due tra pubblico ministero e giudice, senza l'intervento della difesa, che potrà far sentire la propria voce – eventualmente smentendo la ricostruzione dell'accusa – solo dopo l'esecuzione dell'ordinanza applicativa della misura restrittiva (e non prima, così da non frustrarne l'effetto sorpresa).

Sul piano funzionale, si può ricorrere alle misure cautelari personali per finalità ben precise, la cui descrizione normativa, assente nel testo costituzionale, si ritrova però nell'art. 274 c.p.p.: una disposizione più volte rimaneggiata dal legislatore onde scongiurare l'eccessivo ricorso alle misure coercitive (su tutte la custodia in carcere) riscontrabile nella prassi.

La prima esigenza cautelare viene ravvisata nel rischio di inquinamento probatorio, riconducibile alla sussistenza di «specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova» (lettera *a* dell'art. 274 c.p.p.). Tra tutti i *pericula libertatis*, questo è senz'altro il più ortodosso se confrontato con i principi costituzionali (in particolare con la presunzione di non colpevolezza), essendo posto a tutela della funzione cognitiva del processo.

La seconda esigenza cautelare è data dal pericolo di fuga, che si realizza «quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste il concreto ed attuale pericolo che egli si dia alla fuga». Lo scopo della previsione di cui alla lettera *b*) dell'art. 274 c.p.p. è chiaramente quello di impedire che la persona sottoposta al procedimento possa sottrarsi all'esecuzione di un'eventuale condanna; in questo caso si intende dunque salvaguardare non più la funzione cognitiva del processo ma la – non meno essenziale – funzione della pena che debba eventualmente scaturirne⁴.

⁴ Questo *periculum libertatis* può essere legittimamente posto a fondamento di una misura cautelare unicamente ove «il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore ai due anni di reclusione». In questo caso l'ordinamento non si riferisce ad una pena in astratto (ossia alla pena edittale in sé considerata), ma impone al giudice cautelare una prognosi sulla pena che possa essere determinata in concreto. Da ciò deriva che, se da un lato

La terza esigenza cautelare (cui la legge-delega si riferisce parlando di «esigenze di tutela della collettività») viene invece ricondotta al «concreto e attuale pericolo» che l'imputato possa commettere gravi delitti, tra i quali si colloca anche il rischio di commissione di reati della stessa specie rispetto a quello per il quale si procede⁵.

Tra le esigenze cautelari, quella appena menzionata è senz'altro la più ardua da conciliare con la presunzione d'innocenza; a differenza delle altre due, essa non ha uno scopo rivolto al processo, ma risponde piuttosto a una delle funzioni tipiche della pena: pur non potendo perseguire compiti di prevenzione generale, la sua finalità è infatti dichiaratamente specialpreventiva⁶.

l'astratta (elevata) gravità della pena prevista dal reato non può fondare una diagnosi di pericolo di fuga, dall'altro la concreta (modesta) gravità della pena che potrebbe essere inflitta fonda *ex lege* una diagnosi di assenza del pericolo di fuga.

⁵ Si tratta del pericolo – che deve essere ricavato da «specifiche modalità e circostanze del fatto e [dal]la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato», a sua volta «desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali» – che questi «commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede». In quest'ultimo caso però, la specifica misura della custodia cautelare può essere disposta soltanto quando il pericolo si riferisca alla commissione di «delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni», e la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando il pericolo si riferisca alla commissione di «delitti puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni» (prima del d.l. n. 78 del 2013 si faceva riferimento ai 4 anni), «nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n.195, e successive modificazioni» (clausola introdotta dalla legge 16 aprile 2015, n. 47). La stessa legge ha inoltre aggiunto in chiusura dell'art. 274 comma 1 lett. c) il seguente periodo: «le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo del reato per il quale si procede».

⁶ Di certo si tratta di una proiezione funzionale sulla quale continuano a gravare fortissimi dubbi di compatibilità con l'art. 27 comma 2 Cost., tanto più al cospetto di una giurisprudenza costituzionale che, pur giudicando ammissibili, in linea di principio, le sole finalità di cautela «strettamente inerenti al processo», in quanto «l'applicazione delle misure cautelari non può [...] corrispondere direttamente o indirettamente a finalità proprie della sanzione penale» (così Corte cost. n. 265 del 2010, sulla quale si tornerà nel testo, al par. 4), finisce poi per assimilare le esigenze inerenti al processo a quelle «che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo» (Corte

Quelli appena descritti – e non altri – sono gli unici *pericula libertatis* idonei a sorreggere, anche isolatamente, l'applicazione di una misura cautelare personale nel sistema processuale penale italiano; se questo è vero, è altrettanto vero, però, che nella prassi continua a registrarsi un diffuso impiego delle cautele per finalità diverse da quelle indicate dal legislatore: naturalmente, non nel senso che i giudici ammettono esplicitamente di applicare la misura per queste diverse finalità, ma nel senso che le esigenze cautelari positivamente previste dalla legge vengono in concreto ritenute sussistenti anche quando non lo sono. Queste, in particolare, le distorsioni funzionali più comuni, che persistono nonostante più volte siano state denunciate dalla dottrina: la tendenza ad impiegare le misure restrittive della libertà personale *ad eruendam veritatem*, che ha addirittura indotto il legislatore a reagire introducendo la specificazione (pleonastica) secondo cui «le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti⁷»; l'altrettanto surrettizia assegnazione alla custodia cautelare di funzioni che dovrebbero essere proprie della pena: tanto che non solo la custodia cautelare *anticipa*, ma, in molti casi (quando le pene irrogate con la condanna sono non troppo elevate) addirittura *sostituisce* la pena⁸;

cost. n. 1 del 1980), o per affermare in maniera apodittica che la detenzione preventiva non ha alcuna funzione anticipatrice della pena, in tal modo utilizzando come argomento quello che dovrebbe essere dimostrato.

⁷ La modifica all'art. 274 lett. a) c.p.p., superflua ma comunque pericolosa sul piano sistematico (perché potenzialmente foriera di un'interpretazione *a contrario* riguardo ai sintomi da cui desumere gli altri rischi cautelari, così come autorevolmente paventato da GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo. In ID. (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*. Milano: Giuffrè 1996, p. 7 s.), è stata una chiara reazione al massiccio ricorso alla custodia cautelare in carcere nell'ambito dell'ampia vicenda Tangentopoli (il nesso è segnalato, fra gli altri, da AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima. In AA. VV. *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano: Giuffrè, 2014, p. 12).

⁸ V. in tal senso, fra gli altri, ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 1138, 2015, e AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima. In AA. VV. *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano: Giuffrè, 2014, p. 13 ss.

infine, lo scopo di sedare l'allarme sociale (con una deformazione che ha spesso influenzato innanzitutto il legislatore, in particolare – ma non solo – proprio inducendolo ad estendere l'ambito operativo di quel “doppio binario cautelare” cui dedicheremo le prossime pagine).

Ciò precisato – e dunque al netto delle puntualizzazioni appena svolte –, stando al nudo dato positivo possiamo comunque concludere che, per poter attivare un qualsiasi presidio cautelare (dal più al meno severo), è necessaria la coesistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a un delitto che soddisfi determinate soglie di gravità (variabili in funzione della misura in concreto disposta) e di una o più fra le esigenze cautelari tipizzate dall'art. 274 c.p.p.

A seguire, la decisione cautelare si articola su un ulteriore passaggio logico-giuridico, solo apparentemente meno delicato: quello concernente la scelta della misura da applicare.

Tale scelta è gravida di conseguenze concrete, così come si può cogliere osservando l'ampio ventaglio di possibilità offerte al giudice (che, dopo la legge 16 aprile 2015, n. 47, può anche decidere di cumulare tra loro le prescrizioni caratteristiche di diverse misure). Il codice appronta infatti una serie variegata di presidi, taluni coercitivi, cioè restrittivi della libertà personale⁹,

Proprio per scongiurare questa eventualità, il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92 (conv. con modificazioni con legge 11 agosto 2014, n. 117), ha inserito nel comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. il divieto (peraltro oggetto delle copiose deroghe ivi specificate) di applicare «la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni». Si tratta di una disposizione oltremodo problematica, che meriterebbe di essere esaminata nel dettaglio; in via di estrema sintesi, la si può inquadrare come un divieto che, ispirandosi al principio di proporzionalità, intende evitare che l'imputato debba patire a titolo cautelare una cattività carceraria che probabilmente non sarà chiamata a scontare a titolo di pena.

⁹ Oltre alle misure legislativamente definite custodiali (la custodia cautelare in carcere, la custodia cautelare in luogo di cura, la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, gli arresti domiciliari, applicabili anche con monitoraggio elettronico, disciplinate rispettivamente dagli artt. 285, 285-bis, 286 e 284), tra le misure coercitive si collocano il divieto di espatrio, il divieto e l'obbligo di dimora, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, l'allontanamento dalla casa familiare, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, descritte rispettivamente dagli artt. 281, 283, 282-ter, 282-bis, 282, c.p.p.

e altri interdittivi¹⁰, che a differenza dei primi non incidono sulla libertà fisica di movimento, quanto piuttosto sulla sfera giuridica dell'interessato, limitando temporaneamente l'esercizio di determinate potestà, facoltà, diritti¹¹.

Per orientare il giudice, il legislatore ha stabilito alcuni criteri, che, dapprima declinati in termini molto generali, nel corso degli anni si sono arricchiti di una serie cospicua di specificazioni e deroghe (alcune tra le quali investono proprio la disciplina del "doppio binario cautelare").

Tali parametri trovano tuttora la loro descrizione nel corpo dell'art. 275 c.p.p.; limitandosi qui a un resoconto didascalico e parziale, i criteri in questione sono quelli di proporzionalità e adeguatezza.

Stando al primo – espresso nella sua formulazione generale dal secondo comma dell'art. 275 c.p.p. – il giudice dovrà tener conto della congruità della misura da applicare rispetto alla gravità del caso concreto; ciò evidentemente sulla scorta di un provvisorio giudizio sull'entità del fatto per il quale si procede¹².

¹⁰ Si tratta della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, del divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione e del divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali (artt. 288, 289, 289-bis, 290 c.p.p.).

¹¹ Ciò in ossequio a quanto previsto dal legislatore delegante, che alla direttiva n. 59 della "legge delega" (16 febbraio 1987, n. 81) ha prescritto la previsione di misure diverse di coercizione personale.

L'originario catalogo, già molto più corposo rispetto a quanto previsto in precedenza, è stato arricchito dall'innesto di nuove misure nel sistema: l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa (disciplinate rispettivamente dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., inseriti il primo dall'art. dall'art. 1, comma 2, della legge 4 aprile 2001, n. 154 e il secondo dall'art. 9, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11), nonché, con riferimento alle cautele interdittive, il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione (v. art. 289-bis c.p.p., inserito dall'art. 1, comma 4, lettera c della legge 9 gennaio 2019 n. 3).

¹² La disposizione è significativa perché identifica l'unica esplicitazione legislativa di un concetto, quello di proporzionalità, che in realtà permea tutto il codice di procedura penale, e precipuamente la disciplina delle misure cautelari, operando anche sul terreno della decisione di applicare o meno una misura cautelare e non solo su quello della scelta della misura (cioè sul terreno dell'*an*, del se applicare una misura cautelare, e non solo su quello del *quomodo*, del come e in che misura limitare la libertà dell'individuo).

In forza del principio di adeguatezza, il giudice è invece tenuto a optare per la misura meno gravosa tra quelle astrattamente idonee a soddisfare le esigenze cautelari. Ciò significa, dunque, che la misura “adeguata” non coincide con quella che garantisce nella maniera più efficace il soddisfacimento delle esigenze cautelari, quanto piuttosto con la misura in grado di fronteggiarle al minor prezzo in termini di limitazione della libertà personale.

Una specificazione del principio di adeguatezza è stabilita dal comma 3 prima parte c.p.p. (norma già dettata dal legislatore del 1988, e ritoccata nel 2015), secondo cui «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate»¹³.

Quanto alla disciplina dinamica, ci troviamo di fronte a una fattispecie necessariamente complessa, che vede nel pubblico ministero l'unico soggetto legittimato a sollecitare l'esercizio del potere cautelare e che al contempo assegna il monopolio del relativo esercizio al solo giudice (a norma dell'art. 279 c.p.p., il giudice procedente, o, prima dell'esercizio dell'azione penale, il giudice per le indagini preliminari). Le scansioni del procedimento applicativo sono anch'esse molto rilevanti per inquadrare la disciplina del “doppio binario cautelare”, poiché ci consegnano una fase – quella di prima applicazione della misura – che non riconosce alcun diritto di intervento della difesa atto a contrastare la richiesta del pubblico ministero; come già segnalato più sopra per non frustrare le esigenze cautelari, tale intervento viene infatti rimandato a un momento successivo all'esecuzione della misura disposta¹⁴.

¹³ La modifica introdotta con la legge 47 del 2015 riguarda proprio il riconoscimento della possibilità di cumulare tra loro misure diverse (possibilità in precedenza negata dalla giurisprudenza: v. Cass. pen., Sez. un., 30 maggio 2006, La Stella, in *C.E.D. Cass.*, n. 234138).

¹⁴ Tale intervento vede, come tappe salienti, l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia (che, disciplinato dall'art. 294 c.p.p., implica il necessario incontro tra il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto la misura e la persona che ne è attinta, assistita dal proprio difensore), e la possibilità, concessa all'imputato, di sollecitare il controllo sull'ordinanza cautelare attraverso il sistema di impugnazioni descritto dagli artt. 309-311 c.p.p. In generale, per comprendere in che modo si estrinseca il diritto di difesa in seno all'incidente cautelare, si consiglia la lettura dell'ampio lavoro di GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova: Cedam, 2012.

Anche a causa dell'assenza di contraddittorio anticipato, l'ordinanza impositiva della misura cautelare personale si caratterizza per un apparato motivazionale particolarmente ricco, specie a seguito delle numerose interpolazioni operate dal legislatore (in particolare nel 1995 e nel 2015); interpolazioni indotte, oltre che dalla volontà di scongiurare un ricorso eccessivo alle misure coercitive, anche da quella di sopperire al silenzio "necessitato" della difesa, priva di voce nella fase precedente all'esecuzione della misura.

3. IL "DOPPIO BINARIO CAUTELARE" E LA SUA STORIA TRAVAGLIATA: GLI ANNI '90.

Tratteggiata a grandi linee la disciplina comune, valevole per la generalità dei procedimenti, ci si può ora concentrare sull'oggetto specifico di questo scritto: e dunque sulle deviazioni da tale paradigma previste per determinati delitti, che, ritenuti sintomatici di un particolare livello di pericolosità, hanno indotto il legislatore a imporre un regime differenziato e improntato a un'applicazione pressoché automatica delle misure cautelari personali, e segnatamente della custodia in carcere.

Come anticipato in premessa, la parabola evolutiva che ha contraddistinto questo particolare istituto rispecchia in modo antologico la tensione tra valori contrapposti, e come tale merita di essere riepilogata nelle sue singole tappe.

Inizialmente, il codice del 1988 non contempla alcuna deroga ispirata alla logica del doppio binario: il giudice decide dunque senza subire vincoli, verificando la sussistenza delle condizioni applicative delle misure cautelari personali e seguendo i principi di proporzionalità e adeguatezza così come formulati in termini generali dal tenore originario dell'art. 275 c.p.p.¹⁵.

Il ripudio della cosiddetta cattura obbligatoria – espressamente menzionato nella direttiva n. 59 della legge delega (e anticipato dalla legge

¹⁵ A tutte le fattispecie criminose si applicavano dunque le medesime regole, «senza alcun automatismo di sorta» (GREVI, Vittorio. Introduzione. in AA.VV. *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI, Vittorio. Padova: Cedam, 1989, p. 5).

5 agosto 1988, n. 330¹⁶) – costituisce del resto uno dei più significativi elementi di rottura rispetto al sistema previgente, viceversa caratterizzato dalla presenza di una disciplina improntata all'applicazione automatica della carcerazione in presenza di indizi di colpevolezza (in allora definiti «sufficienti») rispetto a delitti di particolare gravità¹⁷.

Tuttavia, quella scelta originaria – ispirata a una fiducia massima nella discrezionalità valutativa del giudice, e così coraggiosamente innovativa rispetto al passato – sarebbe stata sconfessata nel volgere di poco. Già sul finire del 1990, infatti, con un nugolo di decreti-legge (reiterati ma non convertiti), il Governo decide di reintrodurre il “doppio binario cautelare”, immettendo nel sistema un regime fondato su due presunzioni combinate tra loro¹⁸. All’inizio si tratta di una doppia presunzione semplice,

¹⁶ Tale novella anticipa alcune delle principali novità che avrebbero poi caratterizzato la disciplina delle misure cautelari personali come approntata dal codice del 1988, tra le quali, appunto, l'abolizione della cattura obbligatoria (su cui v. nello specifico AMATO, Giuseppe. *sub art. 13 l. n. 330/1988. Legislazione penale*, Torino, p. 538 ss., 1988).

¹⁷ L'istituto era menzionato anche nella Carta fondamentale, in particolare nella versione originaria dell'art. 68 Cost., il cui secondo comma consentiva l'arresto di un membro del Parlamento senza l'autorizzazione della Camera di appartenenza solo se il parlamentare era «colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura». Esattamente come nella vigenza del codice del 1988, anche prima il meccanismo della cattura obbligatoria (e del corrispondente divieto di concedere la libertà provvisoria) ha vissuto stagioni alterne, così dimostrando la delicatezza e la centralità di un istituto da sempre controverso. Per approfondire le vicende che lo hanno interessato (su cui si tornerà *infra*, in particolare alla nota 63) v. fra gli altri ILLUMINATI, Giulio. *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*. In CONSO, Giovanni (a cura di). *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: E.S.I., 1996, p. 390 ss., LATTANZI, Giorgio. *I meccanismi presuntivi nelle misure cautelari. Cassazione penale*, Milano, p. 1838, 2018, e MANTOVANI, Giulia. *Dalla Corte europea una “legittimazione” alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. Legislazione penale*, Torino, p. 518 ss., 2004.

¹⁸ La scelta viene inaugurata con il decreto-legge 13 novembre 1990, n. 324, per essere poi riproposta in due ulteriori decreti-legge, che al pari del primo non hanno visto la conversione in legge: il decreto-legge 12 gennaio 1991, n. 5 e il decreto-legge 13 marzo 1991, n. 76. A seguire, il decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, viene invece convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203, con un'opzione normativa che però, come vedremo subito nel testo, avrebbe comunque avuto vita breve.

concernente tanto la sussistenza dei *pericula libertatis* quanto l'idoneità della sola custodia cautelare in carcere ad affrontare tali *pericula*¹⁹. Tuttavia, con il decreto-legge 9 settembre 1991, n. 292, convertito con legge 8 novembre 1991, n. 356, la doppia presunzione inizialmente declinata come semplice rimane *iuris tantum* (e dunque superabile) solo in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, trasformandosi in assoluta relativamente alla idoneità della sola custodia carceraria a contrastare i *pericula libertatis* (oggetto della prima presunzione).

Questo peculiare congegno avrebbe in seguito vissuto alterne vicende. E' però utile sin d'ora coglierne esattamente il *modus operandi*, che – sia pure con un ambito applicativo a geometria variabile – sarebbe rimasto in vigore anche negli anni successivi e che tuttora contraddistingue una delle due attuali declinazioni del “doppio binario cautelare” (quella prevista dall'art. 275 comma 3 secondo periodo c.p.p. per tre delitti associativi ritenuti sintomatici di una particolare pericolosità²⁰): se osservata da una prospettiva dinamica, che guardi ai contenuti dell'ordinanza applicativa della misura cautelare, sulla scorta della disciplina introdotta per la prima volta nel 1992 il giudice vede un sensibile alleggerimento dei propri obblighi motivazionali, che restano gravosi soltanto in ordine alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza circa la commissione di un delitto compreso nel catalogo del “doppio binario”; in mancanza di elementi in grado di smentire le esigenze cautelari (oggetto di una presunzione *iuris tantum*), l'automatismo prescritto dalla legge gli impone di disporre la custodia in carcere sulla scorta di una presunzione assoluta di adeguatezza di tale sola misura.

Stando all'impostazione adottata nel 1991-1992, l'elenco dei delitti in allora interessati dalla deroga descrive un «associazionismo criminoso ad alto tasso di violenza»²¹: sebbene il catalogo sia piuttosto

¹⁹ Questa soluzione costituisce l'antecedente da cui poi attingerà la Corte costituzionale (con le sue sentenze seriali inaugurate nel 2010) per trasformare il regime a doppia presunzione – semplice e assoluta – in un regime a doppia presunzione semplice (v. *infra*, par. 4).

²⁰ V. *infra*, par. 5.

²¹ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 107.

esteso, la deroga alla disciplina generale è comunque contrassegnata da una qualche omogeneità; una omogeneità che si sarebbe viceversa totalmente smarrita nella storia successiva dell'istituto (in particolare a far data dal cosiddetto "Pacchetto sicurezza" del 2009).

In seguito sarebbe intervenuta la legge 8 agosto 1995, n. 332. Nell'ambito di un'ampia novella ispirata dall'intento di limitare il ricorso alla custodia cautelare in carcere e di irrobustire le garanzie della difesa, il legislatore decide infatti di por mano anche alla «cattura quasi obbligatoria»²². Senza mettere completamente in discussione l'automatismo consolidatosi dal 1992 (ormai dato per acquisito al sistema), in quel frangente la scelta operata è di tipo contenitivo: in particolare, il catalogo di reati cui riferire la doppia presunzione viene sensibilmente ristretto, trovando applicazione ai soli procedimenti relativi a delitti di matrice mafiosa²³.

Questo il tenore della seconda parte dell'art. 275 comma 3 c.p.p. scaturito dalla riforma del 1992: «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, a quelli, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni ovvero ai delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110, ovvero ai delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

²² L'espressione si deve a FASSONE, Elvio, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*. *Questione giustizia*. Milano, p. 120, nota 9, 1991.

²³ In particolare, il delitto di cui all'art. art. 416-bis, i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis nonché quelli compiuti per agevolare le associazioni di cui all'art. 416-bis c.p. Sulla modifica tra gli altri si veda ILLUMINATI, Giulio, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento*

Ed è proprio dopo la riforma del 1995 che sul doppio binario cautelare *ex art. 275* comma 3 c.p.p. verrà chiamato a esprimersi, per la prima volta, il Giudice delle leggi²⁴, nell'ambito di una vicenda concernente alcuni delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni di tipo mafioso.

Inaugurando un'impostazione poi replicata più volte, la porzione di disciplina sottoposta al vaglio della Corte è quella concernente la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere; i parametri evocati sono invece quelli racchiusi negli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost.: il primo sul presupposto della irragionevole disparità di trattamento nel preordinare una risposta cautelare omogenea rispetto a «situazioni obiettivamente e soggettivamente diverse»; gli artt. 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost. in quanto «parametri [...] dalla cui lettura combinata emerge l'esigenza di circoscrivere allo strettamente necessario le misure limitative della libertà personale».

In risposta alle censure, la Corte confeziona un'ordinanza molto asciutta (la n. 450 del 1995), dove si può leggere, fra l'altro, questa frase: «una volta rilevato il rispetto della riserva di legge a norma dell'art. 13 della Costituzione, il residuo riferimento dell'ordinanza di rinvio alla presunzione di non colpevolezza *ex art. 27* della Costituzione si rivela manifestamente non conferente, data l'estraneità di quest'ultimo parametro all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena»²⁵.

applicativo, in GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332, Milano: Giuffrè, 1996, p. 92 ss.

²⁴ L'atto di promovimento della questione alla Corte costituzionale (del 12 aprile 1995) aveva in realtà investito la disciplina precedente, ed era scaturito da un processo in cui il giudice *a quo* era stato chiamato a deliberare un'istanza di revoca della custodia cautelare in carcere già imposta nei confronti di persona sottoposta alle indagini per taluni delitti aggravati *ex art. 7* del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203: fattispecie, quest'ultima, rimasta tra quelle a “cattura semi-obbligatoria” anche all'indomani della l. n. 332 del 1995, così determinando la persistente rilevanza della questione sottoposta al vaglio di costituzionalità.

²⁵ Per un'argomentata critica alla pronuncia si veda NEGRI, Daniele, Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p. *Cassazione penale*, Milano, p. 2835 ss., 1996.

Al di là di questo passaggio sorprendente (e che sarà fatto oggetto di un doveroso ripensamento nelle numerose pronunce che sarebbero poi intervenute sul tema), il Giudice delle leggi “salva” la compatibilità costituzionale della disciplina osservando come il suo spazio operativo circoscritto alla criminalità organizzata di stampo mafioso renda manifesta la non irragionevolezza della scelta legislativa, «atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato». Tale concisa presa di posizione condiziona anche la successiva giurisprudenza costituzionale, che si diffonderà in maggior misura sul punto restando comunque tendenzialmente fedele alla linea²⁶; essa poggia sull’assolutizzazione di una massima di esperienza che viene spinta fino ad accettare il rischio di applicare un trattamento cautelare estremo (la detenzione in carcere) a tutti i casi in cui i *pericula libertatis* si prestano ad essere affrontati con misure meno restrittive.

Malgrado i suoi limiti, la pronuncia racchiude però anche un’importante precisazione, là dove – e a differenza da quanto già ritenuto in ordine alla “cattura obbligatoria” di cui al codice del 1930 – la Corte ha mostrato di ammettere che possa essere oggetto di una valutazione legale insuperabile unicamente l’adeguatezza del solo carcere, ma non anche la sussistenza del *periculum libertatis*²⁷.

In seguito, anche la Corte europea dei diritti dell’uomo sarebbe stata chiamata ad esprimersi sulla disciplina dell’art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p. (CEDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia): ma, in

²⁶ V. però la sentenza costituzionale n. 57 del 2013, concernente il “doppio binario cautelare” previsto per i reati aggravati dal metodo mafioso, di cui si darà brevemente conto *infra*, alla nota 41, e che ha comunque determinato un parziale *revirement* da parte della Corte.

²⁷ «[...] Giacché la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l’*an* della cautela) non può, per definizione, prescindere dall’accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta».

Molti anni prima, la sentenza costituzionale n. 64 del 1970 – chiamata ad esprimersi sul mandato di cattura obbligatorio – non aveva affatto escluso la possibilità di una presunzione legale insuperabile di sussistenza del *periculum libertatis* (anche se si deve comunque considerare che nel 1970 le esigenze cautelari non erano ancora state positivizzate mediante una definizione legislativa).

scia con quanto già ritenuto dalla Corte costituzionale, anche il Giudice di Strasburgo deciderà di salvare il doppio binario cautelare, ponendo l'accento sul suo circoscritto perimetro applicativo, che, allora riservato ai soli delitti di matrice mafiosa, giustifica la deroga alla disciplina generale sulla scorta del fatto che solo la carcerazione provvisoria «tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano nel frattempo commettere delitti»²⁸.

4. LA “TELA DI PENELOPE”²⁹: IL PACCHETTO SICUREZZA DEL 2009 E LA RISPOSTA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

A quasi tre lustri dall'intervento contenitivo operato nel 1995, e in una stagione fortemente condizionata da istanze securitarie, con l'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito con legge 23 aprile 2009, n. 38), il meccanismo a duplice presunzione vede un nuovo e imponente ampliamento del proprio ambito di operatività³⁰.

²⁸ Il virgolettato è tratto dalla sintesi che Corte cost. n. 265 del 2010 (di cui parleremo nel prossimo paragrafo) svolge rispetto ai contenuti della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Così come segnalato dalla dottrina (v. tra gli altri QUATTROCOLO, Serena. *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e di adeguatezza?*. In AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*. Torino: Giappichelli, 2013, p. 220, nonché MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.lalegislazionepenale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 10), però, la Corte costituzionale in genere si limita a riportare questo passaggio della pronuncia europea, sorvolando invece su quelli in cui il Giudice di Strasburgo esprime la sua diffidenza verso le presunzioni ove declinate in termini assoluti.

²⁹ L'espressione è ripresa da GIOSTRA, Glauco. *Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore*. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 4905, 2012.

³⁰ Questo il tenore dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. scaturito dal “Pacchetto sicurezza” del 2009: «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, e 600-quinquies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali

Sennonché, l'operazione condotta dal legislatore del 2009 è molto più maldestra di quella del 1991-1992; mossa da motivi contingenti e propagandistici, indicati nell'esigenza di contrastare l'allarme suscitato da alcuni crimini amplificati dalla stampa in un caldo clima pre-elettorale, come spesso accade essa neppure consegue a una reale necessità: la pretesa "esplosione" degli episodi di violenza sessuale rappresentata dai *mass media* in quel particolare frangente risulta infatti del tutto smentita dalle statistiche³¹.

Segnatamente, con l'intervento del 2009, il catalogo dei reati cui si riferisce la doppia presunzione (inalterata nel suo funzionamento, ma decisamente più estesa quanto a spazio operativo) diventa molto poco razionale, sia per i suoi contenuti sia per la tecnica di redazione normativa impiegata: accanto ad un'estensione "nominale", con esplicita menzione dei singoli delitti cui applicare questa particolare forma di "doppio binario" (delitti in materia sessuale, specie quando ne sia vittima un minore), il legislatore colloca un rinvio ai commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p., concernenti le attribuzioni della procura distrettuale antimafia³².

Del resto, è questa un'abitudine antica, giustamente stigmatizzata dalla dottrina più accorta: «la creazione di binari doppi, tripli o quadrupli,

risultati che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate».

A tale innovazione viene affiancata anche quella *extra codicem* introdotta dall'art. 26 della (di poco successiva) legge 15 luglio 2009, n. 94, in relazione ai soggetti nei cui confronti sussistono gravi indizi di colpevolezza per aver promosso, diretto, finanziato o effettuato il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compiono altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente (art. 12 comma 4-*bis* d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

³¹ MARZADURI, Enrico. Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile. *Legislazione penale*, Torino, p. 500, nota 2, 2010.

³² A tale ultimo proposito, è oltretutto evidente come il rinvio, inteso come dinamico, finisca per determinare effetti a catena: come ad esempio in conseguenza della legge 23 febbraio 2015, n. 19, il cui art. 2 ha inserito la fattispecie di scambio elettorale (art. 416-*ter* c.p.) nell'elencazione contenuta all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.

operata mediante rimandi a liste preformate per tutt'altri scopi e trasfigurate in norme-simbolo di angosce collettive, è uno dei mali peggiori che affligge la nostra legislazione processuale»³³. E' infatti chiaro quanto sia audace la pretesa di impiegare un catalogo ideato per agevolare lo svolgimento delle indagini per fini così distanti ed eterogenei da quelli che ne hanno animato la creazione; tanto più considerando che gli scostamenti dalla disciplina generale dovrebbero essere improntati all'eccezionalità.

Le critiche all'intervento legislativo del 2009³⁴ hanno trovato un riscontro (parziale e timido) nella giurisprudenza costituzionale, che, nel periodo compreso tra il 2010 e la successiva riforma in tema (che si deve alla legge n. 47 del 2015), è intervenuta per ben nove volte sull'istituto.

La prima pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 seconda parte c.p.p. (con specifico riferimento ai delitti di prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con un minore) per contrasto con gli artt. 3, 13 e 27 comma 2 Cost.³⁵.

Come unanimemente riconosciuto, la ricostruzione assiologica operata dalla sentenza n. 265 del 2010 è preziosissima; ma nonostante

³³ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 108.

³⁴ Tra le altre, si segnalano quelle espresse da MARZADURI, Enrico. Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Legislazione penale*, Torino, p. 702, 2011; GIULIANI, Livia. Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice *de libertate*: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare. *Cassazione penale*, Milano, p. 921 s., 2012; ZACCHÉ, Francesco, Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale, in MAZZA, Oliviero-VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Il "pacchetto sicurezza" 2009*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 290.

³⁵ Si tratta della sentenza 7 luglio 2010, n. 265, di cui si possono leggere i commenti di: LORUSSO, Sergio. Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere. *Guida al diritto*, Milano, f. 35, p. 60, 2010; MARZADURI, Enrico. Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile. *Legislazione penale*, Torino, p. 499 ss., 2010; SPANGHER, Giorgio. La "neutralizzazione" della pericolosità sociale: prime riflessioni. *Giustizia penale*, Roma, I, p. 407, 2011; TONINI, Paolo. La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 949 ss., 2010.

l'importanza del richiamo a tutti e tre i parametri azionati dal giudice rimettente, la Corte ha tuttavia voluto interferire il meno possibile con le scelte del legislatore: lungi dal dichiarare incostituzionale l'applicazione della doppia presunzione ai procedimenti per tali delitti (con una declaratoria di illegittimità "secca"), il Giudice delle leggi si è infatti limitato a mutare da assoluta (*iuris et de iure*) a relativa (*iuris tantum*) la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere.

In particolare, con questa prima pronuncia – fondamentale punto di partenza della successiva serie di decisioni intervenute volta a volta per smantellare l'edificio normativo edificato nel 2009 – la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-*quater* c.p., «è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Come anticipato, la decisione presenta sia luci che ombre. Se è infatti vero che la sentenza – oltre ad escludere che l'automatismo possa «rinvenire la sua fonte di legittimazione nell'esigenza di contrastare situazioni causa di allarme sociale, determinate dalla asserita crescita numerica di taluni delitti»³⁶ – riconosce a chiare lettere la rilevanza della presunzione d'innocenza in materia cautelare, così superando l'opposta affermazione racchiusa nell'ordinanza n. 450 del 1995 (oltre alle ambiguità riscontrabili anche nella giurisprudenza più risalente³⁷), va però rimarcato che, come già in precedenza, non è stato invece sviluppato il confronto

³⁶ Sent. n. 265 del 2010, punto 12 del «considerato in diritto».

³⁷ Per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale su questo tema centrale (a partire dalla sentenza n. 64 del 1970) v. ILLUMINATI, Giulio. Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari. In CONSO, Giovanni (a cura di). *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: E.S.I., 1996, p. 392 ss. V. anche l'accurata ricostruzione svolta da MANTOVANI, Giulia. Dalla Corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. *Legislazione penale*, Torino, p. 518 ss., 2004.

con l'art. 13, comma 2, Cost. (parametro che del resto non era stato specificamente evocato dai giudici remittenti): “assorbendo” gli obblighi motivazionali del giudice cautelare, l'automatismo nella valutazione dei presupposti e dei criteri di scelta delle misure descritto dall'art. 275 comma 3 c.p.p. implica infatti una frizione con la disciplina costituzionale dedicata alla libertà personale, che, oltre a sancire la riserva di legge, pretende anche un provvedimento *motivato* dell'autorità giudiziaria³⁸.

Inoltre, la circostanza che il *devolutum* fosse circoscritto alla sola presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere ha forse contribuito a determinare la timidezza della soluzione adottata dalla Corte, che ha sostanzialmente recuperato l'opzione normativa già sperimentata con la prima decretazione d'urgenza del 1991.

Anche se il forte nesso tra gli ultimi due passaggi logici che scandiscono la decisione cautelare – la verifica della sussistenza delle esigenze cautelari e la valutazione di adeguatezza, che investono rispettivamente l'esistenza e l'intensità del *periculum libertatis* – ben avrebbe potuto suggerire di valutare l'ortodossia costituzionale anche della presunzione relativa concernente l'*an* della cautela³⁹, ciò non è avvenuto, e il vaglio di ragionevolezza (vero fulcro della sentenza n. 265 del 2010, come pure di tutta la “gemmazione” giurisprudenziale successiva) è rimasto circoscritto al solo secondo tassello dell'automatismo, purgato esclusivamente del suo carattere assoluto; la soluzione concretamente adottata è dunque figlia del fatto che il Giudice delle leggi ha ritenuto costituzionalmente accettabile il meccanismo, meno cogente, della presunzione relativa, superabile da elementi di segno contrario. Fondamentali, a tal fine, le caratteristiche delle fattispecie incriminatrici oggetto del giudizio *a quo*, prive dei connotati propri di

³⁸ Peraltro, ove si fosse voluti approdare a una soluzione più garantistica di quella a cui è pervenuto il dispositivo della sentenza, sarebbe stato sufficiente valorizzare l'inviolabilità della libertà personale, che, consacrata nel primo comma dell'art. 13 Cost. e riconosciuta come tale nella motivazione della pronuncia, si è però persa «per strada» nell'assetto complessivo della decisione (v. MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.la legislazione penale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 10).

³⁹ In tal senso v. già GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 118 s., 2013.

quella descritta dall'art. 416-*bis* c.p., la quale (riprendendo e sviluppando più diffusamente la posizione già espressa nell'ordinanza costituzionale n. 450 del 1995) viene assunta dalla Corte quale paradigma su cui tarare il vaglio di ragionevolezza⁴⁰.

La soluzione adottata dalla sent. n. 265 del 2010 è stata poi riprodotta da altre numerose pronunce, che ne hanno replicato lo schema logico e il tipo di sindacato, esaminando le caratteristiche dei singoli delitti volta a volta sottoposti allo scrutinio della Corte secondo la logica dell'*id quod plerumque accidit*⁴¹.

⁴⁰ Vedremo poi come, con una decisione del 2019, il Giudice delle leggi estenderà la posizione già espressa rispetto all'associazione a delinquere di stampo mafioso anche a quella di cui all'art. 270-*bis* c.p. (v. *infra*, par. 6).

⁴¹ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 164 del 2011, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 575 del codice penale (omicidio), è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Analoghe soluzioni sono poi state adottate: dalla sentenza costituzionale n. 231 del 2011, rispetto alla fattispecie di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti); dalla sentenza n. 110 del 2012, in ordine al delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. (reati in materia di marchi e brevetti); dalla sentenza n. 57 del 2013, in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo (pronuncia che ha mostrato di discostarsi dalla precedente ordinanza n. 450 del 1995, la quale aveva affermato l'ortodossia costituzionale della doppia presunzione, relativa ed assoluta, già prevista per il delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991); dalla sentenza n. 213 del 2013, in ordine al delitto di cui all'art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione); dalla sentenza n. 232 del 2013, in ordine al delitto di cui all'art. 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo); dalla sentenza n. 48 del 2015, con riferimento al concorso esterno nel delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.

A queste pronunce, che hanno colpito l'art. 275 comma 3 c.p.p., va poi aggiunta la sentenza n. 331 del 2011, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-*bis*, d. lgs. n. 286/1998 (aggiunto dall'art. 1 comma 26 lett. f) legge n. 94/2009), che racchiudeva un analogo

Mutatis mutandis, le successive declaratorie di illegittimità costituzionale riproducono tutte lo schema della sentenza “madre”, la n. 265 del 2010: seguendo la medesima linea, la Corte non ha quindi mai negato radicalmente la ragionevolezza della presunzione di adeguatezza della sola cattività carceraria, ma unicamente il suo carattere assoluto.

La disciplina si è ritrovata dunque, per un lungo periodo, in continuo movimento, essendo stata demolita (e non del tutto) a più riprese. Del resto, sarebbe stato arduo ipotizzare un unico intervento risolutivo, a causa della caratteristica incidentalità propria del giudizio di legittimità costituzionale, che vede il Giudice delle leggi chiamato ad esprimersi volta a volta in funzione della concreta rilevanza della questione nel giudizio *a quo* (e dunque in funzione della natura degli addebiti volta a volta costituenti l’oggetto del procedimento principale)⁴². Chiaro come un simile panorama, in costante evoluzione, abbia determinato il concreto pregiudizio per i soggetti attinti da procedimenti cautelari aventi ad oggetto addebiti non ancora interessati dalle declaratorie di illegittimità costituzionale. Ma la strada dell’esegesi costituzionalmente orientata – che pure è stata arditamente sperimentata dalla Corte di cassazione⁴³ (ancorché

automatismo a proposito di alcune figure di favoreggiamento dell’immigrazione illegale (previste dal comma 3 del medesimo articolo 12 d. lgs. n. 286/1998).

⁴² A onor del vero, l’ordinamento consente comunque alla Corte costituzionale di impiegare lo strumento della “declaratoria consequenziale”, contemplato dall’art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87 (stando al quale, oltre a dichiarare quali sono le disposizioni legislative illegittime, il Giudice delle leggi «dichiara altresì quali sono le altre disposizioni legislative la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata»). Ma nel caso specifico la Corte ha preferito non farvi ricorso (critico in proposito GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 120 ss., 2013).

⁴³ Si allude in particolare all’estensione pretoria della soluzione creata dalla Corte costituzionale con riferimento all’ipotesi dello stupro di gruppo, operata da Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 2012, Lisi e altro, in *Cass. pen.*, con nota di GIULIANI, Livia. Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice *de libertate*: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare. *Cassazione penale*, Milano, p. 921 ss., 2012, e secondo cui la presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, stabilita dall’art. 275, comma terzo, c.p.p. anche per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.p.), doveva essere interpretata alla luce della

per ragioni tutt'altro che garantistiche⁴⁴) – non poteva comunque ritenersi praticabile: nella sua perentoria chiarezza, il testo dell'art. 275 comma 3 (seconda e terza parte) c.p.p. non lasciava infatti spazio alcuno a una simile operazione ermeneutica.

La situazione determinata dalle pronunce della Corte costituzionale ha dunque fissato l'esistenza di un regime triplice: accanto a quello, generale, in base a cui il giudice deve valutare e motivare in ordine alla sussistenza di tutti i presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari, quello, introdotto dal legislatore, a doppia presunzione, semplice (in ordine all'esistenza dei *pericula libertatis*) e assoluta (in ordine all'adeguatezza della sola custodia in carcere), e infine quello ulteriore, "creato" dal Giudice delle leggi, a doppia presunzione semplice (in ordine tanto all'esistenza dei *pericula libertatis* quanto all'adeguatezza della sola custodia in carcere).

Un articolato (e artificioso) panorama che, al netto delle rilevanti modifiche nel frattempo intervenute (e di cui subito si dirà), tuttora contrassegna l'assetto vigente.

sentenza della Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, con conseguente obbligo, per il giudice, di «valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine a tale delitto, se siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Questa presa di posizione è stata poi superata dalla sentenza costituzionale n. 232 del 2013, che ha viceversa optato per la declaratoria parziale di illegittimità dell'art. 275 comma 3 c.p.p., così sconfessando la soluzione della Cassazione (già duramente – e giustamente – criticata dalla dottrina: v. per tutti GIULIANI, Livia. *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice de libertate*: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare. *Cassazione penale*. Milano, p. 921 ss., 2013, nonché GIOSTRA, Glauco. *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*. *Giurisprudenza costituzionale*. Milano, p. 4897 ss., 2012).

⁴⁴ Nel caso specifico, la Corte di cassazione illustrò la propria scelta interpretativa con un comunicato-stampa, "giustificando" la propria posizione con la necessità di evitare la scarcerazione delle persone sottoposte ad indagine per decorrenza dei termini di durata della custodia cautelare.

5. LA RIFORMA DEL 2015.

Su questa complessa (e ancora “mobile”⁴⁵) situazione è infine intervenuta la legge 16 aprile 2015, n. 47, con una soluzione conservativa che ha inevitabilmente tradito le ambizioni dell’originaria proposta di legge presentata alla Camera⁴⁶. Anzi: il dibattito parlamentare che ha condotto alla riscrittura dell’art. 275 comma 3 c.p.p. costituisce l’ennesimo sintomo di quanto la disposizione sia cruciale e travagliata.

L’iniziale proposta di legge si prefiggeva di circoscrivere il regime a doppia presunzione (semplice, concernente la sussistenza delle esigenze cautelari, e assoluta, circa l’idoneità della sola custodia in carcere a fronteggiare i rischi cautelari) ai delitti di cui agli artt. 270, 270-bis e 416-bis del codice penale. Alla riscrittura in questi termini del comma 3 secondo periodo avrebbe dovuto corrispondere l’eliminazione, dal tessuto codicistico, del regime a doppia presunzione relativa sagomata dal Giudice delle leggi a partire dalla sentenza costituzionale n. 265 del 2010. Ma già dal primo passaggio alla Camera, il congegno a doppia presunzione semplice sarebbe inesorabilmente ricomparso, per poi rimanervi in tutte le successive tappe della doppia navetta parlamentare sfociata nella legge n. 47 del 2015. L’esame dei lavori preparatori sul punto è interessante, perché denota uno scontro di opinioni davvero rimarchevole, tradottosi nella presentazione di emendamenti di segno radicalmente opposto tra loro: accanto a chi prospettava di confinare l’operatività del meccanismo presuntivo ai soli procedimenti per associazione a delinquere di stampo mafioso si collocava chi avrebbe voluto demagogicamente estenderlo ai delitti contro la pubblica amministrazione e l’amministrazione della giustizia⁴⁷.

⁴⁵ Per alcuni esempi di fattispecie non ancora espunte dal catalogo per cui (prima della riforma del 2015) vigeva la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, v. PAZIENZA, Vittorio. Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari. *Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, n. III/03/2015, 6 maggio 2015, p. 13.

⁴⁶ V. Proposta di legge n. 631 presentata alla Camera dei deputati il 3 aprile 2013.

⁴⁷ Per una ricostruzione del dibattito, si rinvia a VALENTINI, Elena. Le premesse e i lavori parlamentari, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 3 ss.

Alla prova dei fatti, il Parlamento si è limitato a recepire l'insegnamento scaturito dalle numerose declaratorie di illegittimità abbattutesi sull'art. 275 comma 3 c.p.p.; così dunque riproponendo le stesse timidezze che già avevano permeato l'approccio della Corte costituzionale. Tanto che, malgrado la riforma del 2015 identifichi uno dei più corposi (sebbene troppo cauti⁴⁸) interventi sulla disciplina cautelare personale, «al tema delle presunzioni di adeguatezza della sola custodia viene dedicata una attenzione slavata e compromissoria, nessuna alla presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari»⁴⁹.

La fisionomia della “cattura semi-obbligatoria” uscita dalla novella del 2015 prevede infatti un doppio regime derogatorio alle regole comuni. In primo luogo, l'art. 275 comma 3 c.p.p. stabilisce che, ove si proceda per i delitti di cui agli artt. 270, 270-bis e 416-bis c.p., il giudice, una volta verificata la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, debba sempre applicare la custodia in carcere, a meno che non risulti l'insussistenza di esigenze cautelari.

In concreto, il regime applicabile a questi delitti è dunque oggetto di una dualità secca (del tutto analoga a quella inaugurata dal legislatore nel 1992): o l'imputato si vede attinto dalla più restrittiva tra le misure, oppure resta immune da qualsiasi trattamento cautelare (perché il giudice ha constatato l'insussistenza di tutte e tre le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p.)⁵⁰. Il che (sia detto per inciso) non potrà non indurre, a monte, una marcata refrattarietà

⁴⁸ Una novella «rimasta a metà dell'opera»: così la definiscono CHINNICI, Daniela e NEGRI, Daniele. Una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti. in AA. VV. *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, Roma: Dike, 2015, p. 10.

⁴⁹ Così GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 168, 2017.

⁵⁰ Conseguentemente, data la struttura della norma, il giudice, per respingere la richiesta cautelare, avrà un vero e proprio onere di motivare l'insussistenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. Si tratta, è appena il caso di osservarlo, di un automatismo normativo che, «risolvendosi in chiave di tendenziale obbligatorietà della misura carceraria, si colloca ai limiti della compatibilità con il disposto dell'art. 13 Cost., nel quale l'“atto motivato dell'autorità giudiziaria” è richiesto come garanzia ai fini dell'applicazione (non del diniego) delle misure restrittive della libertà personale» (così GREVI, Vittorio-CERESA GASTALDO, Massimo. *Misure cautelari*, in BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*, X ed. Padova: Cedam, 2020, p. 344).

a superare la prima presunzione – vincibile – di sussistenza delle esigenze cautelari: se infatti la dicotomia è così oppositiva – l'imputato o finisce in carcere o resta a piede libero – in via di fatto sarà ancor più arduo che il giudice possa scegliere di dichiarare l'insussistenza di tutti e tre i *pericula libertatis*⁵¹.

Questo dispositivo – così rigoroso e irto – viene riservato a tre distinte fattispecie associative: e dunque non solo all'associazione a delinquere di stampo mafioso (rispetto a cui vigeva da tempo, avendo superato indenne il vaglio di costituzionalità risolto con la declaratoria di manifesta infondatezza del 1995⁵²), ma anche alle associazioni sovversive e a quelle con finalità di terrorismo o di eversione. Con una scelta, quella insita nell'inserimento della fattispecie di cui all'art. 270-bis c.p., che «rappresenta una *new entry* nel novero dei reati trattati meno favorevolmente»⁵³: infatti, se la fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. si ascrive al “doppio binario cautelare” inserito nel codice vigente sin dalla sua fondazione (nel 1991), e il delitto di cui all'art. 270 c.p. già partecipa del trattamento differenziato a partire dal 2009, fino al 2015 l'associazione con finalità di terrorismo è rimasta sempre soggetta alla disciplina comune, esente da qualsiasi automatismo («a ennesima dimostrazione della volubilità dei compilatori»⁵⁴).

In secondo luogo, il riformato art. 275 comma 3 c.p.p., al suo terzo periodo, prevede che, ove si proceda in relazione ad uno dei delitti compresi nella eterogenea categoria descritta dagli artt. 51, commi 3-bis e 3-*quater* c.p.p., nonché in relazione ai delitti di cui agli artt. 575, 600-bis, primo comma, 600-*ter*, escluso il 4° comma, 600-*quinqies*, e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-bis, 609-*quater*, 609-*octies* c.p., il giudice, una volta verificata la sussistenza dei gravi indizi

⁵¹ E' proprio il cumulo delle due presunzioni a «ridurre drasticamente i margini di effettività della valutazione giudiziale sullo stesso *an del periculum libertatis*»: così RAFARACI, Tommaso. Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3724, 2011.

⁵² V. *retro*, par. 3.

⁵³ GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 184, 2017.

⁵⁴ CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 124.

di colpevolezza, debba applicare la misura della custodia cautelare in carcere a meno che non risulti l'insussistenza delle esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, queste ultime possono essere soddisfatte con altre misure⁵⁵.

In questo secondo gruppo di ipotesi, il giudice si ritrova comunque al cospetto di due diverse presunzioni, entrambe semplici: con riferimento tanto alla sussistenza di esigenze cautelari quanto all'adeguatezza della sola custodia in carcere⁵⁶.

Dinanzi alla riforma del 2015, la sensazione è quella di un meccanismo calibrato sulle scelte – non così coraggiose – operate dallo «sciame dei precedenti»⁵⁷ inaugurati dalla sentenza costituzionale n. 265

⁵⁵ A tali fattispecie, per le quali vige la declinazione più mite dell'automatismo, deve essere aggiunta anche quella concernente le fattispecie menzionate dal comma 3 dell'art. 12 d. lgs. n. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione): sebbene infatti il legislatore del 2015 si sia dimenticato di intervenire sul comma 4-bis di tale articolo, che continua a descrivere l'automatismo nella sua forma più rigida (e dunque con una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere), non si deve trascurare che il precetto è comunque stato investito dalla declaratoria di illegittimità costituzionale n. 331 del 2011 (cfr. *retro*, nota 41), che continua quindi ad essere attuale.

⁵⁶ In concreto, quindi, il regime cautelare applicabile nei procedimenti aventi ad oggetto tali delitti non è investito da quella dicotomia radicale già riscontrata rispetto ai delitti associativi menzionati nella seconda frase dell'odierno art. 275 comma 3 c.p.p.: come regola generale, l'imputato si vede comunque applicare la più restrittiva tra le misure, ossia la custodia cautelare in carcere; ma la presunzione di idoneità della sola cattività carceraria, che in questo caso è relativa, come tale può essere superata, al pari di quella concernente la sussistenza di tutti e tre i *pericula libertatis*, così consentendo l'applicazione di una misura meno gravosa di quella più severa tra tutte.

In tali casi, sempre in virtù della struttura della norma, il giudice, per respingere la richiesta cautelare, si troverà gravato del medesimo onere di motivare l'insussistenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. già riscontrato a proposito della declinazione più rigida dell'automatismo. E là dove la presunzione di esistenza delle esigenze cautelari non possa essere superata, il giudice potrà comunque vincere la seconda presunzione, concernente l'idoneità della sola custodia in carcere, con relativo onere di motivare che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

⁵⁷ L'espressione è ripresa dal titolo dello scritto di MANES, Vittorio. Lo «sciame di precedenti» della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una «dottrina» sulla libertà personale nel segno del «minimo sacrificio necessario». *Diritto penale e processo*, Milano, p. 457 ss., 2014.

del 2010; meccanismo che pare costruito, più che su una reale attenzione alla tutela della libertà personale, ben più modestamente sulla volontà di evitare un radicale e indifendibile conflitto con i parametri costituzionali rilevanti in materia.

6. UNO SGUARDO COMPLESSIVO ALL'ASSETTO OGGI IN VIGORE.

Ripercorsa la tormentata storia dell'istituto – che replica un andamento pendolare già caratteristico della cattura obbligatoria regolata dal codice del 1930 – si possono ora svolgere alcune riflessioni sulla conformazione vigente del “doppio binario cautelare”.

Negli anni '90, una fra le spiegazioni addotte all'introduzione dell'automatismo chiamava in causa la necessità di irrobustire la posizione del giudice, che, se vincolato nella sua valutazione in ordine alla pericolosità dell'imputato, sarà anche più difficilmente influenzabile dal contesto ambientale⁵⁸; tuttavia, se tale interpretazione (che sembra quasi isolare un “quarto” *periculum libertatis*⁵⁹) può giustificare l'operatività dell'istituto al contesto mafioso⁶⁰, l'indiscriminato allargamento operativo del doppio binario cautelare (sia pure con una fisionomia oggi più “accettabile” di quanto non fosse nel 2009) finisce inevitabilmente per appannare questa ipotetica *ratio* originaria⁶¹,

⁵⁸ Il congegno è stato autorevolmente definito «una sorta di “scudo normativo” per tutelare dal rischio di gravi condizionamenti i giudici maggiormente impegnati nei procedimenti contro la peggiore delinquenza»: così GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo. In ID. (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*. Milano: Giuffrè 1996, p. 10.

⁵⁹ L'osservazione è di CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 121.

⁶⁰ E solo per «brevi periodi di gravissima emergenza»: così MARZADURI, Enrico. Art. 275. In *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Mario, III Agg., Torino: Utet, 1998, p. 181.

⁶¹ Giustificazione che oltretutto, secondo alcuni, dovrebbe ritenersi ridimensionata vista la minor aggressività delle associazioni mafiose nei confronti della magistratura: così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI,

soppiantata dall'intento di inserire «un mero spot elettorale mirato ad attribuire consenso al legislatore di turno»⁶².

Per come si presenta oggi, il congegno non può che essere ricondotto a una palpabile diffidenza verso la discrezionalità del giudice: è la legge, a monte, a imporre il carcere a colui che sia gravemente indiziato della commissione di determinati delitti. In misura non così distante da quanto avveniva con la cattura obbligatoria disegnata dal codice del 1930, il titolo di reato acquista un ruolo dirimente all'interno della fattispecie cautelare. Se infatti è vero che il dispositivo odierno è stato costruito in modo accorto – senza rinnegare le condizioni ulteriori (rispetto al *fumus commissi delicti*) per poter applicare la cautela massima, che sono “solo” presunte e non apertamente sconfessate –, all'atto pratico il meccanismo non è così lontano dal suo progenitore, in particolare – ma non soltanto – per quanto concerne la disciplina riservata ai delitti di cui agli artt. 416-bis, 270 e 270-bis c.p.⁶³. Tanto che l'odierno automatismo, per come costruito, in concreto si presta comunque a sfruttare la coercizione cautelare quale forma di anticipazione della pena, esattamente come avveniva con la cattura obbligatoria di cui al vecchio sistema.

Non stupisce, allora, che la Corte costituzionale sia stata nuovamente chiamata ad esprimersi sull'istituto, anche dopo che la novella del 2015 ha scelto di assestarsi sulla posizione del Giudice delle leggi. Sennonché, ciò è avvenuto – in due distinte occasioni – unicamente in relazione alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere sancita per i delitti associativi di cui agli artt. 416-bis e 270-bis c.p.

Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 122.

⁶² Così DANIELE, Marcello. I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 119, 2016.

⁶³ A differenza dell'attuale “doppio binario cautelare”, la “cattura obbligatoria” regolata dal sistema previgente (v. art. 253, con annesso divieto di concedere la libertà provvisoria ex art. 277, c.p.p. 1930) fondava l'automatismo sulla mera presenza di sufficienti indizi di colpevolezza in ordine alla commissione di determinati delitti, senza che fosse necessario né dimostrare né presumere l'esistenza di esigenze cautelari (che vennero peraltro descritte a livello legislativo solo con legge 12 agosto 1982, n. 532), come pure l'adeguatezza del solo carcere.

Le due decisioni intervenute sul regime cautelare speciale disegnato per tali fattispecie ribadiscono l'orientamento della giurisprudenza costituzionale già consolidatosi prima del 2015; e questo malgrado le importanti aperture in materia di preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari che hanno recentemente caratterizzato la giurisprudenza della stessa Corte (e su cui subito si tornerà).

Innanzitutto, pronunciandosi per la prima volta direttamente sulla fattispecie descritta dall'art. 416-bis c.p., l'ordinanza n. 136 del 2017 ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, così rifacendosi alla propria precedente posizione, come espressa (sebbene nel relativo giudizio *a quo* si discettasse di un delitto aggravato ai sensi dell'art. 7 d. l. 13 maggio 1991, n. 152) sin dall'ordinanza n. 450 del 1995, e più volte ribadita in seguito⁶⁴.

In proposito, non hanno fatto breccia i convincenti rilievi del Tribunale di Torino, che ha tentato di porre in discussione gli assiomi sui quali ha sempre fatto leva il Giudice delle leggi. Come già in precedenza, anche in questa occasione la Corte ha infatti scelto di mantenere fermo il riferimento all'*id quod plerumque accidit*: la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria troverebbe infatti la propria *ratio* fondante su una «congrua base statistica» basata sul «dato empirico-sociologico» che fotografa la forza intimidatoria dell'associazione criminale. Ma, ammesso e non concesso che tale «congrua base statistica» sia di per sé dimostrata⁶⁵, il *punctum dolens* della disciplina resta la negazione di

⁶⁴ La posizione espressa dalla pronuncia del 1995 è stata più volte ribadita: v. Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265; Corte cost., 9 maggio 2011, n. 164; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231; Corte cost., 25 marzo 2013, n. 57, Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.

⁶⁵ Fra le altre, si consiglia la lettura delle lucide osservazioni e perplessità manifestate da CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, in particolare alle pp. 119-120, e da GIALUZ, Mitja, Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 115, 2013. Del resto, la regola di esperienza risulta troppo “generalizzante” già sulla carta, ove si consideri che l'art. 416-bis c.p. descrive condotte corrispondenti a ruoli molto diversi all'interno dell'organizzazione, «susceptibili di originare esigenze cautelari di diversa entità, non tutte necessariamente contrastabili con la sola custodia in carcere» (così DANIELE,

qualsiasi possibilità, per il giudice, di verificare in concreto se le esigenze cautelari possano essere fronteggiate con misure meno restrittive della cattività inframuraria. Come osservato dalla dottrina, infatti, la regola statistica posta a fondamento del congegno qui in esame non può essere intesa in modo così draconiano, e dunque sino a giustificare uno sbarramento insuperabile alla possibilità di valutare l'adeguatezza di misure diverse dal carcere⁶⁶.

Purtroppo, anche nell'ultima occasione in cui ha avuto modo di esprimersi sulla presunzione *iuris et de iure* – prendendo in esame quella prevista in ordine alla fattispecie associativa di cui all'art. 270-bis c.p. – la Corte costituzionale ha mostrato un analogo atteggiamento conservativo, dichiarando infondata la questione prospettata dalla Corte d'assise di Torino. E ciò sebbene (come già ricordato) la fattispecie in esame sia stata inclusa nel doppio binario cautelare solo nel 2015. In proposito, la dottrina ha giustamente rilevato la difficoltà di estendere a questa ipotesi associativa le considerazioni – di per sé tutt'altro che irresistibili – svolte dal Giudice delle leggi rispetto all'associazione a delinquere di stampo mafioso: infatti, la fattispecie di cui all'art. 270-bis c.p. si presta in realtà ad abbracciare una congerie assai varia di ipotesi, che va dalle associazioni terroristiche di stampo islamico (che possono connotarsi per la transnazionalità e per il numero assai ampio di partecipi) al «terrorismo di matrice anarchica, che può anche operare in un territorio ristretto e basarsi sull'apporto di poche persone»⁶⁷.

Marcello. I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 118, 2016).

⁶⁶ In questo senso, e con considerazioni ben più diffuse, si vedano fra gli altri MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.lalegislazionepenale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 10; MORELLI, Francesco Bartolo. La legge "accerta" il grado delle esigenze cautelari servendosi di presunzioni "ragionevoli": per gli imputati di associazione mafiosa, i fatti restano fuori dai procedimenti *de libertate*. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 1322, 2017; SCOMPARIN, Laura. Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3733, 2011.

⁶⁷ CATTANEO, Carla. Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo. Disponibile in <www.sistemapenale.it>, 23 novembre 2020. Non a caso la questione

Nondimeno, pur dando atto della differenza tra associazione terroristica o eversiva e associazione di stampo mafioso, la sentenza costituzionale n. 191 del 2020 ha ritenuto ragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, facendo leva sul «preciso collante ideologico» che contraddistingue l'appartenenza alla prima, rendendola – per così dire – “pervicace e ostinata”; e ciò tanto da segnare un «netto discrimine tra l'associazione terroristica e le altre associazioni criminose» di cui la Corte ha avuto sinora modo di occuparsi nella propria giurisprudenza sull'art. 275 comma 3 c.p., «dal momento che tali associazioni sono caratterizzate – al più – dalla convergenza delle attività dei partecipi rispetto all'obiettivo immediato dell'esecuzione di reati e dell'acquisizione dei relativi profitti: obiettivo già di per sé frustrato, o comunque gravemente scompaginato, dalle indagini penali e dalle misure cautelari che ne conseguono»⁶⁸. Queste ultime caratteristiche non sarebbero invece riscontrabili rispetto alla persona indiziata del delitto di cui all'art. 270-bis c.p., che, se sottoposta a una misura extramuraria, ben potrebbe riprendere i contatti con gli altri associati ancora in libertà attraverso l'uso di telefoni e di internet.

Come già era accaduto in precedenza, anche nelle due ultime occasioni appena menzionate – entrambe successive alla novella del 2015 – il Giudice della legalità costituzionale non è stato sollecitato a confrontare la disciplina portata alla sua attenzione con il secondo comma dell'art. 13 Cost.⁶⁹. Ancora una volta è mancato, quindi, il confronto con la riserva di giurisdizione stabilita dal capoverso del precetto costituzionale:

sottoposta al vaglio della Corte proviene proprio da un incidente cautelare scaturito da una richiesta di sostituzione della custodia cautelare in carcere avanzata da una persona accusata di aver ricoperto un ruolo di mero ausilio all'interno di un'associazione di stampo anarchico, non più operativa per effetto dell'individuazione degli altri partecipi.

A commento della riforma del 2015, analoghe perplessità (con considerazioni estese anche all'applicazione del congegno più antigarantistico pure alla fattispecie di associazione sovversiva di cui all'art. 270 c.p.) erano state già espresse, fra gli altri, da E. MARZADURI, Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.laegislazionepenale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 7 ss.

⁶⁸ Virgolettato tratto dalla sentenza costituzionale n. 191 del 2020.

⁶⁹ I parametri sovraordinati evocati dai giudici rimettenti sono infatti sempre i medesimi su cui la Corte aveva già ripetutamente tarato le proprie precedenti decisioni, e dunque l'art. 13 (in queste due occasioni genericamente

il che ha dunque consentito alla Corte di ricorrere al medesimo apparato argomentativo, riproposto per l'ennesima volta rispetto all'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p. e adattato – pur con i limiti appena segnalati – all'associazione terroristica con la recente e inedita decisione dedicata all'art. 270-bis c.p.p.

Come anticipato, oltre a non convincere, tale impianto giustificativo risulta pure dissonante con il diverso atteggiamento di recente mostrato dalla Corte costituzionale a proposito di alcuni fra gli automatismi previsti dal diritto penitenziario. Si allude, in particolare, ai contenuti della sentenza costituzionale n. 253 del 2019 (ripercorsi anche dalla recente e nota pronuncia in tema di “ergastolo ostativo”⁷⁰), che ha riscontrato l'irragionevolezza della disciplina racchiusa nell'art. 4-bis ord. pen.; una disposizione, quest'ultima, che stabiliva un'equivalenza – automatica e insindacabile – tra la mancanza di collaborazione con la giustizia e la pericolosità del detenuto, impedendo ai condannati per i delitti contemplati dalla norma di accedere ai permessi premio.

La vicinanza tra le due questioni – entrambe concernenti preclusioni al potere di accertamento giudiziale in ordine alle peculiarità del caso singolo, soggetto a una disciplina generale e astratta che non ammette deviazioni da quanto insuperabilmente stabilito dal legislatore – è chiara; eppure, il Giudice delle leggi, che si è mostrato coraggioso rispetto alla fase esecutiva della pena, è contestualmente rimasto arroccato sulla propria risalente posizione in ordine al “doppio binario cautelare”⁷¹.

richiamato), l'art. 27 comma 2 e l'art. 3 Cost. (parametro, quest'ultimo, su cui fondare il vaglio di ragionevolezza).

⁷⁰ Si allude alla recente ordinanza costituzionale 11 maggio 2021, n. 97.

⁷¹ V. già CATTANEO, Carla. Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo. Disponibile in <www.sistemapenale.it>, 23 novembre 2020. Analoghe considerazioni si possono ritrovare già in GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 116, 2013, sia pure a proposito di una ben precedente pronuncia costituzionale (la n. 367 del 1994), che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4-bis, comma 1, secondo periodo, ord. penit., nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile

Se le pronunce costituzionali n. 136 del 2017 e 191 del 2020 hanno avallato la novella del 2015 rispetto a due delle tre fattispecie associative cui si riferisce il “nucleo duro” dell’automatismo, va detto che – viceversa – il regime a doppia presunzione semplice non è mai stato sottoposto al controllo della Corte costituzionale: né prima, né dopo la riforma. E, dopo la riforma, né rispetto alla presunzione (semplice) di sussistenza delle esigenze cautelari, né rispetto a quella (parimenti semplice) di adeguatezza della custodia cautelare in carcere prevista dalla seconda parte del disposto (e operativa per una nutrita serie di delitti⁷²). Come già segnalato, infatti, l’automatismo è approdato al vaglio di costituzionalità solo rispetto alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, e solo nella sua fisionomia quale presunzione assoluta.

Il dato è solo apparentemente singolare, potendo essere spiegato alla luce di svariati fattori: da un lato, la già segnalata tendenza – da parte di tutti i giudici rimettenti – a trascurare l’importanza di un sindacato fondato sulla riserva di giurisdizione prescritta dal capoverso dell’art. 13 Cost.; dall’altro, la natura vincibile della presunzione di sussistenza dei *pericula libertatis*, sulla cui scorta, quando dagli atti a disposizione del giudice risulti l’insussistenza delle esigenze cautelari, si determina in radice il difetto di rilevanza di un’ipotetica questione di legittimità costituzionale, potendo appunto tale presunzione essere superata (e ciò del tutto analogamente a quanto avviene rispetto alla presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere, ove questa sia relativa)⁷³; su

un’utile collaborazione con la giustizia (oggi tale partecipazione marginale è legislativamente contemplata dall’art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. penit.).

⁷² Disposizione a cui – ricordiamolo di nuovo – si affianca anche quella di cui al comma 4-*bis* d. lgs. n. 286 del 1998.

⁷³ L’argomento rischia senz’altro di provare troppo, ben potendosi ipotizzare una situazione caratterizzata dalla totale assenza di elementi rilevanti per poter decidere in materia di sussistenza o meno delle esigenze cautelari. Stando alla disciplina comune, infatti, una situazione connotata da tale assoluta mancanza di elementi dovrebbe risolversi nel rigetto della domanda cautelare; mentre, alla luce dell’automatismo, essa evidentemente si risolve nel ricorso alla coercizione dell’imputato. Ciononostante, la circostanza che una simile situazione non sia mai stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale dimostra forse che una prognosi sui rischi cautelari – in positivo o in negativo – viene in concreto considerata quasi sempre possibile, specie ove si consideri la tendenza a riscontrare gli indicatori dei *pericula libertatis* negli stessi

tutti, la piena consapevolezza dell'approccio "minimalista" della Corte costituzionale, che ha mostrato di ritenere censurabile (e non sempre) la sola presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria, dando prova di considerare ragionevoli le presunzioni che risultino vincibili⁷⁴.

Nondimeno, la mancata messa in discussione delle presunzioni relative (da parte tanto del legislatore quanto della Corte costituzionale) finisce per consegnare all'interprete un sistema comunque assai squilibrato.

Se ciò naturalmente vale per il nucleo "duro" delle fattispecie associative (cui è appunto riservato l'automatismo nella sua espressione più severa), lo stesso può dirsi anche per quella cospicua serie di delitti cui il meccanismo si applica in forma attenuata, a mezzo di una doppia presunzione semplice. Infatti, anche rispetto a tale seconda categoria di reati il legislatore del 2015 ha stabilito che la sussistenza della sola gravità indiziaria entri già in sé, sfavorevolmente, nella formulazione della prognosi cautelare; e ciò con un'eclatante deroga alla regola generale di cui all'ultimo periodo dell'art. 274 c.p.p. (introdotta dalla legge n. 47 del 2015), stando alla quale la pericolosità dell'imputato non può essere desunta «esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»⁷⁵.

elementi che attestano la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (un dato, questo, oltremodo evidente in particolare rispetto all'esigenza cautelare specialpreventiva codificata dall'art. 274 lett. c c.p.p.).

⁷⁴ Del resto, questa attenzione concentrasi sulla sola presunzione assoluta di adeguatezza della risposta carceraria si spiega non solo alla luce della natura insuperabile di questa specifica presunzione, ma anche perché, sebbene identifichi l'ultimo passaggio logico che contrassegna la decisione giudiziale, la scelta del presidio da applicare resta comunque cruciale, e anche molto delicata: nel caso di applicazione della cattività carceraria l'impatto in termini di compressione della libertà personale è infatti incommensurabilmente più alto rispetto all'applicazione (in ipotesi anche cumulativa) di qualsiasi altra misura.

⁷⁵ Non si tratta dell'unica disposizione che finisce per non trovare applicazione quando opera il "doppio binario cautelare"; ad esempio, per come intesa dalla giurisprudenza, la specialità dell'art. 275 comma 3 c.p.p. deroga anche ad altre norme di garanzia, come ad esempio il comma 3-bis dell'art. 275 c.p.p., secondo cui il giudice, nel disporre la custodia in carcere, deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo elettronico (così Cass. pen., Sez. II, 20 gennaio 2016, Martinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 265598).

In particolare rispetto a tutte le ipotesi di presunzione relativa, in astratto c'è comunque spazio per tentare un'interpretazione il più possibile conforme ai canoni costituzionali: ad esempio, riconoscendo a chiare lettere che l'imputato non può ritenersi onerato di provare l'insussistenza dei *pericula libertatis*, come pure della possibilità di affrontare questi ultimi con misure meno gravose della cattività carceraria. Sulla carta, infatti, l'individuazione degli elementi – presenti in atti – su cui fondare la prognosi cautelare compete comunque al giudice; a monte, e sempre sulla carta, il reperimento dei medesimi resterebbe a carico del pubblico ministero, tenuto dall'art. 358 c.p.p. a svolgere «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini»⁷⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza si è da tempo assestata su una posizione ben meno “generosa”, affermando che il giudice destinatario della richiesta ex art. 291 c.p.p. possa limitarsi a dichiarare che dagli atti non risultano elementi idonei a dimostrare l'assenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. (come pure l'adeguatezza di una misura più lieve del carcere)⁷⁷; il che naturalmente vanifica il rigoroso tenore dell'art. 292 c.p.p. (e in particolare dello specifico precetto racchiuso nel comma 2, lett. c)⁷⁸, testimoniando a maggior ragione il contrasto tra il doppio binario cautelare (in entrambi i suoi assetti, ancorché con intensità differente) e la riserva di giurisdizione ex art. 13 comma 2 Cost.

⁷⁶ Infatti, l'inciso «siano acquisiti» racchiuso nell'art. 275 comma 3 c.p.p. deve essere inteso in senso estensivo: al di là dell'infelice formulazione, che istintivamente fa pensare a sopravvenienze di rilievo prognosticamente favorevole, l'acquisizione di elementi da cui inferire l'inesistenza del *periculum* ricomprende anche il caso in cui quegli elementi sussistano già *ab origine*; essi vanno dunque intesi anche come elementi evincibili dalle carte già *ab initio*, e non necessariamente desumibili da emergenze successive.

Peraltro, e così come segnalato dalla dottrina (MARANDOLA, Antonella. *Verso un nuovo statuto cautelare europeo? Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 2169, 2011), è chiaro che, là dove effettivamente il pubblico ministero dovesse disporre di elementi idonei a scardinare la presunzione relativa di sussistenza di tutti e tre i *pericula libertatis*, con ogni probabilità eviterebbe in radice di presentare la domanda cautelare.

⁷⁷ In tal senso v. già Cass. pen., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry. In *Cassazione penale*, Milano, p. 842, 1995.

⁷⁸ In tal senso v. tra gli altri TODARO, Guido. *Custodia cautelare e presunzioni. Studi urbinati*, Urbino, p. 47 s., 2014.

E' dunque chiaro che, così presentandosi il diritto vivente, l'insussistenza delle esigenze cautelari – come pure, nei casi in cui vige l'automatismo nella sua forma attenuata, l'adeguatezza di misure meno severe della custodia in carcere, rispetto a tutti e tre i *pericula libertatis* in ipotesi non scalfiti da alcuna controprova idonea a vincere la relativa presunzione semplice – dovrà essere dimostrata dall'imputato.

Ma per quanto la giurisprudenza sembri accontentarsi di una semplice allegazione⁷⁹, si deve pur sempre considerare che il rito *de libertate* vede intervenire la difesa solo una volta che l'ordinanza cautelare ha trovato esecuzione. Né le difficoltà svaniscono dopo tale intervento: lo scarto temporale ridotto che marca le tappe cronologiche del cosiddetto “contraddittorio successivo” (in ordine tanto all'interrogatorio di garanzia quanto alla presentazione di un'impugnazione cautelare), unito alla difficoltà estrema di soddisfare una vera e propria *probatio diabolica* (quella insita nella dimostrazione dell'assenza di tutti e tre i rischi cautelari descritti dall'art. 274 c.p.p., come pure quella di comprovare l'adeguatezza di misure più lievi della cattività in carcere), rende il doppio automatismo pressoché insormontabile in concreto.

Un altro contesto procedimentale in cui potrebbe realizzarsi un qualche sforzo inteso a rendere la disciplina qui in esame più in linea con i principi costituzionali (e convenzionali⁸⁰) è quello che concerne i controlli *in itinere*, che investono il regime coercitivo in corso di esecuzione, attivabili ai sensi dell'art. 299 c.p.p. (sia su istanza di parte che d'ufficio).

In proposito, e pur nella consapevolezza che le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto la cogenza del regime presuntivo anche nel corso della vita della misura cautelare (e non soltanto nel momento in

⁷⁹ Allegazione ritenuta però esplicitamente necessaria per innalzare l'obbligo motivazionale del giudice in punto di sussistenza delle esigenze cautelari (v. ad es. Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2018, n. 57586, in www.dejure.it); v. anche Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2018, n. 53659, *ivi*, in cui si può leggere che la presunzione relativa di sussistenza di esigenze cautelari in tema di reati sessuali non è superata «non avendo la difesa allegato al riguardo elementi concreti suscettibili di positiva considerazione»).

⁸⁰ Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo assegna grande importanza al trascorrere del tempo, considerandolo idoneo a determinare un affievolimento dei *pericula libertatis* (v. tra le altre CEDU, 16 novembre 2000, Vaccaro c. Italia, § 36 s.).

cui questa viene applicata)⁸¹, sarebbe doveroso valorizzare l'insistenza – esplicitata in particolare dalle riforme del 1995 e del 2015⁸² – sulla necessità di dimostrare l'attualità delle esigenze cautelari⁸³. Sul punto, deve in effetti riscontrarsi un'apprezzabile apertura giurisprudenziale⁸⁴, che mostra di assegnare rilevanza al cosiddetto “tempo silente” intercorso dai fatti; ma si tratta di un orientamento controverso, tuttora avversato da una folta schiera di pronunce che, segnatamente rispetto al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.p. (fattispecie rispetto alla quale l'elaborazione pretoria in

⁸¹ Così Cass. pen. Sez. un., 19 luglio 2012, Lipari, in *C.E.D. Cass.*, n. 253186. Del resto, ciò si ricava dalla clausola di salvaguardia con cui esordisce il secondo comma dell'art. 299 c.p.p.

⁸² Il riferimento all'attualità dei *pericula libertatis*, accanto a quello della concretezza, è stato inserito per tappe successive: se nella lett. a) dell'art. 274 c.p.p. (e dunque rispetto al rischio di inquinamento della prova) la relativa introduzione si deve alla l. n. 332 del 1995, l'omologo innesto nelle lett. b) e c) (relative al rischio di fuga e di commissione di particolari reati) si deve alla l. n. 47 del 2015. Sulla novità normativa (e sul suo impatto sulla giurisprudenza) si veda fra gli altri GIULIANI, Livia, Sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato. *Cassazione penale*, Milano, p. 1935 ss., 2019.

⁸³ In termini riduttivi, Cass. pen., Sez. I, 10 maggio 2019, Castorina, in *C.E.D. Cass.*, n. 276193, secondo cui la presunzione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. fa ritenere sussistente, salvo prova contraria, i caratteri di attualità e concretezza del pericolo.

⁸⁴ V. ad esempio Cass. pen., Sez. IV, 27 gennaio 2016, P.M. in proc. C. e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 266962, secondo cui, «pur operando una presunzione “relativa” di adeguatezza della custodia in carcere, la considerevole distanza temporale dei fatti contestati deve, alla luce della riforma di cui alla legge 16 aprile 2015, n. 47, essere espressamente considerata dal giudice ai fini della valutazione in termini di attualità delle esigenze cautelari, potendo la pur persistente presunzione, così come disposto dal medesimo art. 275, c.p.p., trovare contrasto in “elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari”, desumibili anche dal tempo trascorso dai fatti addebitati». V. anche Cass. pen., Sez. III, 16 gennaio 2019, Pianta, in *C.E.D. Cass.*, n. 274861: «qualora intercorra un considerevole lasso di tempo tra l'emissione della misura e i fatti contestati in via provvisoria all'indagato, il giudice ha l'obbligo di motivare puntualmente, su impulso di parte o d'ufficio, in ordine alla rilevanza del tempo trascorso sull'esistenza e sull'attualità delle esigenze cautelari, anche nel caso in cui, trattandosi di reati associativi o di delitto aggravato dall'art. 7 della legge n. 203 del 1991 (ora art. 416-*bis* l c.p.), non risulti la dissociazione dell'indagato dal sodalizio criminale». Cfr. pure, fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 2018, Morabito, *ivi*, n. 272919, o Cass. pen., Sez. V, 23 ottobre 2020, Quaceci, *ivi*, n. 280471.

tema di “doppio binario cautelare” continua a rimanere la più copiosa), ritiene che la dimostrazione dell’insussistenza delle esigenze cautelari debba giocoforza passare per la prova della dissociazione dal sodalizio criminoso⁸⁵: una prova molto ardua da offrire in positivo, ove appunto si tenda ad escludere che a tali fini possa essere sufficiente il mero decorso di un notevole lasso cronologico dalle condotte contestate⁸⁶.

Pur talora mostrandosi la giurisprudenza più morbida rispetto alle fattispecie cui si riferisce l’automatismo in forma attenuata⁸⁷, il carattere relativo della seconda presunzione – e dunque l’assenza in questi casi della dicotomia carcere/libertà – non riesce comunque a produrre risultati soddisfacenti sul piano di un’interpretazione costituzionalmente orientata. Paradossalmente, infatti, e così come già preconizzato all’indomani della riforma del 2015, la risalente «univocità dell’elaborazione giurisprudenziale,

⁸⁵ Secondo Cass. pen., Sez. V, 12 luglio 2016, Girardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 268413, la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere «è superabile unicamente nel caso si riscontrino segnali di rescissione del legame del soggetto con il sodalizio criminale (sicché, nell’ipotesi di mancato superamento di detta presunzione, non è consentita l’applicazione di misure diverse e meno afflittive da quella di maggior rigore)»; fra le altre, si veda anche Sez. II, 12 febbraio 2021, Manzo, *ivi*, n. 280889.

⁸⁶ Essendo richiesti anche altri elementi, quali ad esempio un’attività di collaborazione o il trasferimento in altra zona territoriale (così la recente Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2021, Manzo Marco, in *C.E.D. Cass.*, n. 280889). Per la rilevante distinzione tra mafie storiche e non (per le quali può rilevare anche il decorso del tempo), v. ad esempio Cass. pen., Sez. V, 15 luglio 2019, Forgetti, *ivi*, n. 276905.

⁸⁷ V. ad es. Cass. pen., Sez. VI, 28 dicembre 2017, Busillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 272153, che, in relazione alle misure coercitive disposte per il reato associativo di cui all’art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, afferma che «la sussistenza delle esigenze cautelari, rispetto a condotte esecutive risalenti nel tempo, deve essere desunta da specifici elementi di fatto idonei a dimostrarne l’attualità, in quanto tale fattispecie associativa è qualificata unicamente dai reati fine e non postula necessariamente l’esistenza dei requisiti strutturali e delle peculiari connotazioni del vincolo associativo previste per il reato di cui all’art. 416-bis c.p., di talché risulta ad essa inapplicabile la regola di esperienza, elaborata per quest’ultimo, della tendenziale stabilità del sodalizio in difetto di elementi contrari attestanti il recesso individuale o lo scioglimento del gruppo». Nello stesso senso, sempre in relazione alla fattispecie di cui all’art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, v. anche Cass. pen., Sez. VI, 6 novembre 2017, Battaglia, *ivi*, n. 271576, che ha assegnato rilevanza al tempo decorso dalla commissione dei fatti, ove esso sia «di notevole consistenza».

incentrata sulla tenuta dei rapporti con le associazioni di stampo mafioso, sembra [...] rendere ancor più difficili i compiti dell'indiziato di reati diversi, giacché non è in questi casi altrettanto chiaramente individuata la *ratio* della presunzione»⁸⁸.

BIBLIOGRAFIA

AMATO Giuseppe. *Sub art. 13 l. n. 330/1988. Legislazione penale*, Torino, p. 538 ss., 1988.

AMODIO Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima, in AA. VV. *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano: Giuffrè, 2014, p. 7 ss.

CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 101.

CATTANEO, Carla. Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo. Disponibile in <www.sistemapenale.it>, 23 novembre 2020.

CHINNICI, Daniela e NEGRI, Daniele. Una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti. in AA. VV. *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, Roma: Dike, 2015, 3.

DANIELE, Marcello. I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 114, 2016.

⁸⁸ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 133. Basti pensare che, in rapporto all'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, la Suprema Corte ha più volte concluso che neppure la rescissione del vincolo è di per sé idonea a superare la presunzione relativa di attualità delle esigenze cautelari di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., visto che «la prognosi di pericolosità non si rapporta solo all'operatività della [associazione criminale] o alla data ultima dei reati-fine, ma ha ad oggetto anche la possibile commissione di reati costituenti espressione della medesima professionalità e del medesimo grado di inserimento nei circuiti criminali che caratterizzano l'associazione di appartenenza» (così Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 2021, PMT C/ Amato, in *C.E.D. Cass.*, n. 281293). Nello stesso senso, v. anche Cass. pen., Sez. IV, 2 febbraio 2021, Fusco, *ivi*, n. 280243, e Sez. II, 21 dicembre 2017, Musumeci, *ivi*, n. 273435.

FASSONE, Elvio. Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico. *Questione giustizia*. Milano, p. 116, 1991.

GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 111, 2013.

GIOSTRA, Glauco. Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 4897, 2012.

GREVI, Vittorio. Introduzione. in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI, Vittorio. Padova: Cedam, 1989.

GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova: Cedam, 2012.

GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 165, 2017.

GIULIANI, Livia. Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice *de libertate*: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare. *Cassazione penale*, Milano, p. 921 s., 2012;

GREVI, Vittorio. Introduzione. In AA.VV. *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale* (a cura di GREVI, Vittorio). Padova: Cedam, 1989, p. 3.

GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo. In ID. (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*. Milano: Giuffrè 1996, p. 1.

GREVI, Vittorio-CERESA GASTALDO, Massimo. *Misure cautelari*, in BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*, X ed. Padova: Cedam, 2020, p. 333.

ILLUMINATI, Giulio. Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo, in GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 67.

ILLUMINATI, Giulio. Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari. In CONSO, Giovanni (a cura di). *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: E.S.I., 1996, p. 389.

ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 1131, 2015.

LATTANZI, Giorgio. I meccanismi presuntivi nelle misure cautelari. *Cassazione penale*, Milano, p. 1838, 2018.

LORUSSO, Sergio. Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere. *Guida al diritto*, Milano, f. 35, p. 60, 2010.

MANES, Vittorio. Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una “dottrina” sulla libertà personale nel segno del “minimo sacrificio necessario”. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 457, 2014.

MANTOVANI, Giulia. Dalla Corte europea una “legittimazione” alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. *Legislazione penale*, Torino, p. 513, 2004.

MARANDOLA, Antonella. Verso un nuovo statuto cautelare europeo? *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 2163, 2011.

MARZADURI, Enrico. Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Legislazione penale*, Torino, p. 697, 2011.

MARZADURI, Enrico. Art. 275. In *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Mario, III Agg., Torino: Utet, 1998, p. 162.

MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.lalegislationepenale.eu>, 1° dicembre 2015.

MARZADURI, Enrico. Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile. *Legislazione penale*, Torino, p. 499, 2010.

MORELLI, Francesco Bartolo. La legge “accerta” il grado delle esigenze cautelari servendosi di presunzioni “ragionevoli”: per gli imputati di associazione mafiosa, i fatti restano fuori dai procedimenti *de libertate*. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 1322, 2017.

NEGRI, Daniele. Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p. *Cassazione penale*, Milano, p. 2835, 1996.

QUATTROCOLO, Serena. Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e di adeguatezza?. In AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*. Torino: Giappichelli, 2013, p. 217.

RAFARACI, Tommaso. Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3722, 2011.

SCOMPARIN, Laura. Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3730, 2011.

SPANGHER, Giorgio. La “neutralizzazione” della pericolosità sociale: prime riflessioni. *Giustizia penale*, Roma, I, p. 407, 2011.

TODARO, Guido. Custodia cautelare e presunzioni. *Studi urbinati*, Urbino, p. 31, 2014.

TONINI, Paolo. La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 949, 2010.

VALENTINI, Elena. Le premesse e i lavori parlamentari, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 3.

ZACCHÉ, Francesco. Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale, in MAZZA, Oliviero-VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Il “pacchetto sicurezza” 2009*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 283.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 30/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Review 1: 30/08/2021
- Review 2: 13/09/2021
- Preliminary editorial decision: 17/09/2021
- Correction round return: 04/10/2021
- Final editorial decision: 04/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VALENTINI, Elena. Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 C.P.P. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1669-1712, set.-dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.631>




Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe

Dangerousness in the decree of preventive detention for theft in Salvador: racial and class control

Bernardo Sodré Carneiro Leão¹


Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, Brasil
bernardoscleao@hotmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/8285595213437507>

 <https://orcid.org/0000-0002-8131-5578>

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado²

Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, Brasil
armprado@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/2158993363327030>

 <https://orcid.org/0000-0001-9972-6634>

RESUMO: O artigo apresenta resultado de pesquisa majoritariamente qualitativa que visou a investigar a seletividade penal nas prisões preventivas decretadas por furto em Salvador em 2018 e partiu do seguinte questionamento: quais os principais fatores considerados na fundamentação do juízo de periculosidade na decretação de prisões preventivas? Considera-se a hipótese de que, além da classe, o racismo é fator determinante para as autoridades judiciárias afirmarem a periculosidade do sujeito e decretarem prisões. Então, foi realizada análise de conteúdo das decisões proferidas nas audiências de custódia em Salvador/BA, constantes no banco de dados do relatório da Defensoria

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro do NESP/UFBA.

² Professora de Direito Penal na Faculdade de Direito e no PPGD/UFBA. Doutora em Direito Penal (PUC-SP). Mestra em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Integrante do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia. Membro do IBCCRIM. Coordenadora do NESP – Núcleo de Pesquisa sobre Sanção Penal/UFBA.

Pública do Estado da Bahia (DPE/BA, 2019), sob a perspectiva da criminologia crítica, associada à perspectiva racial da questão criminal. Por fim, foi possível observar que a reincidência foi o argumento predominantemente adotado para fundamentar os encarceramentos, bem como que, apesar de o fator racial não ter sido encontrado de forma expressa, as agências judiciais e policiais soteropolitanas funcionam em continuidade do controle colonial.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão preventiva; furto; periculosidade; seletividade; indicador racial.

ABSTRACT: *The article presents the result of a mostly qualitative research that aimed to investigate the criminal selectivity in preventive prisons decreed for theft in Salvador in 2018 and started from the following question: which are the main factors considered in the reasonings of the dangerousness' judgment in the decree of preventive detentions? It is considered the hypothesis that, in addition to class, racism is a determining factor for the judicial authorities to affirm the danger of the subject and to order arrests. Then, it was carried out a content analysis of the decisions rendered in the custody hearings in Salvador/BA, contained in the database of the report of the Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA, 2019), from the perspective of critical criminology, associated with the racial perspective of criminal issue. Finally, it was possible to observe that recidivism was the predominant argument to support the imprisonments, as well as that, although the racial factor was not explicitly found, the judicial and police agencies in Salvador still work in continuity with colonial control.*

KEYWORDS: *Preventive prison; theft; dangerousness; selectivity; racial indicator.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A criminologia crítica e a crítica racial no realismo marginal brasileiro; 2. A prisão preventiva por furto nas audiências de custódia; 2.1 O sistema penal cautelar e o encarceramento em massa; 2.2 Seletividade penal e crimes patrimoniais: a periculosidade na prisão preventiva; 2.3 As decisões que decretaram prisões preventivas em números; 3. Raça e classe na fundamentação da prisão preventiva por furto em Salvador; 3.1 Periculosidade do Sujeito e a Necessidade de Inibir a Reiteração Delitiva; 3.2 Ausência de Endereço Certo e a Impossibilidade de Identificação Criminal; 3.3 Onde Está o Aspecto Racial?; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Em um sistema com 545.060 vagas nas unidades prisionais, 811.107 pessoas estão em situação de cárcere no Brasil, números que fazem o país ter a terceira maior população carcerária do planeta, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, DEPEN, 2020). Dentre eles, há 234.845 pessoas presas sem condenação, ou seja, em torno de 29% das pessoas em situação de encarceramento no Brasil se encontram presas provisoriamente, seja preventiva ou temporariamente.

Na Bahia, essa proporção é ainda maior, pois o levantamento mostra que o número de pessoas que estão em situação de encarceramento provisório chega a 49% do total da população prisional do Estado (são 6.972 do total de 14.150). Em Salvador, mais de 55% do total de 5.243 pessoas que estão encarceradas na comarca estão provisoriamente presas (2.897 pessoas).

Legitimado pelo direito processual penal, o encarceramento provisório esgota de forma imediata e urgente grande parte do poder punitivo repressivo na América Latina, organizado em um sistema penal “pré-condenatório ou cautelar” (ZAFFARONI, 2014, p. 110). Antes de sentenciar os culpados e aplicar-lhes a pena, tal sistema já seleciona os sujeitos considerados perigosos e determina seu confinamento, por um mero juízo de suspeita e com fundamento nos riscos abstratos que a manutenção do sujeito em liberdade pode causar à sociedade. Apesar das últimas alterações legislativas, que introduziram medidas cautelares como alternativas à prisão provisória e que inseriram a prática das audiências de custódia com o fim de controle da legalidade das medidas cautelares, notadamente da prisão, o número de pessoas presas preventivamente permanece alto.

A partir da análise de estudo feito pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal, em convênio com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (IBADPP, TJ/BA, 2017), sobre as audiências de custódia realizadas em Salvador, chamou a atenção o destaque dado ao frequente uso da periculosidade do sujeito pelas autoridades judiciárias dentre as fundamentações adotadas na decretação de prisões preventivas.

Da mesma forma, o relatório elaborado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA, 2019), resultante de pesquisa quantitativa

acerca das audiências de custódias na comarca soteropolitana, anos de 2015-2018, realizada pela Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia (ESDPE/BA), registra dados importantes para a análise dos processos de criminalização e de seleção do público-alvo do sistema penal brasileiro, assim como da forte perseguição direcionada aos crimes patrimoniais.

Diante disso, o presente texto resultou da necessidade de se investigar a seletividade penal nas prisões preventivas decretadas por furto, na comarca de Salvador como ambiente de observação, a partir da seguinte questão: quais os principais fatores considerados na fundamentação do juízo de periculosidade na decretação das prisões preventivas? Então, formula-se a hipótese de que, além da classe, o racismo é fator determinante para as autoridades judiciárias afirmarem a periculosidade do sujeito e decretarem prisões.

Para se alcançar os resultados pretendidos, foi realizada pesquisa documental, consistente na análise de textos escritos, registrados em papel (CELLARD, 2008), os documentos que contêm as decisões proferidas nas audiências de custódia analisadas. Trata-se de uma pesquisa *ex-post facto*, ou seja, a partir do fato passado, na qual não há controle nem interferência sobre o fenômeno investigado, com o objetivo de “identificar situações que se desenvolveram naturalmente e trabalhar sobre elas como se estivessem submetidas a controles” (GIL, 2008, p. 49).

Assim, realizou-se o que Gil (2008) define como pesquisa explicativa, que busca aprofundar o conhecimento da realidade com a preocupação central de identificar os fatores que contribuem para o acontecimento de determinado fenômeno, no caso, a seletividade penal. É também uma pesquisa descritiva, com objetivo de descrever as características desse fenômeno e buscar relações com outras variáveis, como marcadores raciais e sociais, para identificar de que maneira tais fatores extrajurídicos são utilizados para afirmar a periculosidade do sujeito na decisão que decreta a prisão preventiva.

Como o relatório da DPE/BA (2019) tratou de uma análise quantitativa, optamos por realizar uma investigação majoritariamente qualitativa para verificar a ocorrência prática da seletividade penal no âmbito local, especificamente diante do delito de furto, por ser patrimonial, sem violência ou ameaça, portanto, sem maior lesividade, restando a justificativa

da decretação da prisão centrada na valoração de critérios subjetivos. Delimitamos o estudo sobre as decisões proferidas em audiência de custódia, devido ao fato de ser o momento de análise dos requisitos legais para a decretação da prisão cautelar.

A pesquisa foi viabilizada pelo acesso fornecido pela DPE à planilha de dados do relatório citado, da qual extraímos os números dos processos das 477 decisões proferidas em sede de audiência de custódia, pelo crime de furto, em Salvador, no ano de 2018, sendo que 433 tratavam isoladamente do delito de furto. Considerando que a coleta teve início em 2019, o recorte temporal foi delimitado em razão de garantir a maior atualidade possível dos dados e no espaço temporal de um ano completo. Desta planilha, em conjunto com a consulta integral dos autos dos processos no sistema e-saj do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, extraímos os dados que serão apresentados ao longo do artigo.

De início, sistematizamos os dados apresentados na planilha do relatório da DPE/BA (2019) acerca dos sujeitos flagranteados com relação às 477 decisões para empreender uma breve análise quantitativa (GIL, 2008), com vistas a expor a frequência do fundamento na periculosidade do sujeito e das justificativas mais utilizadas para caracterizar o sujeito como perigoso, além de quantificar as características raciais e sociais das pessoas presas em flagrante e das cautelarmente encarceradas.

Após isso, por meio da consulta eletrônica aos autos de prisão em flagrante (APF) no sistema e-saj do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, levantamos as 83 decisões (17,5%) nas quais houve decretação de prisão preventiva, em uma delas houve concessão de prisão domiciliar, e operamos uma análise qualitativa com o fito de descrever o uso da periculosidade do sujeito nas fundamentações e sua relação com outros fatores, especialmente os marcadores de raça e classe.

Nos demais casos, em 260 (54,5%), a liberdade provisória foi concedida com outras medidas cautelares, fiança ou ambas; em 98 casos (20,5%), ela foi concedida sem cautelares nem fiança; em 22 (4,6%), houve relaxamentos de prisão e, em 12 (2,5%), arbitramentos de fiança pela autoridade policial. Além desses, não obtivemos acesso a dois APFs, de modo que apenas conseguimos a informação de que foram expedidos alvarás de soltura em ambos, mas sem saber se houve relaxamento da prisão, liberdade provisória ou pagamento de fiança.

Antes de partir para a fase qualitativa, selecionamos apenas os processos que tratavam exclusivamente do delito de furto e eliminamos as 16 decisões nas quais houve alteração na imputação criminal, seja porque a autoridade judiciária entendeu que se tratava de crime de roubo ou porque houve acusação por mais de um delito, além do furto. Esses 16 casos foram excluídos dessa análise, limitando-a a 67 casos.

Em seguida, submetemos a redação das decisões registradas ao procedimento de análise de conteúdo (BARDIN, 1977), que consiste em tomar como fonte de conhecimento os termos utilizados, sua frequência e disposição na construção e desenvolvimento do discurso (CAMPENHOUT; QUIVY, 2005). Pela predominância do juízo de suspeita acerca das características do sujeito, enfocamos o estudo nas decisões que decretaram prisões preventivas para verificar quais fatores as autoridades judiciárias utilizavam para justificar o perigo à ordem pública.

Realizamos, por fim, a análise conjunta dos dados quantitativos raciais e sociais dos sujeitos e dos fundamentos encontrados no conteúdo das decisões judiciais que decretaram prisões preventivas, especialmente as que justificaram na periculosidade do agente, com ênfase nos fatores extrajurídicos de raça e classe.

1. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A CRÍTICA RACIAL NO REALISMO MARGINAL BRASILEIRO

Nesta pesquisa, partimos da perspectiva da criminologia crítica, cujo enfoque busca a construção de um estudo do fenômeno criminal de modo a inserir o controle social como parte desse fenômeno (BARATTA, 2002). Nesse sentido, abordamos os conceitos de criminalização, periculosidade e seletividade pela crítica à criminologia positivista.

A Escola Positiva Italiana de Criminologia operava uma reflexão pseudocientífica e autônoma do discurso jurídico, com base no paradigma etiológico, uma vez que direcionava seus estudos às causas e origens do fenômeno criminal. A criminalidade era considerada uma patologia, sendo necessário investigar suas causas para buscar uma profilaxia adequada, uma “cura deste mal” (GÓES, 2014, p. 114). Nesse sentido, Lombroso, com influência das teorias evolucionistas, notadamente racistas, elaborou uma definição do sujeito criminoso “consubstanciada na degeneração e

infantilidade da população nativa do novo continente, que por sua vez embasou o conceito de raça, criado em termos científicos biológicos no início do século XIX” (GÓES, 2015, p. 65).

Nesse contexto, desenvolveu-se a ideia de periculosidade, perigosidade ou temibilidade, inicialmente por Ferri e depois aprofundada por Garofalo. Esse termo representava a quantidade de mal que se podia temer por parte do delinquente ou a sua perversidade constante e atuante. De acordo com a teoria da periculosidade, a pena deveria ser individualizada ao caso concreto, baseada na perigosidade do sujeito, critério que levava em consideração suas características biopsicológicas, físicas e sociais e o delito cometido – os elementos do juízo de periculosidade (ELBERT, 1998).

Na América Latina, segundo Batista (2009), o estudo do fenômeno criminal surge por meio do transplante e da disseminação das ideias do positivismo criminológico nos contextos culturais marginais. Por exemplo, têm-se os estudos de Nina Rodrigues, na sociedade baiana do século XIX, autor que investigava o delito influenciado pelas obras de Lombroso. Baseada na superioridade racial, na antropologia e no darwinismo, a criminologia positiva forneceu a base científica para a desigualdade social e racial experimentada no contexto da colonização latino-americana (GÓES, 2014).

Tanto o sistema penitenciário quanto o pensamento criminológico na América Latina foram forjados pelos discursos jurídicos e criminais europeus, construídos de acordo com suas necessidades, principalmente com base nos interesses das classes dominantes. Diante disso, destaca-se o surgimento do critério da perigosidade para definir quem seriam os sujeitos inadequados para o convívio social, os quais eram considerados social, psicológica e biologicamente inferiores. Conforme revelado pelos relatórios da DPE/BA (2019) e do TJ/BA com o IBADPP (2017), essa noção é adotada até os dias de hoje pelas autoridades judiciárias, especialmente na decretação de prisões preventivas. Ainda são comuns decisões judiciais fundamentadas em juízos de periculosidade para definir os sujeitos que devem ser encarcerados cautelarmente para proteger a sociedade.

Com a superação do estudo biopsicológico e etiológico dos criminólogos positivistas pelo paradigma da reação social, Becker (2008) concebe o desvio como uma etiqueta (um *status*) atribuída a certos indivíduos em um processo de dupla seleção e criminalização: primeiro, os tipos

penais estabelecem os bens que merecem proteção e os comportamentos que os ofendem; depois, selecionam-se os sujeitos estigmatizados dentre os que infringem as normas penalmente sancionadas.

Diante das influências desse novo paradigma e do *labelling approach*, o enfoque da criminologia crítica adota uma abordagem histórica do fenômeno comportamental do desvio, que considera o desenvolvimento das relações de produção ao analisar a relação entre as estruturas sociais e sua funcionalidade. A criminalidade é tida como um “bem negativo” (BARATTA, 2002, p. 161), distribuído na sociedade com base na desigualdade social dos sujeitos e na hierarquia dos interesses protegidos por meio dos processos de criminalização primária (produção de normas) e secundária (aplicação das normas) que compõem o sistema do direito penal. Há uma abordagem crítica ao mito do direito penal como igual por excelência, fantasia que constitui a base da ideologia penal da defesa social. Assim como há uma distribuição desigual dos bens e atributos positivos na sociedade, com base na posição social que o sujeito ocupa, a distribuição dos atributos negativos também segue essa lógica, visto que o direito penal é desigual por excelência.

Diante disso, adotamos a criminologia crítica na base teórica pelo foco nos processos desiguais de distribuição da seleção penal como um bem negativo. Entretanto, mesmo com a ruptura do paradigma etiológico para o da reação social, a criminologia crítica não pode ser importada acriticamente ao contexto marginal por ser uma teoria de bases marxistas estruturada no contexto europeu de conflito de classes, que aponta a reprodução das estruturas de poder no sistema penal sem levar em consideração os fenômenos próprios da realidade na América Latina (ZAFFARONI, 2013).

Aqui, não abordamos a noção de classe social na concepção marxista pura, que classifica os grupos sociais com base na sua posição nas relações de produção. Consideramos “classe” como associação da noção de grupos separados por fronteiras objetivas inscritas na realidade e da classificação coletiva obtida pela soma das estratégias por meio das quais cada indivíduo classifica a si e aos outros. A condição de classe decorre, portanto, dos indicadores materiais das posições nas relações de produção (como renda, moradia e grau de escolaridade) e das representações de cada agente de sua posição e das posições dos outros (BOURDIEU, 2013).

O estudo deve considerar as peculiaridades da sociedade brasileira, na medida em que seu desenvolvimento sócio-histórico teve as relações de subjugação e hierarquização marcadas mais pelo aspecto racial do que pelo social. A intervenção penal visa manter o pacto social racialmente fundamentado, imposto pelas classes brancas detentoras do poder por meio do controle ostensivo da população negra. Portanto, para investigar o funcionamento do sistema penal no Brasil, devemos considerar o racismo que o estrutura e a relação intrínseca entre encarceramento em massa e escravidão (FLAUZINA, 2006). O processo de extermínio consolidado pelos “padrões de mortalidade, de desaparecimento e de encarceramento da juventude, sobretudo negra e pobre” deve impactar a leitura dos dados sobre encarceramento (DUARTE, FREITAS, 2019, p. 157).

O conceito biológico de “raça”, utilizado pelo senso comum central no século XIX, preconizava a diferenciação e hierarquização dos indivíduos estabelecida a partir de suas características fenotípicas (GÓES, 2015; GUIMARÃES, 2011, p. 265). No entanto, “o conceito de raça tomado em sentido biológico é intrinsecamente insustentável” (DUARTE, 1988, P. 92), uma vez que atrelado à dominação pelo poder central e utilizado para marcar uma suposta inferioridade dos povos não-europeus.

Apesar disso, o uso da categoria racial ainda é presente no cotidiano, empregado hoje não no sentido biológico, mas carregado de ideologia, pois esconde uma relação de poder e dominação (MUNANGA, 2004). Com roupagem de classificador social, a noção de raça é utilizada inclusive como estratégia política para pleitear inclusão e reivindicar reparação àqueles historicamente marcados como racialmente inferiores (GUIMARÃES, 2011). No contexto brasileiro, raça é um “termo inadequado de acordo com o estágio atual das ciências biológicas, porém fundamental para nossa colonização e para os discursos científicos, incluindo a criminologia” (GÓES, 2014, p. 2).

Por isso, abordamos raça como resultado de uma construção social, sem fundamentação natural ou biológica, que denota “uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais e informada por uma noção específica de natureza, como algo endodeterminado” (GUIMARÃES, 2009, p. 11). Um conceito do mundo social, que faz “passar por realidade natural preconceitos, interesses e

valores sociais negativos e nefastos”, e que permite combater o comportamento social que ele enseja, isto é, o racismo - enquanto forma “de explicar diferenças pessoais, sociais e culturais a partir de diferenças tomadas como naturais” (GUIMARÃES, 2009, p. 11).

Conforme Segato (2007), a construção da ideia de raça visa à subjugação e à exploração de um determinado grupo, sendo de onde emana a ordem carcerária, em uma relação de retroalimentação. Não existe sistema penal sem questão racial, não se pode retirar dele o racismo sem transformá-lo em outra coisa. Portanto, a questão criminal no contexto do realismo marginal brasileiro deve considerar as questões de classe propostas pela criminologia crítica em face do paradigma da reação social, mas “a fim de suprir essa debilidade, criminólogas e criminólogos críticos devem assumir o racismo como variável substantiva da constituição do sistema penal brasileiro” (FLAUZINA, 2006, p. 14).

A racialização do sistema penal é percebida, entre outros indicadores, pelos dados atuais acerca da população carcerária brasileira, tendo em vista que, do total de 811.107 pessoas, 201.306 são identificadas como brancas, 103.440 pretas, 318.587 pardas, 5.907 amarelas, 1.229 indígenas e 176.676 não possuem informação (DEPEN, 2020). Em um país no qual a população é identificada como 47,7% branca, 7,6% preta e 43,1 parda (IBGE, 2010); apenas 24,8% das pessoas em situação de cárcere são informadas como brancas, ao passo que 39,2% são pardas e 12,8% pretas, totalizando 52%.

Por isso, esta pesquisa investiga a ocorrência prática do fenômeno da seletividade penal no âmbito da atuação das autoridades judiciárias nos processos de criminalização secundária, considerando raça e classe social como fatores estruturantes do sistema penal.

2. A PRISÃO PREVENTIVA POR FURTO NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Apesar de Zaffaroni (2013) apresentar as agências policiais como as que exercem diretamente o poder punitivo, pois estão nas ruas vigiando e escolhendo os candidatos e candidatas a serem processados, a agência judicial também possui um papel essencial na seleção dos sujeitos. Além de decidir, dentre as pessoas acusadas, as que serão condenadas ou absolvidas, a autoridade judiciária detém o poder de enclausurar preventivamente os

sujeitos que afirma serem perigosos a ponto de não poderem responder ao processo em liberdade.

Nesse contexto, a audiência de custódia é o momento em que a autoridade judiciária tem o primeiro contato com o sujeito imputado para decidir sobre sua liberdade ou encarceramento cautelar. Porém, antes da análise dos dados quantitativos e qualitativos referentes ao estudo das decisões proferidas por furto nessas audiências, em Salvador, discutiremos conceitos fundamentais da presente investigação: crimes patrimoniais, prisão preventiva, audiência de custódia e periculosidade.

2.1 O SISTEMA PENAL CAUTELAR E O ENCARCERAMENTO EM MASSA

A prisão preventiva é uma medida cautelar processual penal de natureza pessoal, é uma modalidade de prisão provisória, ao lado da prisão temporária. É uma medida de privação provisória da liberdade de locomoção da pessoa investigada ou acusada, decretada por um órgão julgador criminal, no curso da investigação preliminar ou do processo criminal, sem prazo máximo previsto em lei acerca da sua duração.

A Lei nº 12.403/2011 trouxe novas medidas cautelares ao Código de Processo Penal, sob o argumento de que o encarceramento preventivo deveria ser decretado em caráter de *ultima ratio*, diante da insuficiência das demais medidas e da necessidade da prisão do sujeito. Fala-se na priorização de medidas diversas da prisão sempre que possível para resguardar a liberdade do sujeito acusado. No entanto, a liberdade sem restrições cautelares segue excepcional, sendo a regra a decretação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade combinada com medidas cautelares (ROMÃO, 2021).

Destaca-se também que, a partir do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e por determinação do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/DF), foram implementadas as audiências de custódia com o escopo de aumentar o controle acerca da legalidade da prisão em flagrante e da decretação da prisão cautelar, além de visar inibir as violências perpetradas por agentes policiais, em um movimento que busca a “descarcerização responsável” (NICORY, 2017, p. 29).

No entanto, conforme Nicory (2017), a audiência de custódia por si só não tem se revelado como suficiente na consecução de tal objetivo, na medida em que ela não foi acompanhada de uma reforma da cultura jurídica punitiva e carcerária. Lages e Ribeiro (2019) afirmam que, mesmo com a implementação dessas audiências, a excepcionalidade da prisão preventiva continua inobservada pelas autoridades judiciárias. Dentre todas as audiências de custódia realizadas no Brasil de sua implementação até julho de 2017, em torno de 55% delas resultaram em decretação de prisão preventiva, conforme dados do Mapa das Audiências de Custódia, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2017).

Pesquisas sobre audiência de custódia revelam que ela não teve a repercussão prometida em relação à redução do encarceramento preventivo, e acaba por legitimar seu uso exacerbado com maior aparência de legalidade e justiça (IDDD, 2019; FBSP, 2018; CONECTAS, 2017). Tal cautelar ainda é utilizada para “incutir na sociedade a percepção de que juízes, defensores e promotores estão comprometidos com a guerra contra o crime e com a construção de uma sociedade mais segura” (LAGES; RIBEIRO, 2019, p. 27).

Conforme Relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, nas entrevistas realizadas com atores envolvidos nas audiências de custódia (SP, RJ, PE, RS, DF), foi

comunicada a existência de um saber profissional acumulado que indica que os operadores da justiça criminal são capazes de ‘bater o olho’ e reconhecer na aparência e na apresentação corporal do acusado um conjunto de informações relevantes para a sua decisão, o que pode explicar a filtragem racial e a reprodução de um tratamento desigual entre negros e brancos. (2018, p. 298)

Considerando que um dos requisitos legais para decretação da cautelar é o “perigo para a ordem pública”, e que a audiência de custódia permite contato direto da autoridade judiciária com o sujeito que fora preso em flagrante para decidir sobre a manutenção da sua prisão, as características pessoais do sujeito flagrado podem incidir nesse juízo de temibilidade realizado para justificar a necessidade de segregação cautelar.

2.2 SELETIVIDADE PENAL E CRIMES PATRIMONIAIS: A PERICULOSIDADE NA PRISÃO PREVENTIVA

Atualmente, o encarceramento em massa é o instrumento utilizado pelo sistema punitivo brasileiro para manutenção do controle social, econômico e racial, incidindo principalmente nos delitos de drogas e patrimoniais (FLAUZINA, 2006). O elevado rol de crimes contra o patrimônio e as altas penas fixadas a eles apontam para a preocupação dos legisladores em punir condutas que violam a propriedade privada.

Percebe-se a violência direcionada aos crimes cometidos contra bens patrimoniais também nos processos de criminalização secundária, já que 277.263 pessoas estão privadas de liberdade por crimes contra o patrimônio, dentre as com condenação definitiva e as que aguardam julgamento, cerca de 39% da população carcerária nacional (DEPEN, 2020). Esse cenário revela que o patrimônio é colocado como um dos bens jurídicos mais relevantes, se não o mais relevante, a ser protegido pelas agências penais.

Ademais, apesar de ser um crime sem violência e com pena mínima de um ano de detenção, há uma forte incidência do sistema penal em relação ao furto dentre os crimes patrimoniais. Em Salvador, segundo o relatório da DPE/BA (2019, p. 66), dos 5.588 casos de prisão em flagrante por todos os delitos levados à audiência de custódia, em 2018, 477 correspondem ao crime de furto, seja simples ou na modalidade qualificada³.

No contexto brasileiro, Flauzina (2006) afirma que a punição sempre esteve atrelada ao controle patrimonial por uma pequena elite por meio da exploração dos demais. O poder punitivo, aos poucos, passou do privado para o público, mas sempre com a mesma função de manutenção do *status quo*. A presença histórica da criminalização de condutas que

³ O artigo 155 do Código Penal tipifica como furto simples a conduta de “subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel”, aplicando pena de reclusão de um a quatro anos. O mesmo artigo prevê que a pena pode ser aumentada em 1/3 se o delito for praticado durante o repouso noturno, além de trazer algumas hipóteses de furto qualificado, ou seja, quando o fato típico é praticado com alguma circunstância específica mais grave, situação para a qual o Código Penal estipula novos patamares de penas mínimas e máximas. (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940).

trazem prejuízos à acumulação capitalista ou ameaçam romper com a desigualdade estruturante evidencia a função que a prisão assumiu de gerir a miséria.

Pesquisa realizada pelo FBSP (2018, p. 70) indica, por exemplo, que, no caso de roubo, 86,8% das prisões em flagrante são convertidas em prisão provisória, enquanto no furto, 30,2% são convertidas, e na receptação, 36,8%. Observamos que, nesses dois últimos casos, de crimes cometidos sem violência, os índices de decretação da prisão preventiva superam os índices referentes a crimes de lesão corporal (26,3%) e se aproximam dos índices relativos a crimes que envolvem violência doméstica (39,8%).

Outro meio de operar a seleção pelo sistema penal cautelar é o uso da periculosidade do sujeito como justificativa da decretação de prisão preventiva pelas autoridades judiciárias. Pesquisa feita pelo IBADPP em convênio com o TJ/BA (2017, p. 32), sobre as audiências de custódia realizadas em Salvador, aponta que, das 285 decisões analisadas que decretaram prisão preventiva, 114 fizeram referência à periculosidade do sujeito como fundamento, em conjunto ou não com os requisitos legais. Ademais, em 103 situações a gravidade em abstrato do delito e em 199 casos o receio da reiteração criminosa foram fundamentos para decretar a prisão. De fato, a periculosidade do sujeito é usada como fundamento genérico para decretar a cautelar, justificada, muitas vezes, pela garantia da ordem pública, outro conceito extremamente abrangente.

O paradigma racial da periculosidade, concebido na criminologia positivista, é o fio condutor do controle social dos indesejáveis, ao proporcionar falsa cientificidade aos discursos elitistas e racistas proferidos no senso comum. Os postulados dos positivistas ainda legitimam o uso dos estereótipos e estigmas sociais e raciais pelas autoridades judiciárias como justificativa para rotular determinado sujeito como perigoso e encarcerá-lo cautelarmente, antes mesmo de uma sentença condenatória (GÓES, 2014).

Para verificar a seletividade penal dentre os casos que compõem o objeto da presente pesquisa, extraímos da base de dados fornecida pela DPE/BA, acerca das audiências de custódia realizadas em Salvador, em 2018, quantificações sobre características raciais e sociais dos sujeitos flagranteados pelo delito de furto. Apresentamos a seguir os números e

nomenclaturas conforme constam na sistematização feita, sem quaisquer alterações de como foram dispostos⁴.

Com relação ao perfil racial, das 477 pessoas presas em flagrante, 2 foram identificadas como pretas, 288 como pardas e 87 como negras, sem esclarecimento se eram pardas ou pretas, ao passo que apenas 2 foram identificadas como brancas e 1 como amarela. Por fim, 97 tiveram a raça/etnia não identificada no auto de prisão em flagrante. A identificação dessas características é feita pela autoridade policial. Portanto, não há como se precisar se a identificação racial é baseada na autodeterminação ou na heterodeterminação. Destacamos que, na cidade cuja população é identificada como 45,6% parda, 36,5% preta e 17,1% branca (IBGE, 2017), dentre as 380 pessoas alcançadas pelas autoridades policiais com alguma identificação racial, apenas 2 (0,52%) foram identificadas como brancas, enquanto as outras 98,68% foram identificadas como negras. Verifica-se, portanto, a sub-representação das pessoas brancas, enquanto uma sobre-representação das pessoas negras.

Em pesquisa sobre discriminação racial na abordagem policial, que objetivou verificar em que medida a cor da pele constitui fator de suspeição, após análise de Boletins de Ocorrência (BOs) e entrevistas com Policiais Militares em Pernambuco, Geová da Silva Barros (2008, p. 150) concluiu que:

Nos BOs, quando se confrontaram os registros oriundos da iniciativa própria dos policiais, nos municípios de Olinda, Paulista e Recife, com a população desses municípios, constatou-se que, nas abordagens, os brancos foram sub-representados nos três municípios, os pardos apareceram sub-representados em Paulista e sobre-representados em Recife e Olinda, enquanto os pretos foram sobre-representados nas três localidades, havendo assim indícios da realização da filtragem racial.

[...]

⁴ Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE; 2010), a cor ou raça pode ser identificada como branca, preta, parda, amarela, indígena ou sem declaração. No entanto, utilizamos o termo “negro” em alguns casos para indicar como foi adotado por diversos policiais, em outros para englobar as categorias “pretos” e “pardos”.

Ao se discutir o racismo institucional na comunidade policial, verificou-se que 65,05% dos profissionais percebem que os pretos são priorizados nas abordagens policiais, o que corrobora as percepções dos alunos do CFO e CFSO, com 76,9% e 74%, respectivamente. Com isso, a comunidade policial percebe a existência da filtragem racial.

No aspecto de gênero, 404 sujeitos foram identificados como homens (85%) e 73 como mulheres (15%). Embora as mulheres constituam um grupo quantitativamente minoritário, suas especificidades são qualitativamente relevantes, pois o sistema prisional é construído pela ótica patriarcal na qual a regra é o masculino. Isso faz com que as mulheres encarceradas vivenciem formas de violência diferentes das existentes nas prisões masculinas (DAVIS, 2018). No entanto, o marcador de gênero não constituiu objeto desta pesquisa.

Com relação ao marcador da classe social, houve uma dificuldade maior de determiná-lo apenas por meio do parâmetro da renda média, pois, em 259 ocasiões, não houve informação a respeito desse critério. Nas demais 218 situações, ela foi informada como inexistente em 65, chegava até 1 salário mínimo em 142 e ficava entre 1 e 2 salários mínimos em 11, mas ninguém informou renda maior do que 2 salários mínimos. Esses dados já indicam que os sujeitos estão nas categorias socioeconômicas mais baixas. Contudo, operou-se uma análise em conjunto com a escolaridade e com o local de residência, para delimitar com mais precisão a classe social dessas pessoas.

Assim, ao somar os sujeitos que se reconhecem como analfabetos/sem escolaridade/com educação rudimentar (31), com 1º grau incompleto (178), 1º completo (44) e 2º incompleto (34), temos 287 pessoas. Por outro lado, os que informaram ter 2º grau completo (38), ensino superior incompleto (7) e os que concluíram o ensino superior (2) perfazem um total de 47. Não informaram o grau de escolaridade, 143. Logo, o fato de que pelo menos 60% das pessoas presas em flagrante não concluiu o 1º grau permite amparar a hipótese de que esses sujeitos pertencem a grupos socioeconômicos mais vulnerabilizados da sociedade.

A análise do local de residência foi mais trabalhosa, pois foram citados 120 bairros ou regiões diferentes. Destaca-se que 85 pessoas informaram 6 bairros como local de residência: Fazenda Coutos/Vista

Alegre (21), Pernambués (18), Plataforma (16), Paripe (10), Itapuã (10) e Nordeste de Amaralina (10), os quais foram citados com mais frequência. Além disso, 61 pessoas (12,8%) informaram não possuir residência, sendo classificadas como “moradores de rua”.

Dentre os 6 bairros, Fazenda Coutos, o mais citado, possui a maior porcentagem de habitantes identificados como pretos (36,2%) ou pardos (54,4%), totalizando 90,6%, e a menor renda média dos responsáveis por domicílios particulares, cerca de R\$644,80. Ao passo que Itapuã possui a maior renda média entre eles, de R\$2.382,20, e a menor porcentagem de moradores pretos (27,3%) ou pardos (50,7%), total de 78%. Os demais ficaram entre essas faixas de renda e cor/raça, em uma relação inversamente proporcional entre renda média e porcentagem de moradores pretos ou pardos, conforme dados da Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (CONDER, 2016).

Quanto à faixa etária, 91% das pessoas possuíam até 45 anos na data do flagrante, sendo que 149 pessoas tinham entre 18 e 25 anos, 161 entre 26 e 35, 126 entre 36 e 45, 27 tinham mais que 45 anos e 14 pessoas não informaram data de nascimento ou idade.

O conjunto de indicadores aponta que o público-alvo da seletividade penal pelas agências policiais é composto, majoritariamente, por homens, identificados como negros, com renda mensal inexistente ou de até 1 salário mínimo, com até 45 anos de idade e com 1º grau incompleto. Tais dados contribuem para ratificar o afirmado por Baratta (2002) acerca da desigualdade por excelência do sistema penal, vez que a etiqueta de criminoso é um privilégio negativo, distribuído desigualmente na sociedade, com base em aspectos sociais, e, no contexto brasileiro, raciais (FLAUZINA, 2006; GOES, 2014). Na prática, verifica-se uma perseguição mais intensa das agências policiais sobre um determinado público alvo, de homens, jovens, negros e pobres.

2.3 AS DECISÕES QUE DECRETARAM PRISÕES PREVENTIVAS EM NÚMEROS

Antes de analisar o conteúdo, apreciamos também os dados quantitativos dos 67 processos das pessoas que tiveram a prisão preventiva decretada em audiência de custódia somente pelo crime de furto, para verificar quem foram os sujeitos encarcerados dentre os 477 casos

analisados. Com o acesso à base de dados do relatório da DPE/BA (2019), foram separados os principais dados a seguir apresentados.

No que tange às características étnicas/raciais dos sujeitos selecionados para responder ao processo em encarceramento provisório, 41 foram identificados como pardos, 11 como negros, 1 como preto, 2 como brancos e 12 não tiveram essa identificação. Os 79% de pessoas presas preventivamente identificadas como negras indicam o afirmado por Góes (2017, p. 21), que o judiciário transforma o cárcere no “local do negro”. Ademais, foram apontados como 59 homens (88%) e 8 mulheres (12%). Destaca-se também que 15 pessoas tinham entre 18 e 25 anos, 31 entre 26 e 35, 18 entre 36 e 45 e 2 tinham mais que 45; apenas 1 pessoa não teve a idade informada.

Diante do marcador de classe social, verificou-se que a renda média era inexistente em 7 casos e chegava em até 1 salário mínimo para 28 pessoas; para os demais 32, ela não foi informada. Quanto à escolaridade, 25 sujeitos informaram ter 1º grau incompleto, 7 o completaram, 2 afirmaram ter começado o 2º grau e não concluíram, 9 o concluíram, 1 tem ensino superior incompleto e 4 não têm escolaridade ou possuem educação rudimentar; 19 não informaram. Assim, observa-se que grande parte das pessoas possuía renda mensal de até 1 salário-mínimo (52% do total, equivalente a todas que informaram renda) e até o 2º grau incompleto (50%).

Destaca-se também que 12 pessoas que foram informadas como “moradores de rua” (18%). Ademais, além dos municípios de Lauro de Freitas (4) e de Camaçari (2), os bairros de Salvador mais informados como locais de residência foram Cajazeiras (3), Federação (3), Massaranduba (3), Nordeste de Amaralina (3), Boca do Rio (2), Castelo Branco (2), Cosme de Farias (2), Itapuã (2), Liberdade (2), Paripe (2), Ribeira (2), Sete Portas/Barbalho (2), Sussuarana (2) e Uruguai (2).

Dentre esses, Sete Portas/Barbalho possui a maior renda média dos responsáveis por domicílios particulares (R\$2.544,4) e a menor porcentagem de habitantes identificados como pretos (16,9%) ou pardos (53,5%), total de 70,4%. Sussuarana, por sua vez, possui a menor renda média (R\$ R\$985,4) e a segunda maior porcentagem de moradores pretos (34,9%) ou pardos (52,7%), totalizando 87,4%; sendo a maior de Cosme de Farias, com 37% habitantes identificados como pretos e 51,4% como

pardos (total de 88,4%), com renda média de R\$1.104,0. Os demais bairros ficaram entre essas faixas (CONDER, 2016).

Tais dados indicam que grande parte da seleção já fora operada pelas agências policiais, porta de entrada do sistema penal brasileiro (ZAFFARONI, 2014; WANDERLEY, 2017). Com relação à seleção feita pelas agências judiciais, na escolha daqueles que respondem ao processo em liberdade ou não, predominou o encarceramento cautelar de pessoas identificadas como pardas, negras ou pretas (53), homens (59), com menos de 45 anos (64), com renda mensal de até 1 salário mínimo (35) e tendo completado no máximo o 1º grau (34).

Apesar da seleção judicial ter sido limitada pela seleção policial, uma vez que é a polícia que apresenta às autoridades judiciárias os sujeitos a serem julgados, há a reprodução de um determinado público-alvo da distribuição desigual do estigma de criminoso, corroborando o discurso de Baratta (2002).

3. RAÇA E CLASSE NA FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR FURTO EM SALVADOR

Após as etapas anteriores, debruçamo-nos sobre o conteúdo das 67 decisões proferidas em audiências de custódia em Salvador, em 2018, nas quais houve a decretação de prisão preventiva apenas pelo delito de furto, com base no método apresentado por Bardin (1977), o qual permite certa liberdade na pesquisa. Para tanto, destacamos, nas decisões dos órgãos julgadores, trechos utilizados para justificar a prisão dos sujeitos.

Assim, poderemos discutir, em conjunto com dados quantitativos sistematizados, os fatores que determinaram as medidas cautelares adotadas.

3.1 PERICULOSIDADE DO SUJEITO E A NECESSIDADE DE INIBIR A REITERAÇÃO DELITIVA

De início, em todas as ocasiões, as autoridades judiciárias apontaram para a necessidade de decretar a cautelar prisional como forma de impedir a reiteração delitiva, fundamentando na periculosidade do sujeito ou no fundado receio de reiteração criminosa, em alguns casos

em ambas. Apesar de, em alguns casos, os órgãos julgadores se referirem a circunstâncias pessoais dos sujeitos ou do delito em concreto para justificar tais fundamentos, tais termos, frequentemente, foram usados com enorme abstração, sem qualquer referência a elementos específicos da situação fática analisada.

Ademais, em geral, o argumento da perigosidade, usado para legitimar a cautelar, foi associado à necessidade de garantir a ordem pública, de preservar a paz social ou de garantir a aplicação da lei penal, como no seguinte trecho:

Assim, como forma de evitar a reiteração de atos desta natureza pelo Acusado, portanto, afigura-se pertinente a permanência da segregação, com espeque na garantia da ordem pública e da aplicação da Lei Penal, não se revelando, neste momento, indicada a sua soltura (APF nº 0347584-45.2018.8.05.0001).

Os dois primeiros são conceitos gerais e abstratos associados ao ideal de defesa social, de proteger a sociedade daquele sujeito que está sendo julgado, mesmo antes da condenação, em um exercício de previsão dos riscos decorrentes da liberdade. Em nome da segurança pública, justificam-se prisões, torturas e assassinatos, conceito, historicamente, utilizado para legitimar opressões (BATISTA, 2013).

Por sua vez, a garantia da aplicação da lei penal se refere à manutenção da prisão para que, se a pessoa for posteriormente condenada por sentença definitiva, ela não possa escapar da aplicação da pena, ou tenha a possibilidade reduzida. Prende-se cautelarmente para garantir a prisão definitiva. Porém, esse fundamento esconde a possibilidade de ser proferida sentença absolutória, caso em que as prisões serão verdadeiramente inúteis ou sem crime, efetivos sequestros do Estado (ZAFFARONI, 2013).

Com relação ao fundamento da periculosidade, foram encontradas diversas motivações acerca do que seriam indícios efetivos dessa probabilidade de prática de novos crimes. Nas 24 situações em que houve a caracterização de reincidência, houve a associação quase automática com a existência de periculosidade. Nas fundamentações das decisões, foram encontradas diversas afirmações convictas de que o sujeito em liberdade, posto que reincidente, voltaria a delinquir ou que escolheu continuar na prática de atividades criminosas, conforme o trecho destacado:

No caso presente, portanto, entendo que, por ora, não se impõe a concessão de liberdade provisória ao Acusado, haja vista a reiteração de suas condutas delitivas, fazendo desta atividade o seu modo de vida, destacando-se a extensa ficha criminal que o mesmo ostenta, conforme consta às pgs. 25/27, já tendo sido, inclusive, condenado por duas vezes pela prática de tal crime, o que denota que, se solto, voltará a delinquir. Assim, os elementos colacionados ao APF demonstram a necessidade da segregação cautelar do conduzido (APF nº 0335733-09.2018.8.05.0001).

Nota-se como as agências judiciais atuam nos processos de seleção secundária para atribuir ao sujeito condenado por crime anterior uma etiqueta da qual ele dificilmente conseguirá se livrar. Esse estigma possui forte valoração negativa desde os processos de criminalização primária, diante do peso que a lei atribui à reincidência, utilizada para justificar as prisões preventivas, para aumentar a pena, negar a substituição da pena por restritivas de direitos, dentre outros “benefícios” negados.

No entanto, mesmo sem reincidência, houve fundamentação na periculosidade do sujeito. Em 27 ocasiões, a mera existência de antecedentes criminais, ações penais em curso ou outras prisões preventivas decretadas foram consideradas indícios suficientes de risco de reiteração delitiva por parte do sujeito, como no seguinte caso:

Ajunte-se que, da análise do documento de fl 23, verifica-se que a ficha de antecedentes criminais do Flagranteado é vasta, retratando a reiteração na prática ilícita, indicando que é dotado de elevada periculosidade concreta e possui tendência à prática de delitos, sobressaindo o fundado receio de reiteração criminoso, demonstrando assim que, nesse momento, livre e solto, significa risco à ordem pública (APF nº 0342166-29.2018.8.05.0001).

Há caso no qual a ficha de antecedentes criminais teve o condão de demonstrar ao órgão julgador que o sujeito “atesta história de vida caracterizada pela delituosidade, já tendo ele dado mostras de haver optado pela criminalidade como estilo de vida, podendo vir a cometer novos delitos da mesma espécie” (APF nº 0341277-75.2018.8.05.0001).

Nas demais 16 decisões, as justificativas foram de grande abstração, sem menção a antecedentes ou reincidência. Em uma delas, a

autoridade judiciária expressamente afirmou tratar de sujeito réu primário, mas diante dos “indícios de comando volitivo concernente à continuidade da prática delitiva” decidiu decretar a prisão cautelar, pois “sua liberdade, neste momento, pode representar, em tese, obstrução para a instrução criminal, bem como a necessidade de manutenção da ordem pública” (APF nº 0308637-19.2018.8.05.0001).

A inexistência de antecedentes criminais não obsta que o órgão julgador afirme com convicção que a pessoa já praticou outros delitos, assim como que dedica sua existência a atividades criminosas. O princípio da presunção de inocência é flexibilizado a ponto de o sujeito ser considerado, mesmo sem qualquer condenação criminal, um indivíduo absolutamente incapaz de conviver livremente em sociedade. A liberdade do sujeito é posta como secundária, diante do dever do julgador de defender a sociedade:

Este plantonista procura evitar que o delinquente continue enveredando pelo caminho irracional e repugnante da criminalidade latente, seja contra a vítima e/ou outras pessoas da nossa sociedade já tão sofrida, porque, diante do contexto jurídico até aqui apresentado, o meliante é dotado de elevada periculosidade e inclinação na atividade criminosa (APF nº 0316548-82.2018.8.05.0001).

Além disso, em cinco decisões, a prisão foi fundamentada em aspectos específicos do *modus operandi*⁵, isoladamente ou em conjunto com a reincidência ou com maus antecedentes. Em uma delas, foi considerado como indício de reiteração delitiva o fato de que “embora não tenha sido apreendido o objeto do furto, constou do auto de exibição e apreensão, a arrecadação de vários objetos e documentos alheios em poder do flagranteado” (APF nº 0303916-24.2018.8.05.0001). Como o indivíduo não era reincidente nem possuía antecedentes criminais, o órgão julgador justificou a periculosidade no fato em si, para então legitimar seu encarceramento cautelar.

Em outro caso, afirmou-se que “trata-se de crime praticado com utilização de chave falsa, que em si revela a potencialidade do delito e,

⁵ Expressão comumente adotada pelos órgãos julgadores para se referir ao modo de operar, executar ou praticar o fato tido como criminoso.

pois, a necessidade e a adequação da custódia cautelar do Inculpado”. Circunstância essa que, no entendimento da autoridade judiciária, demonstra que “não se permite tolerar o retorno do Flagranteado ao seu convívio, ao menos temporariamente” (APF nº 0300800-10.2018.8.05.0001).

Em outra decisão, a existência da reincidência foi levada em consideração também em conjunto com aspectos específicos e concretos do delito investigado. No caso, tendo em vista que o sujeito flagranteado foi acusado de ter quebrado o vidro de um veículo para subtrair os bens que estavam em seu interior, conforme trecho em destaque:

Com efeito, o flagranteado quebrou o vidro de um carro para praticar furto e conforme certidão do sistema saj responde a inúmeros processos por crimes da mesma natureza, sendo inclusive reincidente específico pois já foi condenado por delito de natureza patrimonial (APF nº 0305125-28.2018.8.05.0001).

Em um caso, argumentou-se como indicativo de “contumácia na prática delitiva” o fato de que as acusadas subtraíram “mercadorias em lojas de departamento utilizando um revestimento metálico no interior da bolsa para impedir o disparo do alarme” (APF nº 0313250-82.2018.8.05.0001), em conjunto com os antecedentes criminais.

A reincidência foi o principal fator que levou à afirmação de que o indivíduo é perigoso para a sociedade e à alegação da necessidade de inibir a reiteração delitiva. Apesar disso, antecedentes criminais, outras ações penais em curso ou outras prisões preventivas decretadas também serviram de fundamento; assim como circunstâncias relacionadas ao fato.

Ao afirmar que o sujeito é perigoso para a sociedade e que demonstra risco de reiteração delitiva, de modo que deve ser segregado e encarcerado, as condutas são reduzidas a escolhas e decisões tomadas pelo indivíduo, com o argumento de que em liberdade vai continuar repetindo as mesmas decisões, porque é inclinado ao crime ou adota a criminalidade como estilo de vida. Nesse sentido, não se vê menção a fatores externos que possam ter contribuído para que o fato seja classificado como criminoso ou para que o sujeito tenha sido selecionado pelas agências policiais. Apenas se afirma que a pessoa é incapaz de permanecer em convívio pela sociedade e deve ser isolada.

3.2 AUSÊNCIA DE ENDEREÇO CERTO E A IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Em algumas decisões, as autoridades judiciárias fizeram questão de ressaltar que “o fato do agente ser primário e ter residência fixa, não lhe garante alvará permanente de impunidade” (APF nº 0341277-75.2018.8.05.0001). Entretanto, a ausência de endereço certo ou de informação acerca de um local específico em que o indivíduo fosse encontrado foi o argumento utilizado em quatro decisões para justificar a prisão preventiva.

Em uma ocasião, a autoridade judiciária deixou claro que “foi confessado pelo mesmo que é morador de rua, o que dificulta a decretação da liberdade provisória” (APF nº 0324464-70.2018.8.05.0001). Em outro, foi decretada a prisão, pois “o mesmo não tem endereço certo e, em audiência de custódia, não soube declinar um local específico para que pudesse ser encontrado e cientificado dos atos processuais além de não possuir trabalho fixo” (APF nº 0303472-88.2018.8.05.0001).

Foram considerados requisitos autorizadores da cautelar prisional, em uma terceira decisão, o fato de o investigado possuir “maus antecedentes, não ter residência fixa nesta cidade e ser usuário de drogas” (APF nº 0343878-54.2018.8.05.0001). No último desses casos, a “circunstância de ausência de especificação de domicílio ou residência certa para ser encontrado” foi associada com o suposto “vínculo perene com o distrito da culpa” (APF nº 0348923-39.2018.8.05.0001).

Nesse contexto, há o entendimento de que como a pessoa não pode ser encontrada em liberdade, ela deve responder ao processo preso, para que o sistema judicial tenha ciência de sua localização. Entretanto, o código processual penal traz a previsão de medidas cautelares que poderiam sanar essa dificuldade de localização, como a prevista no art. 319, I, que corresponde ao “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”.

Não estamos aqui defendendo a aplicação dessa medida, uma vez que, como demonstrado por Romão (2019), a liberdade precária e condicionada, especialmente relacionada às populações de rua, é constantemente manejada como uma concessão bondosa da autoridade judiciária, em busca de ideais retributivistas e correcionalistas. O vocabulário utilizado nessas decisões, quando se fala em decretar a prisão preventiva ou conceder a

liberdade provisória, demonstra que não decretar a cautelar prisional é considerado uma benesse, uma permissão, uma concessão do órgão julgador.

Quando aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, não são asseguradas a essas pessoas as condições efetivas de cumpri-las, como garantir uma passagem de ônibus para que possam comparecer em juízo mensalmente. A medida, portanto, é aplicada como uma espécie de ato concessivo, mas já com a expectativa de ser descumprida, a ponto de ser posteriormente decretada a cautelar (ROMÃO, 2019, p. 154-155). Na prática, diante do argumento de que “as medidas cautelares diversas da prisão se revelam ineficazes” (APF nº 0303472-88.2018.8.05.0001), legitima-se a necessidade de encarcerar o sujeito sem ao menos explicar o motivo dessa ineficácia. Prende-se primeiro e justifica-se depois, sem preocupação com a descarcerização responsável, um dos objetivos da audiência de custódia. Assim, medidas cautelares diversas da prisão cumprem função de redução de danos, para, ao menos, tentar evitar que a pessoa seja submetida à opressão prisional.

Há uma dupla violência estatal contra os sujeitos “moradores de rua” ou que não informam um endereço em que podem ser encontrados. Pois tendo conhecimento dessa circunstância, não há qualquer exercício de compreensão pelos juízes acerca das condições e opressões enfrentadas, nem pelo Estado, que deveria sanar a falta de moradia digna, direito constitucionalmente assegurado a todos. Apesar disso, a ausência de um lugar para morar é conhecida pelo órgão julgador para ser valorada negativamente e fundamentar a necessidade de se prender preventivamente o sujeito, para que se torne possível a sua participação no processo e, caso condenado, a posterior aplicação da pena.

A análise do conteúdo em conjunto com os dados quantitativos revela a incidência da seleção penal quanto ao marcador de classe e a desigualdade por essência do sistema penal, expressamente com relação ao argumento da ausência de residência declarada. Ademais, pois, dentre os 67 casos, em 35 a renda mensal não passava de 1 salário mínimo e 12 pessoas foram identificadas como “moradores de rua”.

3.3 ONDE ESTÁ O ASPECTO RACIAL?

Dentre as diversas justificativas adotadas para afirmar, com elevado grau de convicção, que o indivíduo investigado solto voltaria a

delinquir, não verificamos, em nenhuma das decisões investigadas, menção expressa ao perfil étnico ou racial do sujeito como forma de fundamentar sua periculosidade. Apesar disso, o encarceramento cautelar foi decretado predominantemente para pessoas identificadas como pardas, negras ou pretas (53). Conforme pontua Dina Alves (2017, p. 113-114):

Mais uma vez, os jargões jurídicos “personalidade desajustada e perigosa”, “personalidade incompatível com o convívio social” demonstraram que, embora raça, como categoria biológica, seja um tabu nos discursos punitivos, juízes adaptam, conscientes ou inconscientemente, os discursos racializados em pressupostos subjetivos para justificar punições e criminalizar os grupos vulneráveis.

O alto grau de abstração das decisões nas quais a prisão preventiva é decretada com base na periculosidade esconde a persistência de estigmas raciais e sociais para aferir quem são os sujeitos perigosos, que devem ser segregados e neutralizados. Com base na neutralidade racial propagandeada pelo Judiciário, a distribuição desigual do estigma da criminalidade na sociedade é silenciada. O *colorblindness* (cegueira ou daltonismo de cor) permite a reprodução de desigualdades sob a justificativa de que o “encarceramento em massa é oficialmente indiferente à raça” (ALEXANDER, 2018, p. 263).

Percebemos tanto na atuação prática das agências policiais quanto das judiciais, o pressuposto revelado por Flauzina (2006) e Góes (2014), segundo o qual o sistema penal brasileiro não funciona para inibir condutas criminosas, mas cumpre uma função racista de selecionar os indivíduos que serão encarcerados e segregados por serem “perigosos”. As autoridades judiciárias relegitimam a seleção operada pela polícia, enquanto mantêm a aparência de que controlam os abusos policiais, em nome da neutralidade da justiça.

Conforme Lages e Ribeiro (2019), há a crença comum de que o judiciário é imune às desigualdades estruturais existentes na sociedade brasileira, que a lei é aplicada igualmente para todos. Essa suposta igualdade formal oculta que a seleção policial extrai dos grupos raciais e sociais oprimidos o público-alvo do controle penal. Dessa maneira, a audiência de custódia cumpre um papel nessa ilusão, uma vez que ela aumenta a aparência de legalidade e justiça, bem como esconde a seletividade no

encarceramento preventivo e o uso exacerbado dessa cautelar justificada no ideal de defesa social.

No entanto, como já abordado, a origem do complexo industrial-prisional remonta à escravidão, de modo que a perseguição aos crimes patrimoniais serve ao propósito de manter o controle social, econômico e racial, e reproduzir as desigualdades existentes por meio do encarceramento em massa (DAVIS, 2018). No contexto brasileiro, após a abolição da escravidão, o sistema prisional assume o papel de controle dos corpos não brancos, mesmo com *status* formal de seres humanos livres. Desse modo, o poder punitivo se torna um instrumento da pequena elite branca para manter a exploração desses corpos indesejados e preservar a acumulação patrimonial (FLAUZINA, 2006).

A seleção penal começa na criminalização primária, com a estipulação de graves penas para crimes de ordem patrimonial, ao lado dos delitos relacionados ao tráfico ou uso de entorpecentes, por serem ameaças à acumulação de capital pela elite (BARATTA, 2002). Depois, há um reforço pelas agências policiais e judiciais, na criminalização secundária, de perseguirem intensamente praticantes de tais condutas, especialmente quando pertencentes aos grupos sociais historicamente oprimidos (ZAFFARONI, 2013).

Acreditamos, em verdade, que a seleção penal começa ainda antes, com a omissão estatal de assegurar condições dignas de vida aos corpos “indesejados”. Há uma intersecção entre os marcadores de raça e classe, pois os corpos negros compõem a maior parte da população carcerária brasileira, mas fora das prisões são também a maior parte das pessoas em condição de vulnerabilidade social (ALVES, 2017; IBGE, 2010). Portanto, há uma maior chance desses indivíduos serem selecionados pelo sistema punitivo tanto pela sua cor de pele, quanto pela sua classe social, uma vez que, diante dos dados desta pesquisa, pessoas negras são a maioria dos moradores dos bairros de Salvador nos quais a seleção policial incidiu com maior violência, mais de 78%.

Prende-se o “morador de rua” por ter furtado algo, mas se ignoram as circunstâncias e as violências cotidianas a que está submetido. Da mesma forma, é decretada a prisão para um indivíduo negro pela sua reincidência, mas silencia-se o fato de que as pessoas não-brancas recebem o privilégio negativo do estigma da criminalidade. Após o primeiro contato

com o sistema criminal, quando as agências penais selecionam novamente alguma dessas pessoas, em razão da reincidência, atribuem-lhe as etiquetas de perigosas, tendentes a criminalidade e inaptas à vida em sociedade.

Pessoas negras são majoritariamente selecionadas pelas agências policiais, levadas até as agências judiciais e presas sob o argumento de que sua manutenção em liberdade apresenta elevado risco à paz social. A associação de pessoas negras à criminalidade, ao perigo é feita muitas vezes não intencionalmente (BARROS, 2008; PIRES, LYRIO, 2014; WANDERLEY, 2017). O racismo escondido no discurso é encontrado institucionalizado na atuação prática do sistema:

O racismo institucional aparece como um sistema generalizado de discriminações inscritas nos mecanismos rotineiros, assegurando a dominação e a inferiorização dos negros sem que haja necessidade de teorizá-la ou justificá-la pela ciência.”. (PIRES, LYRIO, 2014, p. 9)

A adoção do discurso da periculosidade pelo controle penal permite que a autoridade judiciária mantenha a aparência de neutralidade racial, ao tratar da reincidência, de circunstâncias do *modus operandi* ou de antecedentes criminais como indícios de perigosidade, ao passo que encarcera, de forma acentuada, homens, negros, jovens e pobres. O sistema vigente é mais sofisticado do que a racionalidade da criminologia positivista, pois permite a manutenção do papel funcional do sistema punitivo no extermínio da população negra, sem precisar ser abertamente racista, uma vez que há outros elementos da estrutura social e do sistema penal que reproduzem as hierarquias sociais e raciais.

Entendemos que o que leva o órgão julgador a assegurar que o sujeito investigado é tão perigoso a ponto de ser urgente o seu encarceramento para proteger a paz social não são os aspectos afirmados na fundamentação das decisões. Tanto que muitos se furtam a esse trabalho de buscar motivações e recorrem a frases de alta abstração, como dizer que a prisão é importante para inibir a reiteração delitiva.

Além disso, o uso da periculosidade, de forma extremamente ampla, também tem como objetivo apresentar uma ilusória sensação de justiça e segurança para a sociedade. O elevadíssimo número de pessoas que se encontram em situação prisional no Brasil dá a aparência de um rigoroso sistema penal, que segrega aqueles que trazem risco social,

quando, em realidade, o encarceramento em massa cumpre sua função de manutenção de desigualdades.

Apesar de não verificar de forma explícita a presença do marcador racial no conteúdo das decisões, por meio da análise conjunta dos aspectos quantitativos e dos qualitativos, foi possível compreender de maneira mais ampla a seletividade penal com base nesse fator, considerando a existência de um racismo institucional. Na investigação das agências judiciais, averiguamos que, além da presença do estigma da periculosidade no controle social dos oprimidos, há um contexto de racismo não abertamente declarado, mas que reproduz relações de poder em continuidade das relações raciais coloniais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do fenômeno da seletividade penal, a presente pesquisa constituiu uma investigação empírica da sua ocorrência na prática jurídica soteropolitana, em especial do uso da periculosidade como termo abstrato para fundamentar as prisões preventivas. A investigação se debruçou apenas sobre as audiências de custódia em Salvador, no ano de 2018, e sobre os delitos de furto, para tentar responder o seguinte questionamento: quais os principais fatores considerados na fundamentação do juízo de periculosidade na decretação das prisões preventivas? Houve também a proposição de verificar a presença de argumentos racistas ou classistas nesse juízo cautelar.

Pela ótica da criminologia crítica, partimos da premissa de que o crime não é uma característica ontológica da pessoa ou do fato em si, mas um resultado de processos de criminalização e estigmatização. Ademais, pela crítica racial elaborada por Flauzina e Góes, entendemos que tais processos levam em consideração especialmente marcadores de raça, já que a sociedade brasileira é historicamente estruturada na escravidão e no racismo. Assim, tomamos como a operatividade real do sistema punitivo brasileiro a de selecionar seu público-alvo das classes mais baixas e de um grupo racial determinado.

Com relação ao método, operamos uma análise documental, com o delineamento de uma pesquisa quantitativa das 477 decisões proferidas em audiência de custódia por furto, em Salvador, no ano de 2018, em conjunto com a análise de conteúdo das decisões que decretaram prisões preventivas.

As pessoas flagranteadas e levadas à audiência de custódia, bem como as 67 cautelarmente encarceradas, eram majoritariamente identificadas como homens, negros, com renda mensal de até 1 salário mínimo, com até 45 anos de idade e sem escolaridade ou 1º grau incompleto. Dentre essas 67 pessoas, 53 foram identificadas como negras e apenas 2 como brancas; 59 como homens e 8 como mulheres; 46 tinham menos que 35 anos à época do flagrante; a renda média era inexistente ou menor que 1 salário mínimo para 35 pessoas; a escolaridade era inexistente ou até 1º grau incompleto em 29 situações; e 12 informaram ser moradores de rua. Em ambas as quantificações, tanto da seleção policial quanto da judicial, verificamos a distribuição essencialmente desigual do sistema penal.

Na análise de conteúdo dessas 67 decisões, verificamos que para justificar o preenchimento do fundamento legal da garantia da ordem pública ou o da aplicação da lei penal, o juízo frequentemente motiva a necessidade de determinar a cautelar prisional pela existência de periculosidade do sujeito e de necessidade de inibir a reiteração delitiva. Os quais configuram conceitos abertos, que não encontram definição legal e permitem que diversas circunstâncias sejam utilizadas para se afirmar que o indivíduo é perigoso e tende à criminalidade, algumas de grande abstração. Assim, como resposta ao problema de partida observamos que a periculosidade, por sua vez, foi justificada na existência de reincidência, antecedentes criminais, ações penais em curso, outras prisões preventivas decretadas ou indícios de comando volitivo direcionado à prática delitiva.

Diante da hipótese de que além da classe, o racismo é fator determinante, para as autoridades judiciárias afirmarem a periculosidade e decretarem prisões, com relação à questão de classe, não definida apenas pela faixa salarial, mas também pelas condições de moradia, verificamos o uso da ausência de endereço certo, de residência ou de trabalho fixo para legitimar o encarceramento. Há uma dupla violência estatal contra o indivíduo investigado, que já sofre as consequências e dificuldades da vulnerabilidade social e ainda tem essa condição valorada negativamente para justificar sua prisão.

Quanto ao marcador racial, não encontramos fundamentações explicitamente racializadas para justificar tal periculosidade nas decisões. Entretanto, percebemos que o racismo está presente na operacionalidade prática do sistema penal, mas é velado no conteúdo das decisões, uma vez que o sistema atual institucionalizou o racismo de forma que ele não

precisa ser declarado. Assim, a suposta neutralidade racial do Poder Judiciário permite a manutenção da hierarquização das pessoas com base na raça, aspecto característico das relações coloniais brasileiras, sustentada pelos instrumentos violentos de controle punitivo.

Mesmo que não tenha sido afirmado nada acerca do perfil racial dos sujeitos encarcerados, o fato de 53 dentre 67 que tiveram a prisão provisória decretada em casos de furto em Salvador no ano de 2018 serem identificados como negros revela quem são as pessoas presas por serem supostamente perigosas. Ademais, as pessoas identificadas como negras também foram percebidas como a maior parte dos moradores dos bairros de renda média mais baixa, de onde foram selecionados grande parte dos indivíduos pelo sistema punitivo. Assim, os dados quantitativos apontam para a desigualdade por excelência do sistema prisional, uma vez que são, majoritariamente, os homens, negros, jovens e pobres que recebem o privilégio negativo da vulnerabilidade, da estigmatização e da criminalização. Assim, encarcerados com mais frequência, são também rotulados como reincidentes, perigosos e tendentes à criminalidade com maior intensidade.

Não é necessário que o órgão julgador faça menção à raça do sujeito no corpo da decisão para que sua atuação seja racializada. A institucionalização do racismo tem como instrumentos a manutenção dessas pessoas em condições de desamparo social, a sua seleção pelas agências policiais e, depois, o uso de conceitos abertos para fundamentar uma prisão pela garantia da ordem pública, o que permite que o sistema continue incidindo de forma racialmente seletiva. As autoridades judiciárias, majoritariamente brancas e pertencentes às classes econômicas mais altas, seguem selecionando os sujeitos perigosos que precisam ser segregados e neutralizados dentro dos grupos social e racialmente vulnerabilizados, de forma a manter a subjugação e a opressão dos povos não brancos historicamente explorados e estigmatizados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, n. 21, p. 97-120, jan. -abr., 2017. <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i21.2218>

BAHIA. CONDER. *Painel de informações: dados socioeconômicos do município de Salvador por bairros e prefeituras-bairro/Sistema de Informações Geográficas Urbanas do Estado da Bahia (INFORMS – Organizador) 5 ed.* Salvador: CONDER/INFORMS, 2016. 189 p.: il. Color. Fotos. Tabelas. Gráficos. Mapas.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo.* Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70; São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1977.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v.2, n. 1, p. 134-155, jul.-ago, 2008. Disponível em: <<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/31/29>> Acesso em 29 set. 2020.

BATISTA, Nilo. Criminologia sem segurança pública. *Revista Derecho Penal e Criminologia*, v. 10, p. 86-90, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política Criminal. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 6, p. 20-39, jul./dez. 2009. <https://doi.org/10.5533/1984-2503-20091202>

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos da sociologia do desvio.* Trad. Maria Luíza X. de Bordes. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BORDIEU, Pierre. Capitalismo Simbólico e Classes Sociais. *Novos Estudos CEBRAP*, epub, n. 96, p. 105-115, set. 2013. <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200008>

BRASIL, DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.* Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020.

CAMPENHOUDT, LucVan; QUIVY, Raymond. *Manual de investigação em ciências sociais.* Trad. João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. 4. ed. Lisboa: Trajectos, 2005.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.* Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2008, p. 295-316.

CONECTAS Direitos Humanos. *Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia.* 2017. Disponível em <<https://www.conectas.org/publicacao/tortura-blindada>>. Acesso em 27 julho 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mapa Audiência de Custódia.* Jun. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 28 maio 2020.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA (DPE/BA). *Relatório das audiências de custódias na comarca de Salvador/BA: anos de 2015-2018*. Defensoria Pública do Estado da Bahia. Salvador: ESDEP, 2019.

DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil*. 1988. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC. 1988. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77655/139612.pdf?sequence>> Acesso em: 8 set. 2021.

DUARTE, Evandro Piza; FREITAS, Felipe da Silva. *Corpos negros perseguição do Estado: política de drogas, racismo e direitos humanos no Brasil*. *Revista de Direito Público*, v. 16, n. 89, p. 156 - 179, set. -out 2019. Disponível em: <<https://www.portal-deperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3608>>. Acesso em 14 set. 2021.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de Criminologia*. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1998.

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra*. Relatório de pesquisa, 2018.

FLAUZINA, Ana. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf> Acesso em: 17 abr. 2020.

GÓES, Luciano. *Racismo, genocídio e cifra negra: Raízes de uma criminologia Antropofágica*. In: *Criminologias e Política Criminal*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64600a-36d09f4960>>. Acesso em: 1 maio 2020.

GÓES, Luciano. *A “tradução” do paradigma etiológico de criminologia no Brasil: um diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da perspectiva centro-margem*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2015.

GÓES, Luciano. *Pátria Exterminadora: o projeto genocida brasileiro*. *Revista Transgressões*. Natal, RN, v. 5, n. 1, p. 53-79, maio 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/12101>>. Acesso em: 1 maio 2020.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GUIMARÃES, Antônio. Raça, cor, cor da pele e etnia. *Cadernos de Campo*. São Paulo, SP, v. 20. n. 20, p. 265-271, 2011. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v20i20p265-271>

GUIMARÃES, Antônio. *Racismo e antirracismo no Brasil*. ed. 3. São Paulo: Editora 34. 2009.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: <<https://iddd.org.br/pesquisa-revela-o-fim-da-liberdade-nas-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em 27 julho 2021.

IBADPP, TJBA. *Relatório final de atividades*: grupo de pesquisa sobre audiências de custódia – convênio de cooperação técnico-científica TJ/BA e IBADPP. Salvador, 2017.

IBGE. *Censo Demográfico*, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

IBGE. *Desigualdades por cor ou raça em Salvador, “segundo o IBGE”*. 2019. Disponível em: <http://generoesexualidade.ffch.ufba.br/wp-content/uploads/2019/04/apresenta_camara_abr19_semvideo_compressed.pdf>. Acesso em 28 julho 2021.

LAGES, Livia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? *Revista direito GV*. São Paulo, v. 15, n. 3, nov. 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201933>

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo e etnia. In: BRANDÃO, André (Org.). *Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2004, p. 15-34.

NICORY, Daniel. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Juspodium, 2017.

PIRES, Thula; LYRIO, Caroline. Racismo institucional e acesso à justiça: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011. In: COUTO, Mônica Bonetti *et al* (Org.). *Acesso à justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 513-541. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7bf570282789f279>>. Acesso em: 27 julho 2021.

ROMÃO, Vinicius de Assis. *Entre a vida na rua e os encontros com a prisão*: um estudo a partir das audiências de custódia. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.btd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15858>. Acesso em: 29 set. 2020.

ROMÃO, Vinicius de Assis. A aplicação de medidas cautelares pessoais em audiências de custódia: um olhar a partir da prisão em flagrante de pessoas em situação

de rua. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 611-650, jan./abr., 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.425>

SEGATO, Rita Laura. El color de la cárcel em América Latina: apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción. *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, n. 208, p. 142-161, mar./abr. 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/56749072/El_color_de_la_c_U00e1rcel_en_Am_U00e9rica_Latina.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 135, ano 25, p. 189-229, set. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgment: O presente estudo foi desenvolvido no âmbito do Projeto de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal da Bahia – UFBA, edital 2019-2020, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), com apoio da Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA).

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Bernardo Leão:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões

dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

- *Alessandra Prado*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology) e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

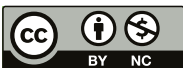
- Submission: 31/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Review 1: 15/08/2021
- Review 2: 17/08/2021
- Review 3: 18/08/2021
- Review 4: 29/08/2021
- Preliminary editorial decision: 03/09/2021
- Correction round return: 17/09/2021
- Final editorial decision: 01/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

LEÃO, Bernardo S. C; PRADO, Alessandra R. M. A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1713-1749, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.627>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


La necesidad de prever medidas cautelares *ad hoc* para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrim 2020

The need to provide ad hoc precautionary measures for cases of disability: a critical analysis of the Preliminary Draft of LECrim 2020

Pilar Martín-Ríos¹

Universidad de Sevilla, España

pilarmar@us.es

 <https://orcid.org/0000-0003-0324-3887>

RESUMEN: En el trabajo que se presenta se aborda una cuestión de indudable actualidad y relevancia: la aplicación de medidas cautelares penales a sujetos en quienes concurre una situación de discapacidad. El análisis de esta cuestión se enmarca en un contexto legislativo especialmente propicio para ello, pues la eventual aprobación del reciente Anteproyecto de LECrim podría suponer un cambio sustancial en esta materia. Pese a la general valoración favorable que dicha reforma pudiera merecer, en el presente estudio se subrayan diversos aspectos necesitados de revisión y se destacan distintos problemas que la regulación planteada puede propiciar. ¿Puede, en suma, concluirse que la norma proyectada colma suficientemente las expectativas depositadas a este respecto?

PALABRAS CLAVE: discapacidad; medidas cautelares; proceso penal; derechos fundamentales.

ABSTRACT: *In this paper we address a question of undoubted topicality and relevance: the application of criminal precautionary measures to subjects in*

¹ Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla (España). Miembro de REDHITEC (Red de Iberoamericana de Investigadores sobre Administración de Justicia, Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos). Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla.

whom a situation of disability exists. The analysis of this issue is framed in a legislative context that is particularly conducive to this, since the recent Draft of LECrim could lead to a substantial change in this matter. Despite the general favorable assessment that this reform could deserve, this study highlights various aspects in need of review and different problems that the proposed regulation may lead to. In sum, can it be concluded that the projected norm sufficiently fulfills the expectations placed in this regard?

KEYWORDS: *disability; precautionary measures; criminal process; fundamental rights.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Las medidas cautelares personales en el proceso penal; 1.1. Ideas previas; 1.2. Presupuestos para la adopción de medidas cautelares en el ámbito penal; 2. Adopción de medidas cautelares penales sobre personas con discapacidad; 2.1. La discapacidad del encausado en la LECrim de 1882; 2.2. La sustancial reforma prevista en el Anteproyecto de LECrim de 2020; a) La discapacidad en la LECrim: consecuencia del nuevo paradigma instaurado por la Ley 8/2021; b) Fundamento y alcance de la reforma; c) Adaptaciones del proceso penal; 3. Examen de las medidas cautelares para personas con discapacidad en el Anteproyecto de LECrim de 2020; 3.1. Ideas previas; 3.2. La detección de la situación de discapacidad y la adopción de medidas inmediatas y provisionales; 3.3. La detención preventiva; a) Condiciones para su adopción y para su práctica; b) ¿Es posible la detención incomunicada?; 3.4. La libertad provisional; 3.5. El internamiento cautelar en establecimiento especial: muchas luces y alguna sombra; 3.6. La prisión provisional de la persona en situación de discapacidad; 3.7. La medida cautelar de prisión atenuada; 3.8. La observación psiquiátrica para determinar las condiciones del encausado; Consideraciones finales; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las necesidades de las personas con discapacidad que son víctimas de delitos son frecuente objeto de discusión científica. No sucede lo mismo con el examen de la situación en que se halla el victimario en quien concurre esa nota de discapacidad, cuestión que conformará el núcleo de nuestro estudio.

En España, la vigente norma procesal penal adolece de un defecto reseñable: la ausencia de previsión de medidas cautelares *ad hoc* para estos supuestos. El reciente Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha venido, por fin, a abordar de forma decidida esta problemática². Sin embargo, ¿puede afirmarse que lo haya hecho de una manera plenamente satisfactoria?

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL

1.1. IDEAS PREVIAS

A lo largo de la tramitación de un proceso penal -y, en ocasiones, incluso antes de que este comience- es frecuente que se adopten medidas cautelares. Sean de carácter personal o patrimonial, responden a una misma finalidad: garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte.

Resulta lógico que la tutela cautelar no despierte tantos recelos -y, en consecuencia, suscite menor controversia- en el ámbito de la Justicia civil, dada la naturaleza de los intereses protegidos. En el marco del enjuiciamiento penal, en cambio, toda vez que las medidas cautelares personales que se pueden acordar constituyen una injerencia notable en los derechos de la persona afectada, es común encontrar posturas enfrentadas acerca de su justificación.

En el presente trabajo abordaremos el estudio de una específica clase de medida cautelar penal: las medidas personales. Estas, a diferencia de las reales o patrimoniales³, inciden -en mayor o menor medida- en la libertad ambulatoria de quien las soporta.

² Sí existe mayor previsión en cuanto a cuál ha de ser la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en estos casos. Al respecto, puede consultarse la Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual, publicada por el Ministerio del Interior español y accesible en:

<http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201295/GuiaIntervencion%20PolicialPDIversionweb.pdf/806b2414-8c6b-483a-a928-434daf3d5dc3>. Acceso en: 10 de septiembre de 2021.

³ Que recaen sobre el patrimonio de una persona.

1.2. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO PENAL

En la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) no se contempla ninguna norma general acerca de los presupuestos y requisitos que han de concurrir para establecer una medida cautelar penal. Se entienden exigibles, sin embargo, en virtud de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC). Es al regular cada medida en concreto cuando la LECrim procede a determinar sus exigencias específicas.

Junto a aquellos requisitos particulares que puedan demandarse, habrán de concurrir, en todo caso, dos presupuestos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*⁴. Mientras que el primero de ellos se refiere a la existencia de una base racional que permita sostener -al menos, en una primera aproximación- que el delito en cuestión ha sido cometido por la persona a quien pretende imponerse la medida, el segundo representa el riesgo que la mora procesal (entendida como el lapso de tiempo que media desde el inicio hasta la finalización del proceso) puede comportar respecto a la eficacia de la resolución final que en él se dicte. En ese período temporal, “pueden realizarse acciones o acontecer hechos naturales que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de dicha resolución principal”⁵. Cada uno de estos presupuestos presenta perfiles particulares en las distintas medidas cautelares.

Al margen de lo anterior, es evidente que el respeto al derecho a la presunción de inocencia que caracteriza al proceso penal⁶ tiene como consecuencia que, en este ámbito, deba actuarse con especial prudencia. Es por ello que la adopción de cualquier medida cautelar tiene que venir presidida por la ponderación de dos principios: el de excepcionalidad⁷ y

⁴ Vid., sobre esta cuestión, PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 110 y 111.

⁵ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel. Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, p. 475.

⁶ Vid. LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio. *Diario La Ley*, 8 de julio de 2013, p. 2 de la edición digital.

⁷ Vid. las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 26 de junio de 1991, “caso Letellier contra Francia” (nº. 12369/86) y de 27

el de proporcionalidad⁸. Por supuesto, la discapacidad no ha de justificar nunca una privación de libertad⁹.

Del mismo modo, se debe ser consciente de que la peligrosidad “personal”¹⁰ tampoco puede legitimar dicha privación de libertad, sino que será aquella “procesal” -vinculada a la existencia de riesgos relevantes para el proceso- la que lo justifique¹¹.

2. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PENALES SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1 LA DISCAPACIDAD DEL ENCAUSADO EN LA *LECRIM DE 1882*

La vigente *LECRim* -que data de 1882- no hace uso del término “persona con discapacidad” ni, tampoco, del de “inimputable”. Se limita

de agosto de 1992, “caso Tomasi contra Francia” n.º. 12850/87), accesibles en <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 10 de septiembre de 2021.

⁸ *Vid.* sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 158/1996, de 15 de octubre, 56/1997, de 17 de marzo; 14/2000, de 17 de enero, y 169/2001, de 16 de julio, entre otras muchas.

⁹ Como insiste la Convención de Nueva York en su artículo 14.1 b). Cfr., igualmente, la *Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores*, así como QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia. *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc. Acceso en: 11 de septiembre de 2021. *Vid.*, asimismo, MIKONWITZ, Tina. *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD – An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties*, 2011. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1928600>. Acceso en: 11 de septiembre de 2021.

¹⁰ Que es en la que se basaba el Código Penal (en adelante, CP) de 1870 cuando contemplaba la reclusión en estos casos.

¹¹ *Vid.*, en este sentido, LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos. *Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal*. In: *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. I-2006, p. 106.

a referirse a situaciones de “demencia”¹², distinguiendo aquella que concurre en el momento de comisión del delito de aquella otra que surge de forma sobrevenida.

No es objeto de este trabajo el examen de cuáles han de ser las diferentes consecuencias procesales cuando el hecho se comete en uno u otro estado, aun siendo también una cuestión espinosa que ha sido objeto de reflexivos debates y discusiones tanto doctrinales como jurisprudenciales¹³.

Resulta indiscutible que no puede ejercitar con eficacia su derecho de defensa quien carece de la capacidad de “salvaguardar sus derechos procesales y de seguir el proceso en el que se concluyen actos dispositivos: afirmar o negar la imputación, guardar silencio consciente o conformarse con la pretensión punitiva a través del interrogatorio judicial”¹⁴. En estos supuestos ha de optarse, pues, por el archivo de la causa.

Más nos interesa, conforme al objeto de nuestro estudio, preguntarnos qué medidas cautelares pueden aplicarse con la vigente LECrim en estas hipótesis de discapacidad del sujeto pasivo. El examen de la cuestión nos lleva a concluir que, en estos casos, no se establece medida específica alguna. Ello nos obliga a acudir a la vía civil para proceder a la determinación de apoyos y, en su caso, al internamiento no voluntario.

El principal problema que surge a este respecto es que, al no preverse como medida cautelar ni el tratamiento ni el internamiento psiquiátrico, en la praxis se recurre a la adopción de la prisión preventiva¹⁵,

¹² El artículo 383 de la LECrim establece que, si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, una vez que se concluyera el sumario habría de archiversse la causa hasta que el procesado recobrarla la salud.

¹³ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa. Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 288 y ss.

¹⁴ *Consulta 1/1989, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre enajenación mental del imputado, sobrevenida tras el auto de apertura del juicio oral y antes de la celebración de éste: sus efectos sobre el proceso.*

¹⁵ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Discapacidad y privación de la libertad. *Derechos y Libertades*, n. 32, época II, enero 2015, pp. 194 y 195.

Vid., igualmente, LILLO ROLDÁN, Rafael. Procedencia de las medidas cautelares en caso de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de

figura que responde a un espíritu y a unos objetivos completamente alejados de los que han de presidir cualquier intervención ante sujetos que cuenten con esas necesidades especiales¹⁶.

Así pues, no resulta infrecuente que un encausado con anomalías o alteraciones de su psiquismo tenga que ingresar en prisión en tanto se tramita la causa y se adopta, en la correspondiente sentencia, una pena o una medida de seguridad¹⁷. Esta situación originaba un problema añadido: la imposibilidad de prorrogar una prisión provisional cuando el sujeto fue finalmente absuelto al apreciar su inimputabilidad¹⁸. En estos casos, hasta que la resolución no alcanzara firmeza y se pudiera ejecutar, solo quedaba recurrir a la vía del internamiento civil.

Tanto el Tribunal Supremo (TS)¹⁹ como el Tribunal Constitucional (TC) español han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta llamativa

la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 212 y 213. Aunque finalmente no se incluyó tal previsión en el CP de 1995, el Anteproyecto de CP de 1991 contemplaba como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida de seguridad. Entiende LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos (Medidas cautelares..., *cit.*, p. 106) que su exclusión final fue debida “al cierto olor que desprendía a media de seguridad predelictual ajena a los fines que constitucionalmente legitiman la privación cautelar de libertad cautelar de libertad en el proceso penal”.

¹⁶ Del mismo modo, se ha recurrido a la diligencia del artículo 381 LECrim (desarrollada en el artículo 184.1 del Reglamento Penitenciario) para lograr el ingreso cautelar del sujeto investigado, a pesar de tratarse de una diligencia que cuenta con una finalidad bien distinta. En este sentido, *vid.* ARNÁIZ SERRANO Amaya. Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 238 y 239.

¹⁷ En función del grado de responsabilidad penal que se aprecie. Al respecto, *vid.* ROLDÁN, Horacio. ¿Adónde van los enfermos mentales que cometen delitos?. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 5, 2019, pp. 1-19.

¹⁸ STC 217/2015, de 22 de octubre. *Vid.*, acerca de la misma, NISTAL BURÓN, Javier. El internamiento cautelar de personas que no siendo penalmente responsables están sujetas a proceso a efectos de la imposición eventual de una medida de seguridad privativa de libertad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, mayo 2016, pp. 126 y 127.

¹⁹ Destaca, a este respecto, la STS 718/1993, de 31 de marzo (Fundamento Jurídico primero), ECLI:ES:TS:1993:10867.

carencia de nuestro sistema procesal penal. Este último, en las sentencias del TC 217/2015, de 22 de octubre, y 84/2018, de 16 de julio²⁰, ha denunciado la total ausencia de previsión de medidas cautelares específicas para los supuestos de inimputabilidad. Esta situación ha sido, por fortuna, sustancialmente modificada en el reciente Anteproyecto de LECrim de 2020 (en adelante, ALECrím), como a continuación se examinará.

2.2. LA SUSTANCIAL REFORMA PREVISTA EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DE 2020

A) LA DISCAPACIDAD EN LA LECRIM: CONSECUENCIA DEL NUEVO PARADIGMA INSTAURADO POR LA LEY 8/2021

El examen de esta cuestión ha de venir de la mano, necesariamente, del estudio del novedoso marco en el que hoy nos movemos. La reciente Ley 8/2021²¹ ha incorporado un radical cambio de paradigma respecto de la capacidad jurídica y, en su virtud, no existirá ya en España²² la posibilidad de declarar la incapacidad de quien presente alguna discapacidad. Ese sistema ha sido sustituido, para los casos en que sea preciso, por una designación de apoyos²³.

En esa misma línea, el ALECrím de 2020 se refiere, ahora, a la “persona encausada con discapacidad”, huyendo del empleo del término “incapacitado” como, por el contrario, sí hace la vigente LECrim. Se sigue, de este modo, la senda iniciada por el Anteproyecto de LECrim de 2011²⁴. Como señala la Exposición de Motivos del reciente ALECrím, lo

²⁰ Y, antes de ello, en la STC 191/2004 consideró un “contrasentido” aplicar con carácter provisional una medida “cuya imposición con carácter definitivo está *a priori* descartada”.

²¹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

²² A partir de la entrada en vigor de la Ley, en septiembre de 2021.

²³ El reemplazo de las situaciones de representación por las asistenciales obedece al objetivo de la citada Ley 8/2021 de lograr el autogobierno de la persona con discapacidad.

²⁴ También el CP ha adaptado su terminología en este mismo sentido. Su artículo 25 define -como consecuencia de la importante reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo- qué ha de entenderse por “persona

que entonces era una novedad significativa se ha convertido, diez años más tarde, en una necesidad perentoria.

Lejos de haber quedado en una modificación parcial de la cuestión, el ALECrím se atreve a afrontar con valentía una reforma normativa integral, hasta el punto de afirmar que nos encontramos con un verdadero “estatuto jurídico de la persona encausada con discapacidad”. Su efectiva consecución, en lo que se refiere a la tutela cautelar, será objeto de análisis crítico en las páginas que siguen.

B) FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA REFORMA

En esta materia, resulta obligada la referencia a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁵ y a la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 sobre garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales. En ambas disposiciones internacionales -y en doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- halla su fundamento la reforma propuesta en el ALECrím, que a continuación desgranamos.

En el Anteproyecto se hace alusión²⁶ a la necesidad de configurar un régimen jurídico procesal de la discapacidad. Como manifestación concreta de esa necesidad, se refiere a la importancia de que se prevean medidas cautelares *ad hoc* para los “casos de inimputabilidad”. Como es sabido, esta requiere la concurrencia de ciertas circunstancias²⁷ en el momento de comisión del delito de que se trate, y de su intensidad

con discapacidad necesitada de especial protección”. BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel (El tratamiento de la discapacidad en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, n. 9327, 2018, p. 2), subraya el cambio que ha experimentado “el lenguaje de la discapacidad” en los últimos tiempos, también, en las resoluciones judiciales.

²⁵ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

²⁶ Desde la misma Exposición de Motivos (apartado número XVII).

²⁷ Detalladas en el artículo 20 CP.

dependerá que se pueda hablar de exención plena de responsabilidad penal, de imputabilidad o de mera semiimputabilidad²⁸.

c) ADAPTACIONES DEL PROCESO PENAL

El artículo 61 ALECrim expone una determinada noción de discapacidad (que no incapacidad, recordemos) a los efectos de la LECrim. Esta situación se caracteriza por la presentación de algún género de limitación (física, mental o sensorial) que impida o dificulte su comprensión acerca del significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o bien le limite o imposibilite para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales. En ocasiones supondrá, por lo tanto, que no se goce de la plenitud de la capacidad procesal. A veces, ello se traducirá en que no podrá tomar por sí solo ciertas decisiones que afecten al devenir del proceso pero, en otros casos, implicará que no pueda ser enjuiciado y haya de sobreseerse el procedimiento (provisional o definitivamente, según el caso). La regla general de la que debe partirse, sin embargo, es la de que -siempre que sea posible- la persona con discapacidad, en virtud de su derecho a la autonomía, ha de poder tomar sus propias decisiones en el proceso y poder participar, eficazmente, en él. Habrá de respetarse, igualmente, lo que disponga la sentencia que establezca apoyos. El correcto ejercicio de este derecho exigirá que, para que la persona en cuestión conozca adecuadamente el significado de los actos procesales que le

²⁸ La anomalía o alteración psíquica debe padecerse por el sujeto en el momento en el que se cometa el hecho delictivo, debiendo existir una relación de causalidad entre aquella y este. Cuando esas circunstancias se aprecian en un momento posterior, se ha dado en llamar inimputabilidad *subsequens* (*Consulta 1/1989, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre enajenación mental del imputado, sobrevenida tras el auto de apertura del juicio oral y antes de la celebración de éste: sus efectos sobre el proceso*). Vid., sobre la repercusión jurídica de las mismas, BEIZAMA BERGARA, Yenay; GARCÍA LUENGO, Iune; ALMENARA CÓRDOVA, Mercedes Elinor; LARRAÑAGA TOSAT, Leyre; ROMERO BÁEZ, Anabel; HORCAJO GIL, Pedro José. El delincuente con discapacidad intelectual: reflexiones psicojurídicas sobre su responsabilidad criminal y las medidas de seguridad. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol.16, 2016, pp. 103, 106 y 111.

afecten y de las decisiones que deba adoptar en relación con ellos, se adopten las medidas de ayuda a la comunicación que resulten pertinentes.

Pudiera suceder que la persona en situación de discapacidad no contara con medida de apoyo designada judicialmente (sea en la jurisdicción voluntaria, sea en un procedimiento civil de la jurisdicción ordinaria), por lo que habría de ser designada, a los efectos vistos, por el juez penal. Es una hipótesis que contempla también el ALECrim. Podría recurrirse, incluso, a la designación de una institución de apoyo.

Se parte de la base, asimismo, de que aquel encausado que tenga algún tipo de discapacidad debe ver garantizado su derecho de defensa en las mismas condiciones que cualquier otra persona. Por ello, y en cumplimiento de lo establecido en la Convención de Nueva York, será esencial realizar cuantas adaptaciones y flexibilizaciones del proceso sean necesarias²⁹.

En conclusión, como se expone en el ALECrim, la nueva regulación se asienta sobre el reconocimiento de tres derechos esenciales que deben asistir a todo encausado con diversidad funcional: derecho a defenderse en idénticas condiciones que cualquier otra persona (lo que implicará la obligación de adaptación ya aludida), derecho a gozar de autonomía o plenitud de facultades decisorias (lo que precisa de una detallada regulación del complemento -que no sustitución- procesal de la capacidad) y derecho a participar eficazmente en el procedimiento.

Al hilo de esta última afirmación, interesa destacar cómo, a lo largo de la tramitación del proceso, la capacidad procesal deberá seguir estando presente, como presupuesto del mismo que es. Aun cuando se escinda de la idea de discapacidad -que no ha de suponer, por sí, la falta de capacidad procesal-, deberá estarse a cada caso para ver si el sujeto pasivo se encuentra o no en condiciones de actuar válidamente en el proceso penal o si, por el contrario, ha de suspenderse este en tanto se recuperan (si se hace) las facultades intelectivas y volitivas precisas para ello.

²⁹ Llama la atención GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, Marta (Derechos de la persona con discapacidad y la detención. In: ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana (coord.). *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*. Madrid: Reus, 2020, p. 46) acerca de la conveniencia de que se extendiera a la persona de apoyo la protección del secreto profesional que sí reconoce la ley a otros intervinientes.

En el Anteproyecto se aborda, como no podía ser de otro modo, esta cuestión. En concreto, la sección quinta introduce “*especialidades del proceso*” en caso de absoluta falta de capacidad procesal. Aparte de que se diga expresamente que, en tales hipótesis, habrá de terminarse el procedimiento de investigación, se incorporan novedades muy significativas que se sintetizan en los siguientes puntos: en primer término, se diferencia entre dos supuestos distintos. Conforme al primero, si se concluye (“en atención a las circunstancias y características del hecho punible”, se dice) que el único objeto del procedimiento habría de ser la imposición de una pena, el Ministerio Fiscal archivará las actuaciones hasta que, en su caso, el investigado recobre la capacidad necesaria para ser sometido a juicio. Por supuesto, si esta llegara a recobrase, se reabrará el procedimiento.

De acuerdo con el segundo supuesto, si se estima que procede imponer una medida de seguridad, se decidirá la continuación del proceso, una vez terminada la fase de investigación. Esta opción comportaría una serie de especialidades adicionales, pues la acción penal -como consecuencia de la naturaleza preventivo-asistencial que el proceso penal asumiría en tal hipótesis- solo podría ser ejercitada por el Ministerio Fiscal³⁰ y, en el juicio oral que se celebrara para la imposición de la medida de seguridad habría que tener en cuenta ciertas peculiaridades. No será necesaria, por ejemplo, la presencia del acusado en el juicio oral, aunque sí lo será la de la persona que integre la institución de apoyo.

Al margen de la consagración, en el texto proyectado, de los tres derechos *retro* referidos, corresponde destacar cómo ello tiene un reflejo, directo, en el plano procesal. A los efectos que aquí nos ocupan -y con independencia de la importancia que también reviste la celebración del incidente que evalúe las circunstancias de la discapacidad y la repercusión que haya de tener en ese proceso en concreto-, se incluye un régimen especial de medidas cautelares aplicables a los casos de discapacidad, del que nos ocuparemos a continuación.

³⁰ De hecho, de existir acusadores particulares personados, solo podrían continuar actuando como actores civiles.

3. EXAMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DE 2020

3.1. IDEAS PREVIAS

Resulta fundamental la lectura detenida de la sección cuarta del Capítulo II del Título II del ALECrím. En ella, además de realizarse un pormenorizado examen de cómo habrá de practicarse cada una de las medidas cautelares penales de naturaleza personal en la hipótesis de estudio que nos ocupa, se incorporan unas reglas de procedimiento que merecen una atención especial.

Así, en el artículo 78 se advierte de que la adopción de medidas cautelares en este ámbito exige de la satisfacción de los siguientes requisitos: 1. Emisión de informe por parte de un especialista acerca de la adecuación de la medida de que se trate, partiendo de las circunstancias y necesidades de la persona afectada. De manera particular, habrá de pronunciarse sobre la repercusión que su adopción pueda tener en el tratamiento seguido. 2. Dar previa audiencia a la persona que integre la institución de apoyo. A ella, además, se le notificarán las resoluciones que se refieran a las medidas cautelares. Se tratará, asimismo, de que esté presente en las actuaciones que tengan que realizarse personalmente con el afectado. 3. Dar audiencia, igualmente, al encausado, siempre que su situación lo permita. 4. Resolver, en todo caso, conforme al interés superior de la persona con discapacidad sobre la que se adopta la medida cautelar.

Ciertamente, la exigencia de que la medida cautelar deba resultar proporcionada y adecuada y de que, en su práctica, se hayan de respetar los derechos de quien la soporta no es exclusiva de los casos en que el sujeto pasivo de la misma esté incurso en situación de discapacidad³¹. Sí

³¹ Baste reparar, a este respecto, en lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 5.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Resultan muy interesantes, a este respecto, el Código Europeo de Ética Policial (Recomendación (2001) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 19 de septiembre de 2001) y las directrices contenidas en la *Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre, de la FGE, sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención*. Del mismo modo, el TEDH se ha pronunciado sobre la importancia de que la detención no atente contra la dignidad humana en los casos “Wieser contra

constituye una novedad -merecedora de una valoración favorable- que, expresamente, se exija la emisión de informes de especialistas, así como el papel que se reconoce a quien integre la institución de apoyo. Por otra parte, se alude, como criterio rector en la adopción de estas medidas, al “interés superior de la persona con discapacidad”³².

Una vez sentadas las bases de por dónde debe discurrir la adopción de esta clase de medidas, el Anteproyecto desciende a regular con detalle cómo ha de actuarse respecto de cada una de ellas en particular.

3.1. LA DETECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS INMEDIATAS Y PROVISIONALES

Atendiendo a la particular situación en que pudiera encontrarse una persona con discapacidad en el seno del proceso, en el ALECrIm se fomenta que dicha discapacidad sea advertida desde temprano momento por el fiscal o por la policía. Se pretende, en suma, que las actuaciones que sean necesarias -que reciben la denominación de “medidas inmediatas”- sean acordadas con prontitud. De esta manera, se da satisfacción a la regla cuarta de la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, que insiste en la necesidad de que la identificación de las personas con discapacidad se realice con especial diligencia.

Una vez que se ha verificado que el investigado en cuestión padece alguna discapacidad que pueda afectar a su participación eficaz en el proceso, la policía o el fiscal habrá de informarle de sus derechos procesales de un modo comprensible y realizar las averiguaciones que sean oportunas para determinar si tiene designada institución de apoyo. Si no existiera una persona nombrada, se garantizará la presencia de un familiar o alguien de su entorno que resulte idóneo a estos fines y con el que no tenga conflicto de intereses. Se le atenderá médica y psicológicamente, de ser preciso, garantizando el respeto a sus derechos, y se acordará que se valore por profesionales el

Austria” (22 de febrero de 2007, nº. 2293/03) y “Novak contra Croacia” (14 de junio de 2007, nº. 8883/04), accesibles en <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 9 de septiembre de 2021.

³² Vid., empleando este concepto, la STS 124/2018, de 7 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:732).

alcance e implicaciones de su discapacidad. Además, se exige que cualquier interrogatorio que se practique con esta persona sea videograbado³³.

Junto a las medidas inmediatas, que se contienen en el artículo 70 ALECrIm, en el artículo 71 se recoge la posible adopción de medidas de apoyo que denomina “*provisionales*”. Como en la Exposición de Motivos se afirma, se trata de verdaderas medidas cautelares que tratan de atender las necesidades derivadas de la discapacidad hasta que puedan adoptarse otras más estables. En todo caso, habrán de ser adoptadas judicialmente.

La norma se refiere a supuestos en que la autoridad judicial conozca que un encausado precisa medidas de apoyo debido a su discapacidad. De ser así, deberá adoptar de oficio cualquiera que resulte necesaria para salvaguardar su derecho de defensa. Además, informará al respecto al Ministerio Fiscal -que, igualmente, podrá (en las mismas circunstancias) solicitar la adopción judicial de dichas medidas-, con idea de que promueva el incidente para la adopción de medidas que contempla el artículo 72 ALECrIm.

Ha de tenerse presente, igualmente, que estas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento. Al igual que sucede en la adopción de medidas prevista en la Ley 8/2021, será preciso dar audiencia a los afectados, salvo que la urgencia de la situación lo impida.

3.3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

A) CONDICIONES PARA SU ADOPCIÓN Y PARA SU PRÁCTICA

Por lo que respecta a la detención³⁴, el artículo 73 ALECrIm determina, en primer lugar, que solo estará justificado proceder a la

³³ Lo que RAMÍREZ ORTIZ, José Luis; RUEDA SORIANO, Yolanda (El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020). *Diario La Ley*, n. 9815, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2021, p. 8) entienden que obedece a la finalidad de evitar que el interrogador pueda aprovecharse de los déficits cognitivos del interrogado para obtener una confesión. De esta manera, además, se desincentiva el uso de métodos coactivos y se garantiza la sujeción a las reglas del artículo 319.3 ALECrIm.

³⁴ Aunque el Anteproyecto la llama “preventiva”, nos agrada más el término “cautelar”, que evita cualquier confusión con la “custodia de seguridad”

detención de la persona con discapacidad cuando esta medida sea la *ultima ratio*, es decir, cuando no sea posible obtener su presencia a través de otros medios menos gravosos. El aseguramiento de tal presencia es, pues, la finalidad a que ha de atender esta medida³⁵.

Como actuación limitativa de derechos fundamentales que es, en todo caso -y no solo cuando se hablara de sujetos con discapacidad- habría de actuarse con mesura y cautela. Ante la comisión de un delito de detención ilegal, cabría instar un procedimiento de *habeas corpus*. Aunque la Ley Orgánica que lo regula³⁶ incluyó como sujetos legitimados para ello a los representantes legales de los incapacitados, hoy -abandonado el empleo de tal terminología- debería entenderse que esa legitimación correspondería a la persona designada como apoyo de la persona con discapacidad.

Si concurriera alguna de las circunstancias que fundamentan la práctica de una detención³⁷ -pues los motivos que justifican la detención de personas sin discapacidad permiten, asimismo, su práctica en el caso de personas en quienes sí concurre tal circunstancia-, el desarrollo de esta deberá tener en cuenta las especiales condiciones del detenido. Por tal causa, se dispone que habrán de adoptarse aquellas medidas de adecuación que resulten precisas. A pesar de que no se diga expresamente, creemos que en esta situación ha de extremarse el celo en que la persona afectada entienda convenientemente qué está sucediendo. Para ello, la información que se le brinde en este momento acerca de los motivos de la detención y de las consecuencias procesales de la misma ha de proporcionarse en términos que le resulten comprensibles³⁸.

El precepto en cuestión, al margen de esa declaración genérica, acierta a detallar que -junto a cualquier otra medida que pudiera

o *preventive detention* que, en algunos sistemas, se adopta en la sentencia de condena.

³⁵ GIMENO SENDRA, Vicente; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La detención* Barcelona: Bosch, 1977, p. 95.

³⁶ Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

³⁷ Detalladas en el artículo 190 ALECrim.

³⁸ De lo contrario, cabría que se produjera la nulidad de las actuaciones practicadas. Vid. RECOVER, Torcuato; DE ARAOZ, Inés. *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal*. Madrid: FEAPS, 2014, p. 43.

adoptarse- el detenido podrá hacerse acompañar de una persona de su confianza. Además, será necesario garantizar que la detención no va a suponer una interrupción del tratamiento que, en su caso, estuviera siguiéndose. A pesar de que no se trataría de una interrupción prolongada en el tiempo -habida cuenta de los límites temporales tan estrictos que rigen en cuanto a la duración de la detención-, habría que calibrar las consecuencias que comportaría para apreciar su conveniencia.

Aun cuando no se contemple en este mismo precepto -ni se haga referencia en él, como sería deseable-, el artículo 204 ALECrIm contiene una mención específica que resulta igualmente aplicable a la detención de la persona con discapacidad: se dispone que si el facultativo detectase alguna discapacidad, signos de trastorno psíquico, intoxicación o cualquier otra circunstancia que pueda dificultar la comprensión y participación eficaz del detenido en el proceso penal, lo hará constar en el parte. En tal caso, se entregará copia en sobre cerrado y sellado a las personas que lo custodien, pues una de sus funciones será³⁹ la de promover que se adopten medidas eficaces que permitan que la persona detenida con discapacidad comprenda y participe activamente en el proceso.

De igual modo, el artículo 199 ALECrIm introduce la figura del funcionario responsable de la custodia del detenido, entre cuyas funciones se incluye el que se asegure de que se adoptan las medidas legalmente previstas cuando se sospeche de que el detenido no puede comprender y participar eficazmente en el proceso debido a su discapacidad.

B) ¿ES POSIBLE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA?

La lectura de la regulación propuesta puede hacer surgir la duda de si es posible aplicar la detención incomunicada a personas con discapacidad.

Como es sabido, se trata de un régimen de detención muy restrictivo⁴⁰ que, como tal, ha de aplicarse con tanta prudencia como

³⁹ Según expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

⁴⁰ El artículo 520 *bis*, apartado segundo, de la LECrIm, prevé que se adopte la incomunicación de detenidos por su participación en delitos cometidos por bandas armadas o por individuos terroristas o rebeldes. Durante la incomunicación se restringen sustancialmente ciertos derechos del detenido: no

excepcionalidad. Llama la atención, en consecuencia, que en el Anteproyecto⁴¹ no solo no se incluya -en la línea de actuación que lo caracteriza- su expresa inaplicabilidad a estos supuestos, sino que se haya prescindido, incluso, de la prohibición de sujetar a este régimen a menores de dieciséis años⁴². Pese a ello, el imprescindible juicio de proporcionalidad que ha de acompañar a la adopción de una medida similar nos conducirá, inevitablemente, a rechazar su aplicación en estos supuestos.

3.4. LA LIBERTAD PROVISIONAL

La libertad provisional es una medida cautelar personal que, por la limitación de derechos que implica, se considera intermedia entre la prisión preventiva y la plena libertad⁴³. En la praxis, se trata de una medida a la que se recurre con bastante frecuencia, toda vez que no implica el ingreso en establecimiento alguno y supone, por tanto, un ahorro considerable de recursos.

cabrá contar con abogado de su elección (en todo caso, este será designado de oficio), no tendrá derecho a la comunicación a familiar o persona que se desee del hecho de la detención y del lugar de custodia en que se halle en cada momento, no podrá mantener comunicación con el exterior y no tendrá derecho a entrevista reservada con su abogado. Por supuesto, no se verán afectadas otras manifestaciones del derecho de defensa, como el derecho a ser informado de los hechos que se le imputan, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a ser asistido por intérprete y a ser reconocido por un médico. En todo caso, tratándose de una medida excepcional y limitativa de derechos, deberá justificarse su adopción en atención al principio de proporcionalidad.

⁴¹ Que regula la cuestión en los artículos 211 a 214.

⁴² Que fue una previsión introducida en el apartado cuarto del artículo 509 en virtud de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

⁴³ Vid., al respecto, MUÑOZ MUÑOZ, Sheila (Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una menor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo. In: *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 563-574) y RAMOS RUBIO, Carlos (Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional. In: *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, n. 4, 2003, pp. 745-784). Vid., igualmente, la STC 85/1989, de 10 de mayo.

Según señala el artículo 216 ALECrIm, se aplicará cuando existan indicios de participación en un delito y la medida sea necesaria para asegurar la disponibilidad del presunto responsable en el proceso. Del mismo modo, es también posible su adopción en atención a otros fines distintos: proteger los bienes jurídicos de la víctima o de terceros, evitar la continuidad delictiva o el aprovechamiento de sus efectos o asegurar otros fines legítimos.

En el artículo 74 ALECrIm se examina la aplicación de esta figura a la persona con discapacidad. En su último apartado alude a una novedosa figura que se contempla -no solo para situaciones de discapacidad- en el artículo 228 ALECrIm: la custodia⁴⁴. Su finalidad es muy amplia: se emplea para asegurar la presencia del encausado, proteger a terceros y evitar la reiteración delictiva.

Al igual que sucede con toda medida cautelar que implique una limitación de cualquier derecho personal del encausado, solo cabrá imponer la libertad provisional cuando no exista alguna otra medida que, siendo menos gravosa, contribuya al mismo resultado. Así será en todo caso, con independencia de que la persona sobre la que se imponga presente o no algún tipo de discapacidad.

La libertad provisional, como es sabido, suele comportar la imposición de obligaciones adicionales, contempladas en el ALECrIm en el artículo 217. En síntesis, consiste en el necesario cumplimiento de ciertos deberes (prestar caución, comunicar cambios de residencia, estar localizable y presentarse periódicamente, entre otras) y en el respeto de ciertas prohibiciones (siendo las más habituales las de ausentarse de un lugar, de comunicarse a ciertas personas o aproximarse a ellas).

Para el caso específico de que se adopte la medida respecto de una persona que presente alguna discapacidad, el Anteproyecto, en la línea que le caracteriza, establece unas previsiones especiales.

De este modo, como resulta lógico -y al igual que, como vimos, sucedía respecto de la detención- se exige que se valoren las circunstancias del afectado y, en particular, la repercusión que la adopción de la libertad provisional pudiera tener en el tratamiento que estuviera siguiendo.

⁴⁴ De haberse acordado, quien la haya asumido tendrá que comunicar las incidencias que se produzcan.

Es significativo, asimismo, que en el artículo 74 ALECRim se introduzca -junto a las ya referidas del artículo 217- una nueva obligación que, para estos casos, resultaría de enorme importancia: someterse a tratamiento médico o controles del mismo tipo. En la vigente LECrim no se establece, incomprensiblemente, previsión similar, por lo que hemos de valorar favorablemente su inclusión en el texto prelegislativo.

3.5 EL INTERNAMIENTO CAUTELAR EN ESTABLECIMIENTO ESPECIAL: MUCHAS LUCES Y ALGUNA SOMBRA

El artículo 75 ALECRim introduce una previsión del todo innovadora. Se plantea, por primera vez, una medida cautelar penal de internamiento⁴⁵ que tiene lugar no en un centro penitenciario, sino en otro de muy distinta naturaleza (psiquiátrico, de deshabitación o de educación especial). Es decir, se atiende a las especiales necesidades del sujeto pasivo para configurar, a su medida, esta nueva medida cautelar⁴⁶. De este modo, se trata de evitar que, ante la concurrencia de estas circunstancias, se acabe ingresando a la persona con discapacidad en prisión preventiva. Más aún, expresamente se prohíbe en dicho precepto que pueda acordarse prisión en esos casos.

El internamiento en esta clase de centros atiende al objetivo de que el encausado pueda recibir, mientras, un tratamiento acorde a sus necesidades. De hecho, la Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma que esta modalidad específica de internamiento cautelar que introduce asegurará la provisión de la atención médica y especializada necesaria.

⁴⁵ Distinta, por supuesto, de una medida de seguridad de internamiento, que ha de ser prevista en sentencia.

⁴⁶ En atención a las reclamaciones que venían haciendo la Fiscalía General del Estado (Memorias de los años 2001 y 2004) y un gran sector doctrinal (*vid.*, por todos, SANTOS REQUENA, Agustín Alejandro (*La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*. Granada: Comares, 2001) y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de Seguridad. In: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. 1997, II, p.185). Además, como destaca ARNÁIZ SERRANO, Amaya (Adecuación de las vigentes medidas..., *cit.*, p. 241), contemplar la imposición de un ingreso en centro psiquiátrico estaría en la línea de cuanto se prevé ya en países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Francia o Portugal).

Pese a lo loable del novedoso enfoque, creemos que lo determinante para optar por ese internamiento no tendría que ser que el delito se hubiera cometido estando incurso en una causa de exención de responsabilidad del artículo 20 CP⁴⁷, sino la existencia de una discapacidad que afectara a las facultades de la persona como si de una inimputabilidad se tratara. Ello haría preciso que se le diera un trato acorde a sus especiales necesidades, con independencia de si esta situación se hubo verificado con posterioridad a dicha comisión. La letra de la norma, además, excluye que pueda aplicarse esta medida a semiimputables⁴⁸, aunque su grado de discapacidad lo hiciera conveniente⁴⁹. Esta, sin duda, es la principal sombra que se cierne sobre esta destacable previsión.

En otro orden de consideraciones, y como resulta lógico, este internamiento está sujeto también al cumplimiento de ciertas exigencias. Así, deberán concurrir tanto los requisitos como las finalidades que se exigen para la prisión provisional⁵⁰, y también los plazos, posibles prórrogas y abono del tiempo transcurrido en el internamiento se ajustarán a lo que la propia LECrim prevé para aquella.

La norma proyectada requiere, asimismo, que antes de acordar ese internamiento se celebre una comparecencia -lo que, por otra parte, se exige siempre que se formule una solicitud de adopción o de prórroga de una medida cautelar personal- a la que, necesariamente, deben acudir el Ministerio Fiscal y la persona respecto de la que se haya instado la medida, asistida de abogado. A pesar de que no se especifique, a esa

⁴⁷ El artículo 75 alude, expresamente, a que existan racionales de que el encausado *cometió el hecho* concurriendo alguna de las eximentes previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP.

⁴⁸ El artículo 75 no deja margen a la duda, pues se refiere a casos en que solo quepa aplicación de medida de seguridad, lo que implica una plena exención de responsabilidad penal. La observación psiquiátrica, en cambio, se prevé también para casos de semiimputabilidad (en los que solo cabría la imposición de una prisión provisional atenuada o la pura y simple prisión provisional).

⁴⁹ Para estos casos, cabría recurrir a la prisión atenuada, aunque el carácter tuitivo de una y otra figura no resulta equiparable. Nos remitimos, a este respecto, a la lectura de los artículos 76 y 255 del ALECRim.

⁵⁰ De acuerdo con los artículos 246 a 248 ALECRim.

comparecencia habrá de acudir también la persona o institución que tenga atribuidas las funciones de apoyo a la persona con discapacidad.

Es igualmente reseñable que, aparte de contemplarse en qué hipótesis y de qué manera puede aplicarse esta medida cautelar, se incluyan ciertas reglas enfocadas al control de su práctica. De este modo, el artículo 76 ALECRim dispone que habrá de revisarse periódicamente⁵¹, del mismo modo en que se hace con la prisión provisional y la orden de protección. Se añade, además, que en cada una de estas revisiones deberán aportarse los informes médicos pertinentes para la evaluación de su situación.

No satisfecho con esta exigencia, en el Anteproyecto se ha optado por especificar -quizás, hasta un punto más propio de un Reglamento de desarrollo que de una ley- cuál debería ser el contenido necesario de dichos informes⁵².

Incluso estando interno en un establecimiento de estas características, se permite que -bien de manera puntual, o bien de acuerdo con un plan trazado por el equipo de especialistas a cargo del afectado- se realicen salidas fuera del centro. Para que ello sea posible, habrá de oírse previamente al Ministerio Fiscal, al abogado del afectado y a quien ejerza su representación o asistencia.

El apartado 3 del artículo 77 ALECRim regula los casos en que, recurrida una sentencia que imponga una medida de seguridad privativa de libertad, se deba aplicar, mientras se resuelven los recursos, una medida cautelar. En estas hipótesis, es claro que procedería acordar el internamiento cautelar en centro especial, que podría alargarse hasta la mitad de la duración de la medida privativa de libertad que se hubiera impuesto en la sentencia en cuestión.

⁵¹ Cada tres meses, de acuerdo con el artículo 270 ALECRim. La ausencia de revisión implicaría una vulneración del artículo 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵² Su contenido necesario habrá de ser: a) el diagnóstico y la evolución observada en el tratamiento; b) el juicio de pronóstico que se formula; c) la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento; d) la necesidad de separación o traslado a otro establecimiento o unidad psiquiátrica; e) el programa de rehabilitación; f) la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida del centro (artículo 76.2 ALECRim).

A pesar de que, como vimos, el prelegislador ha procedido a acotar los supuestos de aplicación de esta medida para evitar posibles problemas, hay algunas cuestiones que son susceptibles, aún, de generarlos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que, apreciada *a priori* una situación de inimputabilidad que, previsiblemente, vaya a dar como resultado la imposición de una medida de seguridad, se demuestre en el juicio oral la imputabilidad del sujeto en cuestión. Al margen de los problemas a que podría dar lugar el abono del tiempo transcurrido en ese internamiento especial a la pena impuesta en sentencia, nos encontraríamos⁵³ con que se ha estado imponiendo un tratamiento (psicológico, psiquiátrico, médico-farmacológico...) a quien estaba en el pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas. Sin duda, no se trata de un problema menor, y ha de ser debidamente valorado al abordar la tutela cautelar de estos supuestos.

3.6 LA PRISIÓN PROVISIONAL DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Aunque no deseable, es posible que una persona con una discapacidad que pase inadvertida termine cumpliendo una medida cautelar de prisión preventiva.

No es extraño, de hecho, que esa situación se observe en la actualidad, estando aún vigente la LECrim de 1882 que -como hemos subrayado- no se caracteriza por su especial sensibilidad hacia los supuestos de discapacidad.

Precisamente por eso, constituye una acertada novedad que el Anteproyecto de 2020 incluya, por fin, el internamiento cautelar en centro especial. Aún más atinado es que se incorpore una vía que permita

⁵³ Como bien destaca PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo (Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes, durante y después del procedimiento penal. *Diario La Ley*, n. 9699, pp. 7-8, 18 de septiembre de 2020). Propone, por ello, no dar comienzo al tratamiento hasta que recaiga una declaración firme de la inimputabilidad del sujeto que se verá sometido a él. En similar sentido, LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos (Medidas cautelares..., *cit.*, pp. 100 y 101) alerta de lo difícil que es afirmar con rotundidad que se está ante un inimputable en fase de instrucción.

sustituir una entrada en prisión preventiva que ya se hubiera producido por esta nueva medida de internamiento.

En concreto, el artículo 77 del Anteproyecto permite que, una vez acordado el ingreso en prisión preventiva, si se conociera que a esa persona le correspondería una exención completa de responsabilidad penal (números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP), habría de decidirse (tras la celebración de una comparecencia⁵⁴) entre dejarlo en libertad⁵⁵ o internarlo cautelarmente en uno de esos establecimientos especiales.

Reiteramos, llegados a este punto, que creemos que lo idóneo hubiera sido que esta solución se aplicase no solo a quienes aparecieran exentos de responsabilidad penal por haber cometido el delito en esas condiciones que detalla el artículo 20 CP, sino también a cualquier persona con discapacidad, en el sentido en que lo entiende el propio Anteproyecto, esto es: persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales (artículo 61 ALECRim).

El apartado primero del artículo 77 del Anteproyecto prevé la situación inversa a la expuesta *retro*: cumpliéndose una medida cautelar de internamiento en establecimiento especial, es impuesta una medida de prisión preventiva atenuada⁵⁶. La norma, en este punto, es excesivamente parca. Se limita a exponer que ese cambio tendrá lugar “si las circunstancias así lo requirieran”. A nuestro juicio, puesto que la medida de internamiento especial solo se prevé para casos de plena inimputabilidad, habría de tratarse de que, de alguna manera, quedara acreditado que aquella no concurre. Pudiera tratarse, por ejemplo, de un supuesto de semiimputabilidad, que no permite la adopción de esta medida especial pero sí aconseja el recurso a la prisión provisional atenuada.

⁵⁴ No se especifica quiénes debieran acudir a la misma.

⁵⁵ Con independencia de que pudieran adoptarse otras medidas cautelares.

⁵⁶ Medida que será examinada a continuación.

3.7. LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN ATENUADA

La medida cautelar de prisión atenuada no es, en sí, una novedad del Anteproyecto. Sí lo es, en cambio, el tratamiento que en él se le da.

En la actual LECrim, (artículo 508) se permite que se acuerde “por razón de enfermedad”, cuando el internamiento en un régimen normal de prisión preventiva pudiera suponer un riesgo grave para su salud. En este caso, la medida se cumpliría en su propio domicilio. Asimismo, es posible su adopción cuando el afectado estuviera siguiendo un tratamiento de desintoxicación o deshabitación y ese ingreso pudiera malograrlo. Por tal causa, se prevé que se cumpla en otro centro donde pueda continuar con dicho tratamiento. Como se observará, en ningún momento se contempla que sea una situación de discapacidad la que pueda justificar esa distinta respuesta.

En el Anteproyecto de LECrim que venimos examinando, aun siendo su regulación mucho más prolija⁵⁷ en este punto -en ella, se lleva a cabo una regulación de supuestos ordinarios junto con otros especiales-, realmente no se especifica que este régimen atenuado de prisión provisional sea aplicable a los casos de discapacidad en el sentido en que la entiende el Anteproyecto⁵⁸. Sin embargo, creemos que podría recurrirse a esta vía en virtud de lo dispuesto en el artículo 255.1, que permite que la prisión provisional atenuada se cumpla, en interés de la salud de la persona, en centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial de carácter público o privado. Puesto que la medida cautelar de internamiento en centro especial se contempla únicamente -como decíamos- para los casos de exención plena de responsabilidad, esta otra medida podría revestir especial utilidad para los casos de semiimputabilidad.

3.8. LA OBSERVACIÓN PSIQUIÁTRICA PARA DETERMINAR LAS CONDICIONES DEL ENCAUSADO

Aunque no se establezca con claridad en el Anteproyecto cuál es su vínculo con la adopción de las medidas cautelares provisionales

⁵⁷ En la línea de cuanto ya contempló el Anteproyecto de LECrim de 2011.

⁵⁸ Como vimos, en su artículo 61.

que acabamos de examinar, lo cierto es que la observación psiquiátrica⁵⁹ que se contempla en el artículo 331 del Anteproyecto presenta una utilidad evidente para la determinación de las condiciones en que se encuentre el encausado y, en consecuencia, para la adecuación de tales medidas a dichas condiciones. También, por supuesto, podrá servir de fundamento para la adopción de cualquier medida cautelar personal de las recogidas en el Anteproyecto⁶⁰ (artículos 73 a 78). De hecho, en el artículo 333 se especifica que, como consecuencia del dictamen que se dicte a resultas de la práctica de la observación, podrán instarse las medidas cautelares que procedan.

A diferencia de cuanto vimos respecto de las medidas que el Anteproyecto denomina “inmediatas”, el recurso a esta diligencia no puede responder a la iniciativa policial. En aquel temprano momento, como vimos, la policía sí podía, *motu proprio*, acordar que se realizara un reconocimiento médico o psicológico por los facultativos de la clínica médico-forense, a fin de identificar la discapacidad, alcance y necesidades específicas de la persona de que se tratase (artículo 70.1 d) ALECRim). Sin embargo, la diligencia de observación psiquiátrica ha de ser solicitada por el fiscal o por el juez⁶¹. No estaría de más que existiera una mejor coordinación y armonización en el texto prelegislativo, que facilitara el entendimiento de en qué casos y bajo qué circunstancias sería procedente hacer uso de una u otra actuación.

Calificada en la Exposición de Motivos del mismo Anteproyecto como “diligencia de investigación”⁶², persigue una doble finalidad: “determinar la imputabilidad penal de la persona sometida a investigación

⁵⁹ Inspirada claramente en la Ordenanza procesal alemana.

⁶⁰ Con las adaptaciones pertinentes en caso de que la discapacidad lo requiera, como se verá. Mediante esta diligencia se evita que se recurra a la prisión para practicar la observación médico-forense como ya denunciaba FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal. *La Ley*, n. 4679, p. 5, 2001).

⁶¹ Siempre que se pueda realizar en régimen ambulatorio, podrá ser ordenada por el fiscal. Si su realización precisa de observación continuada y, por tanto, de internamiento (que no podría exceder de treinta días), será necesaria autorización judicial.

⁶² Al igual que se considera la prevista en el actual artículo 381 LECrim. Vid. LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos. Medidas cautelares..., *cit.*, p. 103.

y evaluar su capacidad de ser sometida al proceso”. Ya tuvimos oportunidad de exponer, en páginas precedentes, que el empleo del término “imputabilidad penal” a este respecto no nos parece el más adecuado, pues sería perfectamente posible que una persona con discapacidad precisara de la adopción de una medida cautelar acorde a sus especiales necesidades y, en cambio, su discapacidad no fuera determinante de su inimputabilidad. En definitiva, como se dijo, pueden convivir en una misma persona la condición de persona con discapacidad y la de responsable penal (total o parcialmente).

Ciñéndonos ahora a la figura de la observación psiquiátrica, creemos que su práctica debiera proceder siempre que se apreciara la concurrencia en el sujeto pasivo del proceso de circunstancias que afectaran a su capacidad de comprender lo que sucede en el mismo. Sería indiferente, pues, que esas circunstancias hubieran concurrido en el momento de la comisión del delito (que es lo que exige, literalmente, el precepto que regula esta diligencia⁶³) o que hubieran sobrevenido con posterioridad. Aunque la primera circunstancia sería determinante para apreciar la existencia de imputabilidad⁶⁴, no lo sería para determinar la concurrencia de capacidad procesal -que es otra de las finalidades que, expresamente, se aparejan a la práctica de la observación psiquiátrica- que, como presupuesto procesal, ha de persistir durante toda la tramitación del proceso.

CONSIDERACIONES FINALES

El Anteproyecto de LECrim de 2020 ha visto la luz en un contexto histórico en el que, de forma inusual, el legislador español ha mostrado especial sensibilidad hacia la figura de la persona con discapacidad.

Tras las recientes reformas llevadas a cabo en la legislación civil -sustantiva y adjetiva-, que han supuesto una auténtica revolución en la materia, hemos de congratularnos de que se haya abordado esta

⁶³ O, como vimos, lo que recoge el artículo 75, que regula el internamiento cautelar en establecimiento especial.

⁶⁴ Total o parcial, pues el artículo 331 alude también a la imposición previsible de pena en estos casos, lo que evidencia que se refiere a una exención de responsabilidad penal solo parcial.

cuestión, también, en el plano procesal penal. Dentro de ese marco, la tutela cautelar penal del incurso en situación de discapacidad requería, especialmente, de una regulación acorde a estos nuevos postulados. A lo largo del presente trabajo nos hemos planteado si la norma proyectada satisface de manera adecuada las expectativas depositadas a este respecto.

En consonancia, ahora, con diversas disposiciones internacionales y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cierto es que el Anteproyecto trata de subsanar el principal problema que se detectaba en este ámbito: la ausencia de previsión como medida cautelar del tratamiento o el internamiento psiquiátricos. Como es sabido, esta situación daba lugar, en la praxis, a la indebida aplicación de prisión preventiva para estos casos.

Las consecuencias favorables que se derivan de la previsión de un estatuto integral de la persona con discapacidad en el orden jurisdiccional penal son numerosas: la exigencia de adaptaciones del procedimiento, el fomento de la pronta detección del problema y de la adopción inmediata de medidas, la introducción de la diligencia de observación psiquiátrica, la incorporación de un tratamiento de la prisión atenuada más adecuado o la exigencia de que se valoren las consecuencias de la interrupción del tratamiento que se siga para determinar la proporcionalidad de la adopción de la cautela. A pesar de lo expuesto, un estudio crítico de la norma proyectada obliga a destacar, igualmente, las limitaciones que presenta.

Discrepamos, especialmente, de la propia redacción de algunos de los preceptos que la integran. Lejos de lo que pudiera parecer, no se trata de una mera cuestión terminológica; las consecuencias prácticas son notables.

Así, mientras que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se afirma que se ha incorporado una regulación completa del régimen especial de las medidas cautelares en caso de discapacidad, lo cierto es que hay importantes previsiones que solo se contemplan para los supuestos en que esa discapacidad produce una situación de plena inimputabilidad. De este modo sucede, por ejemplo, respecto de la que, consideramos, es la medida más reseñable de todas las que incorpora: el internamiento cautelar en centro especial.

También la observación psiquiátrica se contempla en términos similares. A nuestro juicio, creemos que debe proceder cuando se aprecie la presencia en el sujeto pasivo del proceso de circunstancias que afecten a

su capacidad de comprender lo que sucede en el mismo, con independencia de que estas hubieran concurrido en el momento de la comisión del delito o hubieran surgido posteriormente. Ciertamente, de la primera circunstancia dependería que se apreciara la existencia de imputabilidad. Sin embargo, la segunda sería de utilidad para determinar la concurrencia de capacidad procesal.

Encontramos, en conclusión, una indeseable diferenciación entre dos niveles distintos de tutela cautelar de la persona con discapacidad: uno, en el que se encontrarían los inimputables, y otro, que correspondería a aquellos sujetos que -aun presentando una discapacidad acusada- no estén incurso en causa de exención de responsabilidad penal porque, por ejemplo, hubieran cometido el delito en plenitud de facultades y hubiera sido posteriormente cuando se hubiera incurrido en tal situación. Para estos casos, únicamente cabría la aplicación de la prisión provisional atenuada.

BIBLIOGRAFÍA

ARNÁIZ SERRANO, Amaya. Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

BEIZAMA BERGARA, Yenai; GARCÍA LUENGO, Iune; ALMENARA CÓRDOVA, Mercedes Elinor; LARRAÑAGA TOSAT, Leyre; ROMERO BÁEZ, Anabel; HORCAJO GIL, Pedro José. El delincuente con discapacidad intelectual: reflexiones psicojurídicas sobre su responsabilidad criminal y las medidas de seguridad. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, v.16, 2016, pp. 97-113.

BLÁZQUEZ MARTÍN, R. El tratamiento de la discapacidad en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, n. 9327, 2018.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. Discapacidad y privación de la libertad. *Derechos y Libertades*, n. 32, época II, enero 2015, pp. 163-203.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal. *La Ley*, n. 4679/2001, pp. 998-1026.

GIMENO SENDRA, Vicente; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La detención*. Barcelona: Bosch, 1977.

GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, Marta. Derechos de la persona con discapacidad y la detención. In: ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana (coord.). *Los*

llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica. Madrid: Reus, 2020, pp. 31-52.

GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa. Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

LILLO ROLDÁN Rafael. Procedencia de las medidas cautelares en caso de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos. Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal. In: *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, I-2006.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio. *Diario La Ley*, 8 de julio de 2013.

MIKONWITZ, Tina. Why Mental Health Laws Contravene the CRPD - An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties, 2011. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1928600>. Acceso en: 11 de septiembre de 2021.

MUÑOZ MUÑOZ, Sheila. Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una menor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo. In: *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 563-574.

NISTAL BURÓN, Javier. El internamiento cautelar de personas que no siendo penalmente responsables están sujetas a proceso a efectos de la imposición eventual de una medida de seguridad privativa de libertad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, mayo 2016, pp. 119-128.

ORTELLS RAMOS, Manuel. Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pp. 439-489.

PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo. "Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes, durante y después del procedimiento penal". *Diario La Ley*, n. 9699, 18 de septiembre de 2020, pp- 1-15.

PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia. Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc. Acceso en: 11 de septiembre de 2021.

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis; RUEDA SORIANO, Yolanda. El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020). *Diario La Ley*, n. 9815, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2021, pp. 1-21.

RAMOS RUBIO, Carlos. Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional. *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, n. 4, 2003, pp. 745-784.

RECOVER, Torcuato; DE ARAOZ, Inés. *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal*. Madrid: FEAPS, 2014.

ROLDÁN, Horacio. ¿Adónde van los enfermos mentales que cometen delitos? *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 5, 2019, pp. 1-19.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 15/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 18/07/2021
- Review 1: 30/07/2021
- Review 2: 01/08/2021
- Review 3: 05/08/2021
- Preliminary editorial decision: 01/09/2021
- Correction round return: 14/09/2021
- Final editorial decision: 01/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MARTÍN-RÍOS, Pilar. La necesidad de prever medidas cautelares ad hoc para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrim 2020. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1751-1782, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.616>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


La vittima nel procedimento *de libertate*: i precari equilibri di un nuovo protagonismo ancora troppo poco meditato

*The crime victim in bail proceedings: the uncertain
balance of a new but still unmeditated protagonism*

Lina Caraceni¹

Università degli Studi di Macerata, Italia

lina.caraceni@unimc.it

 <https://orcid.org/0000-0002-8433-5427>

ABSTRACT: *Una nuova sensibilità per le istanze di cui è portatrice la vittima del reato ha determinato un rafforzamento del suo ruolo nell'ambito del procedimento penale in una duplice dimensione: come destinataria di misure atte a proteggerla nel processo (vittimizzazione reiterata) e dal processo (vittimizzazione secondaria) e come soggetto attivo, capace di esercitare diritti e facoltà a tutela della propria integrità psico-fisica. E il sistema di protezione è stato costruito guardando prioritariamente alle vittime vulnerabili, nel perimetro delle indicazioni fornite dal diritto dell'Unione europea. I principali interventi di riforma hanno interessato la materia cautelare: sono state introdotte misure pro vittima (gli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p.) ed è stato riconosciuto alla persona offesa un diritto all'informazione sull'evoluzione dello status custodiae dell'accusato (artt. 90-ter, 282-quater e 299 comma 2-bis c.p.p.) a cui è associato un diritto di interlocuzione nel procedimento per la revoca e la sostituzione di una misura cautelare (artt. 299 commi 3 e 4-bis c.p.p.). L'analisi sarà condotta su questo secondo aspetto,*

¹ Professore associato di diritto processuale penale nell'Università di Macerata, dove insegna Diritto processuale penale e Diritto penitenziario. Ha conseguito un PhD in Diritto processuale penale ed indirizzato i suoi studi sui temi del carcere, della tutela dei soggetti deboli e del diritto probatorio. Autrice di saggi, articoli e monografie, ha pubblicato *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale* (Giuffrè, 2007) e curato *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni. Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121* (con M.G. Coppetta, Giapichelli, 2019). È stata componente del tavolo XII degli Stati generali dell'esecuzione penale e della Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile.

evidenziando che si è trattato di scelte normative che assegnano alla vittima un nuovo protagonismo sulla scena processuale. Peccato che la traduzione normativa di tali intendimenti non abbia sortito gli effetti sperati: un lessico giuridico non sempre impeccabile, unito ad una scarsa sistematicità di novelle ripetute, non soltanto mettono in discussione l'obiettivo di protezione della vittima, ma rischiano anche di neutralizzare quel sistema di garanzie per l'accusato su cui si regge il procedimento cautelare.

PAROLE CHIAVE: Vittima; Protezione; Procedimento cautelare; Diritto all'informazione; Diritto di intervento; Procedimento di revoca.

ABSTRACT: *A renewed attention on the crime victim's issues has led to strengthen her/his role in criminal proceedings in two dimensions: as holder of the right to be protected in the process (repeated victimization) and from the process (secondary victimization) and as an active subject, capable of exercising rights and faculties to protect her/his psycho-physical integrity. The protection system was built on vulnerable victims, taking into account the indications of European Union law. The main reform has seen the introduction of pro victima measures in the pre-trial stage (artt. 282-bis and 282-ter c.p.p.) and the victim right to information on the evolution of the custody status of the accused (artt. 90-ter, 282-quater and 299 paragraph 2-bis c.p.p.) which is associated with a right to participate in the procedures for the enforcement and disposal of the measures (artt. 299 paragraph 3 and 4-bis c.p.p.). The analysis will focus on this second aspect, highlighting that the procedural law gives a new key role to the victim. Unfortunately, the hoped-for results have not been achieved: unclear legal language and lack of coordination between the various reforms have compromised the goal of protecting the victim and have introduced the risk that guarantees provided to the accused in the decision-making procedures about her/his personal liberty will be neutralized.*

KEYWORDS: *Crime victim; Protection; Bail proceedings; Right to information; Right to participate; Personal liberty of the accused person.*

SOMMARIO: 1. Breve premessa definitoria e quadro normativo di riferimento. – 2. Il diritto all'informazione sull'evoluzione dello *status custodiae*: significati e ambito di applicazione. – 3. La duplice dimensione della comunicazione "rafforzata" alla persona offesa. – 4. Natura e ampiezza dell'intervento della vittima nel procedimento di revoca delle misure. – 5. I riflessi della disciplina sui diritti di libertà del soggetto *in vinculis*. – 6. Conclusioni: prospettive di riforma.

1. BREVE PREMessa DEFINITORIA E QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.

In anni recenti, una marcata sensibilità per gli interessi di cui è portatrice la vittima del reato ha contribuito a rimodellare il processo penale, in particolare il ruolo assegnato ai suoi protagonisti e ha consentito all'“attore privato” di uscire dal cono d'ombra dell'egemone figura dell'accusatore pubblico in cui per secoli è stato relegato², mostrandosi con il volto fragile, sofferente di una persona “in carne ed ossa” che rivendica attenzione e chiede garanzie per i propri diritti³. Si tratta di approdi normativi attinti sotto la spinta di una mutata temperie culturale, favorita da una vivace legislazione europea⁴ che si è assunta l'arduo compito di governare il processo di rafforzamento di una comune politica criminale tesa a valorizzare le istanze (anche private) di chi subisce le conseguenze del reato⁵.

² Cfr. LUPARIA, Luca, Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 20 ss.; VENTUROLI, Marco, La tutela della vittima nelle fonti europee, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 3-4, p. 86 ss.

³ GUERRA, Mariaemuela, Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2537.

⁴ La più recente prospettiva vittimologica rintracciabile nella normativa continentale, che molto ha influito su quella nazionale, inizia con la decisione quadro 2001/220/GAI (assunta dal Consiglio d'Europa il 15 marzo 2001) e si compie con la direttiva 2012/29/UE (adottata dal Parlamento e dal Consiglio d'Europa il 25 ottobre 2012), alla quale va assegnato il merito di aver composto un organico corredo di diritti e garanzie, cui gli ordinamenti nazionali debbono dare attuazione, per consentire alla vittima di svolgere un ruolo effettivo e adeguato nelle dinamiche dell'accertamento penale e ricevere un trattamento in grado di salvaguardarne la dignità. La direttiva 2012/29/UE è stata recepita in Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. In argomento, ALLEGREZZA, Silvia, Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di LUPARIA, Luca, Padova, 2015, p. 3 ss.

⁵ Per la direttiva 2012/29/UE è vittima sia «la persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», sia il «familiare di una persona la cui

Peraltro, questo percorso non è stato così lineare come potrebbe apparire; anzi in maniera rapsodica a guadagnare l'attenzione legislativa sono stati particolari soggetti che, per le loro caratteristiche personali o per la cifra criminale dei reati commessi nei loro confronti, chiedevano di occupare sulla scena processuale uno spazio più consono a soddisfare i loro bisogni⁶. Lo statuto europeo della vittima (che ritroviamo nella direttiva 2012/29/UE) è stato costruito partendo da chi, nella politica penale continentale di questi anni, ha rappresentato la priorità delle priorità: «le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità»⁷. In particolare, è la lotta a reati particolarmente odiosi come quelli che attentano all'integrità psicofisica e alla libertà sessuale di donne e minori ad aver catturato l'attenzione del nomoteta europeo,

morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona».

⁶ Si tratta delle vittime vulnerabili, anche se la categoria è di difficile inquadramento, stante la mancanza di una nozione normativa condivisa: BUZZELLI, Silvia, La fragilità probatoria del dichiarante minorenni e la giustizia penale in Europa, in CESARI, Claudia (a cura di), *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, Milano, 2015, p. 1 ss.

Nutrito l'elenco delle iniziative legislative europee volte a rivalutare la figura dell'offeso e il suo ruolo processuale partendo dai vulnerabili: la Convenzione di Lanzarote sulla *protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali*, siglata il 25 ottobre 2007 (l'Italia ha provveduto al recepimento con la l. 1^o ottobre 2012, n. 172) e la Convenzione di Istanbul sulla *prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*, firmata l'11 maggio 2011 (l'Italia ha provveduto alla ratifica con la l. 27 giugno 2013, n. 77). E non vanno dimenticate le direttive del Consiglio d'Europa: la 2011/36/UE del 5 aprile 2011, relativa alla *prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, la 2011/92/UE del 13 dicembre 2011, riguardante *la lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile* e la 2011/99/UE del 13 dicembre 2011 sull'*ordine di protezione europeo*. Per una ricostruzione della legislazione europea sul punto, VENTUROLI, Marco, La tutela della vittima nelle fonti europee, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 3-4, p. 86 ss., nonché SECHI, Paola, Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale, in *Cass. pen.*, 2017, p. 850 ss. e 1236 ss.

⁷ Art. 22 comma 3 direttiva 2012/29/UE. Sul punto, GIALUZ, Mitja, Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 60

una sfida combattuta a suon di ripetuti e, a volte, sovrapposti interventi che hanno guardato ora ai diritti individuali, ora ai bisogni di protezione, ora alle istanze di partecipazione al processo penale, smarrendo non di rado quello sguardo d'insieme, quella sistematicità che non può mancare quando si ha l'ambizione di "armonizzare" sistemi giuridici differenti, di dettare prescrizioni comuni e vincolanti per gli ordinamenti statuali⁸.

E le ricadute sul fronte interno non si sono fatte attendere: la nostrana legislazione penale, chiamata ad attuare quelle indicazioni, ha dato vita a interventi altrettanto rapsodici – e non sempre in perfetta consonanza –, con conseguenti problemi di organicità e applicazione generalizzata⁹ che non si può dire abbiano contribuito efficacemente a rafforzare la posizione della vittima in quanto tale, non identificata cioè da una "particolare etichetta". E già nella trama normativa del codice di procedura penale del 1988 la vittima non brillava per protagonismo, malgrado vi fosse stata, quantomeno dal punto di vista lessicale, una chiara scelta di campo nella definizione del suo *status*. Si era optato per l'uso della locuzione «persona offesa», perché sembrava meglio identificare la dimensione giuridico-soggettiva di cui gode chi subisce l'aggressione al bene protetto: non soltanto una persona bisognevole di tutela (una vittima appunto), ma un soggetto titolare di diritti e aspettative al quale l'ordinamento riconosce un preciso ruolo nell'accertamento della condotta lesiva. Peccato che l'espressione sia rimasta vanamente declamatoria, non corrispondendo ad essa uno strumentario processuale in grado di assicurare una partecipazione tale da rendere effettiva la salvaguardia della propria posizione giuridica¹⁰.

⁸ ALLEGREZZA, Silvia, La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 5.

⁹ IASEVOLI, Clelia, Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 1392.

¹⁰ E a proposito della confusione che regna sul ruolo dell'offeso nel rito penale, si segnala l'espressione impiegata nell'art. 282-*quater* c.p.p. (e già apparsa nell'art. 472 comma 3-*bis* c.p.p.): nell'assolvimento del dovere di comunicazione dell'evolvere dello *status* cautelare dell'accusato il destinatario viene identificato come «parte offesa», quando la vittima, in senso tecnico, parte può esserlo soltanto con la costituzione di parte civile e dunque, vantando un diritto alla restituzione o al risarcimento del danno. Un infortunio semantico

Certo, rispetto al passato crescono i diritti processuali della vittima, perché si ampliano gli interessi di cui è portatrice: non soltanto (come da tradizione) contribuisce all'accertamento del reato e alla punizione del reo, ma ambisce a difendere per il tramite del processo penale anche la propria persona¹¹. Tre le direttrici che ne hanno disegnato il nuovo ruolo: partecipazione ai percorsi di *diversion*¹² e/o “ristorativi”¹³; informazione e misure di sostegno in snodi cruciali del procedimento penale¹⁴; protezione nel processo da possibili fenomeni di vittimizzazione primaria (pericoli che possono di nuovo provenire dal presunto autore del reato) e protezione dal processo e da ogni forma di vittimizzazione secondaria (ripercussioni negative nel momento in cui l'offeso è chiamato a fornire il suo contributo all'accertamento penale)¹⁵.

Nei più recenti interventi normativi, quelli più marcatamente rivolti alle vittime vulnerabili, il processo penale è diventato il terreno elettivo di protezione dell'offeso, orientando così la giurisdizione penale «verso funzioni di controllo sociale, o meglio, di garanzia di solidarietà

che nulla aggiunge ai diritti e alle facoltà che come persona offesa può esercitare. Cfr. DI NUZZO, Viviana, Giudizio cautelare e tutela della persona offesa, tra istanze di protezione e prospettive di partecipazione attiva, in *Legislaz. pen.*, 29.7.2020, p. 5.

¹¹ RECCHIONE, Sandra, La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti “eventuali”, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2017, p. 1.

¹² Per un approfondimento, v. ORLANDI, Renzo, I diritti della vittima in alcune particolari modalità di definizione del rito penale, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 167 ss.

¹³ PATANÈ, Vania, Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 545 ss.

¹⁴ Privilegiato il terreno della fase investigativa e della vicenda *de libertate*: v., anche per gli accenti critici, PAULESU, Pier Paolo, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele), in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 134 ss.

¹⁵ Sulla classificazione delle forme di vittimizzazione, VENTUROLI, Marco, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, pp. 51 ss.

sociale, che istituzionalmente non le appartengono»¹⁶. Gli strumenti dell'accertamento penale, che sulla carta vengono forgiati, aggiustati e sagomati per perseguire il nobile intento di proteggere i più deboli da deplorevoli condotte violente, sottotraccia sono piegati alla soddisfazione di istanze (nemmeno tanto nascoste) di difesa sociale. Indicativo, in tal senso, il preambolo del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, la novella di interesse ai nostri fini, quella che più di altre ha riscritto la disciplina del procedimento cautelare nel segno delle vittime di violenza domestica e di genere¹⁷: per il legislatore «il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato rendono necessari interventi urgenti miranti ad inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica [...]». Le espressioni «allarme sociale», «finalità dissuasive» e «misure di prevenzione» svelano le reali ragioni della novella.

Evidente il rischio che si corre: che la vittima venga processualmente “piegata” al conseguimento di obiettivi politici che poco hanno a che fare con la sua promozione quale soggetto portatore di interessi, aspettative di natura giudiziale. Questo approccio è oltremodo manifesto proprio in materia *de libertate*, dove l'apparato della coercizione *ante iudicatum* viene sovente strumentalmente utilizzato dal legislatore dell'emergenza per sedare l'impatto emotivo del reato sulla vittima e di riflesso (qui si rivela l'interesse politico) sulla collettività, perché consente di rispondere fin da subito all'ansia di giustizia dei consociati che chiedono risultati rapidi ed esemplari, poco importa se ottenuti ricorrendo ad anticipati surrogati punitivi – le misure cautelari appunto, magari nella forma più emblematica e rassicurante del carcere¹⁸ – distorti perciò dalla loro naturale

¹⁶ PAULESU, Pier Paolo, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele), in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 133.

¹⁷ Il d.l. 93/2013, *recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere*, è stato conv. nella l. 16 agosto 2013, n. 119.

¹⁸ LORUSSO, Sergio, Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 883.

funzione di rimedi contro i *pericula* che possono mettere in discussione l'accertamento penale, nel rispetto della presunzione di non colpevolezza e della inviolabilità della libertà personale dell'accusato¹⁹.

Ci si muove su un crinale davvero impervio, poiché un sistema che si sofferma a guardare con troppa insistenza agli interessi giuridici della vittima rischia di perdere di vista quelli dell'imputato: eventuali derive "vittimocentriche", in epoca di populismo penale, non solo non darebbero soddisfazione alle legittime attese delle persone offese, ma vieppiù «potrebbero risultare, per l'imputato, irragionevolmente inique e, comunque, costituzionalmente eccezionali»²⁰.

Non si può negare che alcuni degli interventi normativi operati sul terreno delle misure cautelari rappresentino un deciso passo avanti per il rafforzamento della posizione della vittima, soprattutto sul versante dei suoi bisogni di protezione²¹; protezione declinata in un duplice significato: l'uno, in una dimensione criminologica, guarda all'offeso come soggetto passivo, destinatario di interventi miranti a salvaguardarne l'integrità psico-fisica (si veda l'introduzione delle misure cautelari di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p.)²²; l'altro, riconducibile ad una logica più

¹⁹ MORELLI, Francesco, Commento all'art. 9 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, in *Legislaz. pen.*, 2009, p. 509.

²⁰ PAULESU, Pier Paolo, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele), in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 131. V. anche RAFARACI, Tommaso, Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, in *Criminalia*, 2010, p. 273, secondo cui la troppa enfasi posta sulle esigenze di tutela della posizione della vittima potrebbe «convertire il processo nel luogo in cui comminare di fatto atipiche sanzioni anticipate, e su cui scaricare istanze di prevenzione e di "sicurezza"».

²¹ Brevemente, ecco i provvedimenti più significativi: oltre al d.l. 93/2013 e al d.lgs. 212/2015 già richiamati, la l. 4 aprile 2001, n. 154, riservata alla *lotta contro la violenza nelle relazioni familiari*, il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif. nella l. 23 aprile 2009, n. 38, recante *misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, il d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9, *sull'ordine di protezione europeo e la l. 19 luglio 2019, n. 69 recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere* (c.d. Codice rosso).

²² In argomento, tra i molti, BONINI, Valentina, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, p. 169 ss., nonché,

strettamente processuale, lo vuole protagonista, soggetto attivo che partecipa alla vicenda giudiziaria attraverso l'esercizio di poteri e facoltà in grado di influire sulle sorti del rito (si fa riferimento sia ai doveri informativi nei confronti dell'offeso *ex artt. 90-ter e 282-quater c.p.p.*, che alla composita disciplina dell'art. 299 c.p.p. riguardante l'intervento della vittima nel procedimento di revoca o sostituzione di una misura cautelare). E su questo protagonismo verrà focalizzata la nostra attenzione, con un'avvertenza metodologica: ci si propone non soltanto una verifica del raggiungimento degli specifici obiettivi perseguiti con le disposizioni introdotte, ma queste verranno sottoposte ad una "prova di resistenza" per testare la tenuta della nuova dimensione partecipativa dell'offeso in contrapposizione all'accusato nel peculiare contesto cautelare, dove massima è la salvaguardia dei diritti di libertà di chi subisce la pretesa punitiva statale.

2. IL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE SULL'EVOLUZIONE DELLO STATUS CUSTODIAE: SIGNIFICATI E AMBITO DI APPLICAZIONE.

La disciplina processuale di protezione della vittima trova nel diritto all'informazione una premessa imprescindibile: nella vicenda cautelare ha ad oggetto la conoscenza dell'evolvere dello *status libertatis* dell'accusato e consente all'offeso, da un lato, di adottare le necessarie misure per difendersi dagli eventuali pericoli che potrebbero derivare da un "allentamento" del vincolo coercitivo; dall'altro, di intervenire consapevolmente ogni qual volta si discuta di questo "allentamento". Come riconosce la direttiva 2012/29/UE, che dà precise indicazioni in merito, deve essere assicurata alla vittima «la possibilità di essere informata, senza indebito ritardo, della scarcerazione o dell'evasione della persona posta in stato di custodia cautelare, processata o condannata», nonché delle «eventuali pertinenti misure attivate per la sua protezione», con l'obiettivo di salvaguardarla «da vittimizzazione

volendo, CARACENI, Lina, Misure cautelari *pro victima* e diritti di libertà dell'accusato: a proposito di una convivenza faticosa, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 254 ss.

secondaria e ripetuta, intimidazioni e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi e psicologici»²³.

Plurime le disposizioni codicistiche a ciò dedicate: una previsione di più ampia portata nel contesto *de libertate*, quella dell'art. 90-ter c.p.p. e altre che innalzano il livello di tutela in snodi particolari della procedura (gli artt. 282-*quater* e 299 commi 2-*bis*, 3 e 4-*bis* c.p.p.). Mentre la prima è quasi una norma-bandiera che sancisce il diritto della vittima, dietro sua manifestazione di interesse, di conoscere il momento in cui il prevenuto, per ragioni diverse, dovesse tornare in libertà, le altre sembrano profilare, almeno sulla carta, un'informazione che assegna all'offeso maggiore "visibilità processuale" nell'incidente cautelare²⁴. Tuttavia, testi non certo impeccabili rischiano di rendere meramente declamatorie queste disposizioni; addirittura, su alcuni aspetti, il diritto all'informazione presenta un'ipertrofia nemica dell'efficacia, probabilmente dovuta alla sovrapposizione di interventi di modifica non sempre adeguatamente coordinati.

Partiamo dall'art. 90-ter c.p.p. e dalla delimitazione del perimetro entro cui sono salvaguardate le prerogative informative riconosciute alla vittima. La norma prevede la possibilità per l'offeso, il quale tema per la propria vita e incolumità, di essere informato per il tramite della polizia giudiziaria dei «provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva» e «dell'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva». Il tutto nei casi in cui si proceda per «delitti commessi con violenza alla persona» e salvo che risulti «il pericolo concreto di un danno per l'autore del reato»²⁵.

²³ Cfr. l'art. 6, commi 5 e 6 e l'art. 18. Analoghe indicazioni vengono dalla Convenzione di Istanbul che nel mirare a far sì che gli Stati forniscano adeguata protezione alle vittime di violenza di genere, stabilisce il diritto di essere informate «dell'eventuale evasione dell'autore del reato, nonché della liberazione di quest'ultimo in via temporanea o definitiva»: art. 56 lett. b.

²⁴ Così, anche BONINI, Valentina, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, p. 353.

²⁵ Questa formula di salvaguardia finale, che estende i suoi effetti anche al procedimento di revoca e viene mutuata dall'art. 6 § 6 direttiva 2012/29/UE, impone di operare un bilanciamento tra le legittime attese della vittima e quelle del prevenuto: esclude l'assolvimento del dovere di comunicazione nei

I doveri informativi, dunque, sono attivati da una richiesta dell'offeso²⁶, giustificata dal fatto che mentre lo *status* detentivo dell'autore del reato gli consente di sentirsi relativamente "tranquillo", «deve essere prontamente messo "all'erta", laddove tale condizione di carcerazione venga meno»²⁷. Peraltro, se si è in presenza di uno dei reati di cui al comma 1-*bis* dello stesso articolo²⁸, la comunicazione è sempre dovuta e va effettuata tanto alla vittima che al suo difensore, se nominato. L'onere comunicativo grava sull'autorità giudiziaria che procede e viene assolto per il tramite della polizia giudiziaria.

Più di un dubbio esegetico rivela la formulazione della norma, a cominciare dall'uso del termine «scarcerazione». In senso tecnico, questo designa la cessazione di un provvedimento limitativo della libertà personale che consente al ristretto di riguadagnare la libertà (arg. ex art. 307 c.p.p.) e letto unitamente all'*incipit* della disposizione «fermo quanto previsto dall'articolo 299», dovrebbe riferirsi alle sole vicende riguardanti l'esecuzione della pena, poiché quelle che modificano il titolo cautelare sono affidate a quest'ultima disposizione, anche se la disciplina della sostituzione o della revoca non esaurisce tutti i casi in cui si assiste al venir meno della coercizione. In effetti, non vi sarebbe un dovere di informazione in favore della vittima, ad esempio, per le ipotesi di estinzione automatica determinata dallo spirare dei diversi termini, lacuna che parte della dottrina ritiene sia stata colmata proprio dall'introduzione dell'art. 90-*ter* c.p.p.²⁹.

casi in cui il pericolo di danno riguardi l'accusato che, una volta liberato, rischi concretamente di subire azioni vendicative da parte della stessa vittima, animata dall'intento di farsi giustizia da sé.

²⁶ Scelta opportuna, che tiene conto della volontà della vittima di poter essere ignorata nel procedimento penale (c.d. diritto all'oblio), come richiesto dall'art. 6, § 4 direttiva 2012/29/UE.

²⁷ ZARCONI, Chiara, La vittima: quale spazio nel processo penale, in *Quest. giust.*, 7 ottobre 2016, p. 14.

²⁸ La disposizione è stata aggiunta dalla legge 69/2019 e riguarda le fattispecie previste dagli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p., nonché dagli artt. 582 e 583-*quinquies* c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576 comma 1, nn. 2, 5 e 5.1, e 577 comma 1, n.1 e comma 2 c.p. (si tratta dei cc.dd. delitti da codice rosso).

²⁹ ZACCHÈ, Francesco, Il sistema cautelare a protezione della vittima, in BAR-GIS, Marta – BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*.

Concludendo sull'apparato informativo *in executivis* e restando fedeli al significato più rigoroso del termine «scarcerazione», si dovrebbe arrivare ad escludere che la comunicazione sia dovuta in caso di benefici penitenziari (permessi di vario tipo, licenze) o di misure alternative alla detenzione che non sono provvedimenti idonei a far cessare lo stato detentivo³⁰, senza tacere che una lettura così severa tradirebbe la *ratio* sottesa agli obblighi informativi: mettere in condizione la vittima di tutelarsi dalla reiterazione di future condotte violente da parte del presunto aggressore che ha recuperato, a qualunque titolo, maggiori spazi di libertà. E consapevole di ciò il legislatore sembra aver abbracciato un'esegesi estensiva del lemma «scarcerazione» con l'inserimento nell'art. 659 c.p.p. del comma 1-*bis*, a mente del quale quando il giudice di sorveglianza adotta un qualche provvedimento che determina la scarcerazione del condannato per uno dei reati da “codice rosso” (maltrattamenti in famiglia, atti persecutori, delitti contro la libertà sessuale), il pubblico ministero, per il tramite della polizia giudiziaria, deve darne immediata comunicazione alla persona offesa e, ove nominato, al suo difensore³¹.

Ancora più problematica appare l'esplicitazione del concetto di «violenza alla persona», che connota i delitti che darebbero diritto all'informativa; una categoria che non ha definizione normativa e che rischia di creare applicazioni arbitrarie a seconda dell'esegesi più o meno ampia a cui ricorrerà l'interprete. Oltretutto, l'ampiezza del significato dipende pure dal contesto in cui la delimitazione opera³². Per ciò che qui interessa, lo anticipiamo subito, una interpretazione restrittiva, nell'ottica della vittima, sterilizzerebbe i propositi di tutela connessi alla comunicazione. Oltretutto, questa peculiare categoria di reati non è rintracciabile nella normativa europea come fonte «per azionare uno

La ricerca di nuovi equilibri, Torino, 2017, p. 432-433; per ulteriori approfondimenti, v. *infra.*, § 3.

³⁰ Così, SPAGNOLO, Paola, Nuovi diritti informativi per la vittima di reato, in *Legislaz. pen.*, 4-7-2016, p. 18.

³¹ Il comma è stato introdotto dalla legge n. 69 del 2019.

³² Il riferimento a queste fattispecie lo ritroviamo nel procedimento di archiviazione (quando al pubblico ministero, *ex art.* 408 comma 3-*bis* c.p.p. è imposto di notificare comunque alla vittima la richiesta di archiviazione) e nel procedimento di revoca di una misura cautelare (art. 299 c.p.p., su cui *infra*, §§ 4 e 5).

statuto di garanzie rafforzato»³³. La direttiva 2012/29/UE non si affida alla natura del reato, ma «adotta un approccio più duttile e attento alle peculiarità delle singole fattispecie»³⁴ prevedendo che il diritto all'informazione sullo *status libertatis* dell'accusato vada riconosciuto, previa richiesta dell'interessato, «almeno nei casi in cui sussista un pericolo o un rischio concreto di danno nei confronti della vittima»³⁵ o comunque in presenza di «gravi reati»³⁶. E il «rischio concreto di danno», concetto non definibile in astratto, dovrebbe comprendere fattori quali la natura e la gravità del reato e il pericolo di ritorsioni. Pertanto, non dovrebbe operare nelle «situazioni in cui siano stati commessi reati minori e vi sia quindi soltanto un debole rischio di danno per le vittime»³⁷.

Diversamente, il nostro legislatore, in sede di attuazione della direttiva, è ricorso ad un metodo classificatorio che “ingabbia” le fattispecie nei cui confronti operano queste peculiari garanzie, riaffermando, in questo modo, l'esistenza nella delicata materia cautelare, di una discrezionalità guidata dalla determinazione *ex lege* di condizioni, presupposti e criteri di valutazione oggettivi che favoriscano un intervento giurisdizionale quanto più possibile meditato, uniforme e tempestivo (i tempi della risposta giudiziale sono essenziali quando si pretende, come in questo caso, di garantire una qualche forma di protezione)³⁸. L'operazione, pur condivisibile, non appare riuscita. In ambito penale, già la definizione dell'area semantica dell'espressione «violenza alla persona» divide da tempo la dottrina, la quale rileva come il codice penale, da un lato, definisca soltanto la violenza sulle cose e non sulle persone e, dall'altro, impieghi la nozione di violenza in varie accezioni,

³³ GUERRA, Mariaemuela, Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2540.

³⁴ CIAMPI, Stefano, Il diritto di difesa e all'informazione, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 294.

³⁵ Art. 6 § 6 direttiva 2012/29/UE e art. 56 Convenzione di Istanbul.

³⁶ Art. 11 direttiva 2012/29/UE.

³⁷ Così la direttiva 2012/29/UE al punto 32 del considerato.

³⁸ Su questi profili, v. BONINI, Valentina, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, p. 363.

funzionali a soddisfare plurime esigenze di definizione normativa³⁹. In questo contesto, la scelta della locuzione violenza *ad personam* sembra fungere «da elemento di compromesso, estendendo l'ambito dei doveri comunicativi oltre la sfera dei delitti germogliati dal rapporto personale tra vittima e imputato, ma, al contempo, restringendolo rispetto ad una esecrabile generalizzazione»⁴⁰. Perché senza dubbio l'espressione va delimitata attraverso la *ratio legis* che ne ha determinato l'introduzione, vale a dire la tutela delle vittime nei reati connotati da violenza di genere e nelle relazioni familiari⁴¹.

Peccato che la perimetrazione dei significati da attribuire all'espressione resti assai sfuggente, anche affidandosi ai nobili fini che ne hanno ispirato l'adozione. Due sono le teorie che si contrappongono in merito: una adotta un concetto "spiritualizzato" e fortemente estensivo di violenza⁴², secondo cui sarebbe da considerare tale ogni atto che comporta l'impiego di una *vis corpore corpori afflicta* derivante da una qualsiasi azione (anche esercitata ricorrendo all'uso di mezzi fisici) idonea a coartare la volontà del soggetto passivo, compromettendone le capacità di determinazione⁴³; l'altra, invece, si aggancia ad un concetto di violenza in senso stretto, da intendersi come aggressione fisica, come lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità o la

³⁹ Sulla poliedricità del concetto, cfr. DE SIMONE, Giulio, voce Violenza, in *Enc. dir.*, 1993, vol. XLVI, p. 903 s.; v. anche VIGANÒ, Francesco, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, *passim*.

⁴⁰ BELLUTA, Hervé, Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2013, § 2.

⁴¹ Cfr. POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 976.

⁴² VIGANÒ, Francesco, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p. 3.

⁴³ Secondo VIGANÒ, Francesco, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p. 148-149, la violenza alle persone, diversamente da quella sulle cose sarebbe sempre caratterizzata da una «funzionalità coercitiva»; per SPAGNOLO, Paola, Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3488, nel concetto vanno ricomprese «tutte quelle forme di minaccia e/o intimidazione riconducibili alla violenza morale e psicologica».

libertà di movimento del soggetto passivo⁴⁴. Quest'ultima impostazione sarebbe dotata di una maggiore forza denotativa in grado di meglio delineare quali condotte criminali giustificano una tutela rafforzata delle vittime; al contempo però, rinunciarebbe a salvaguardare l'integrità psico-fisica di persone offese di reati quali i maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) o lo *stalking* (art. 612-bis c.p.) che spesso si manifestano con forme di violenza psicologica: negare in questi casi il diritto di conoscere l'eventuale provvedimento di *favor libertatis* emesso nei confronti del proprio persecutore esporrebbe la vittima al rischio di ripiombare nell'incubo, senza poter predisporre una qualche misura di protezione. Se interpretassimo in maniera riduttiva il concetto di violenza alla persona, le disposizioni a tutela delle vittime fallirebbero il loro obiettivo proprio rispetto a quei delitti che più di altri richiedono l'informazione necessaria a difendersi da una nuova vittimizzazione. Del resto, le indicazioni provenienti dalla normativa sovranazionale sembrano andare in questa direzione, adottando un concetto lato di violenza alla persona che ricomprenderebbe ogni atto in grado di provocare un danno fisico, emotivo, mentale, sessuale, psicologico e/o economico⁴⁵.

Dunque, più utile ai nostri fini la prima delle teorie richiamate che consente di inglobare nel concetto di violenza alla persona anche la condotta strutturata in maniera tale da compromettere la libertà di determinazione della persona offesa⁴⁶. E in questa direzione sembrano muoversi anche le sezioni unite della Corte di cassazione⁴⁷ che, chiamate a pronunciarsi sul significato da attribuire all'omologa espressione contenuta

⁴⁴ V. BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 151 ss.; DIDDI, Alessandro, Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 99.

⁴⁵ Cfr. direttiva 2012/29/UE (considerato nn. 17 e 18); Convenzione di Istanbul, art. 3; direttiva 2011/36/UE, art. 11, § 7.

⁴⁶ In questo senso, POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 980; dello stesso avviso, pure ZACCHÈ, Francesco, Il sistema cautelare a protezione della vittima, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 431.

⁴⁷ Cass., s.u., 29 gennaio 2016, n. 10959, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2364 ss. Per un commento, v. AMOROSO, Maria Cristina, La nozione di delitti commessi con

nell'art. 408 comma 3-bis c.p.p.⁴⁸, hanno evidenziato che dalle convenzioni internazionali emergerebbe che la violenza alla persona viene sempre intesa in senso ampio, ricomprendendovi tanto le aggressioni fisiche che quelle psicologiche (ogni forma di violenza che possa manifestarsi nella relazione interpersonale)⁴⁹: si tratterebbe, in ultima analisi, di un concetto di violenza assimilabile a quello di violenza di genere. Ciò non di meno, in quest'ultima affermazione può essere scorta la portata assai ridotta della decisione, la quale si è limitata a stabilire che nel concetto di delitti commessi con violenza alla persona rientrano sia i maltrattamenti in famiglia che lo *stalking*, senza provare a dare un significato di portata generale all'espressione. Anzi, l'approccio metodologico adottato è stato messo in discussione da altra giurisprudenza di legittimità, secondo la quale una corretta esegesi del testo normativo richiede la valorizzazione non tanto della fattispecie legale astratta connotata nel suo schema dogmatico dalla violenza alla persona, quanto piuttosto la sua manifestazione: se cioè sussista una condotta materiale caratterizzata dalla concreta esplicitazione di atti di violenza in danno della persona offesa⁵⁰. E questo consentirebbe di superare pure quell'indirizzo giurisprudenziale che ancora la nozione di «delitti commessi con violenza alla persona» all'esistenza di un pregresso rapporto tra vittima e reo, all'interno del quale si dovrebbero innestare episodi di violenza fisica o psicologica tali da far presumere l'esistenza del rischio di intimidazioni, ritorsioni o vittimizzazione secondaria⁵¹. In effetti, anche la vittima occasionale di delitti, consumati o tentati, che, in concreto, si sono manifestati con atti di violenza dovrebbe rientrare nel raggio di tutela

violenza alla persona: il primo passo delle Sezioni Unite verso un nuovo viaggio, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3714 ss.

⁴⁸ Secondo Cass., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 6864, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3751 ss., il significato da attribuire alla locuzione «delitti commessi con violenza alla persona» è lo stesso tanto nel procedimento di archiviazione che in quello cautelare e impone all'autorità giudiziaria un onere rafforzato di informazione nei confronti della vittima.

⁴⁹ In argomento, BRESSANELLI, Caty, La “violenza di genere” fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408 co. 3-bis c.p.p., in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2016.

⁵⁰ Cass., sez. I, 29 ottobre 2015, n. 49339, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4152. Nello stesso senso, Cass., sez. II, 24 giugno 2016, n. 30302, in *Ced Cass.*, rv. 267718.

⁵¹ Cass., sez. II, 8 giugno 2017, n. 46996, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 305.

della disciplina, per cui non risulterebbe conforme alla legge un'applicazione ristretta del dato normativo fondata sull'esistenza di un qualche legame tra i soggetti coinvolti, perché tradirebbe la *ratio legis* dell'introduzione di questi rafforzati meccanismi di informazione: salvaguardare le vittime di condotte violente «suscettibili di potenziale reiterazione in caso di modifica dello *status* cautelare del soggetto responsabile»⁵².

Certo, accogliere un concetto ampio di delitti commessi con violenza alla persona valorizza massimamente le istanze di protezione della vittima e combinato con un meccanismo comunicativo affidato all'autorità giudiziaria procedente non crea grandi contraccolpi sul sistema, in particolare sulla latitudine delle garanzie di cui gode la persona *in vinculis*; ad opposta conclusione si deve giungere, invece, quando ragioniamo dell'ampiezza dell'onere informativo nel procedimento per la revoca e la sostituzione di una misura cautelare, onere imposto all'istante⁵³. In questo caso i contraccolpi sono rilevanti e in grado di nuocere al diritto del prevenuto ad una rivalutazione dello *status custodiae*.

3. LA DUPLICE DIMENSIONE DELLA COMUNICAZIONE “RAFFORZATA” ALLA PERSONA OFFESA.

Il corredo informativo *pro victima* si compone e si rafforza attraverso le disposizioni previste dagli artt. 282-*quater* e 299 commi 2-*bis*, 3 e 4-*bis* c.p.p. e opera su due livelli: uno speculare a quello dell'art. 90-*ter* c.p.p. che offre «una tutela minore e successiva (diritto di sapere)»; l'altro funzionale a consentire un inedito intervento della vittima nell'incidente cautelare (diritto di interloquire)⁵⁴. Cominciamo dal primo che a sua volta contiene due distinte azioni comunicative.

Per quel che concerne la vittima⁵⁵, l'art. 282-*quater* c.p.p., già con la rubrica, identifica in maniera chiara che si è in presenza, di un diritto

⁵² Ancora Cass., sez. I, 29 ottobre 2015, n. 49339, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4152.

⁵³ V. *infra*, § 5.

⁵⁴ POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 972.

⁵⁵ La disposizione contiene anche oneri informativi in favore dell'accusato nei cui confronti sia stato disposto l'allontanamento dalla casa familiare o il

alla comunicazione in merito all'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. (e soltanto in questi casi): una comunicazione postuma che agisce prevalentemente in funzione di attivazione di una tutela extra-processuale. Quando vengono adottate le misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa, "il protetto" viene informato delle prescrizioni che l'accusato deve osservare, mettendolo così nella condizione di sapere su quali margini di sicurezza può contare e, nel caso, segnalare eventuali trasgressioni ai fini di un possibile inasprimento della misura⁵⁶. Peccato che l'obbligo di informativa non riguardi anche le altre cautele coercitive, in particolare divieto di dimora e arresti domiciliari, visto che le esigenze di protezione risultano superiori, quando per fronteggiare i *pericula libertatis* i dispositivi di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. sono stati ritenuti inefficaci⁵⁷. Comunque, va detto che il raggio di azione della comunicazione è stato potenziato attraverso l'inserimento del comma 1-*bis* nell'art. 282-*quater* c.p.p., che prevede il diritto della vittima di essere informata della possibilità di estendere l'efficacia delle misure di protezione oltre i confini dello Stato che le ha adottate attraverso la richiesta dell'ordine di protezione europeo⁵⁸.

Sulla stessa lunghezza d'onda, dal punto di vista degli scopi connessi all'informativa, sembra collocarsi l'art. 299 comma 2-*bis* c.p.p.

divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa: nel caso in cui l'imputato si sia sottoposto positivamente a specifici programmi di prevenzione della violenza, il responsabile del servizio socio assistenziale che ha organizzato il programma, ne dà comunicazione al pubblico ministero ai fini della revoca o sostituzione *in melius* della misura. Si tratta di una disposizione che fa parte di quel sistema integrato di protezione delle vittime che ha tra i suoi punti di forza la prevenzione dei comportamenti violenti.

⁵⁶ MORELLI, Francesco, Commento all'art. 9 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, in *Legislaz. pen.*, 2009, p. 510.

⁵⁷ Cfr., volendo, CARACENI, Lina, Misure cautelari *pro victima* e diritti di libertà dell'accusato: a proposito di una convivenza faticosa, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 254 ss.

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 2 comma 1, lett. c d.lgs. 11 febbraio 2015 n. 9 infatti, la vittima può chiedere che gli effetti delle misure di protezione emesse dall'autorità giudiziaria di uno degli Stati membri dell'Unione Europea, si estendano al territorio di un altro paese membro nel quale la persona risieda o soggiorni o dichiarati di voler risiedere o soggiornare.

che prevede la comunicazione, sempre postuma, «a cura della polizia giudiziaria», dei provvedimenti di revoca o sostituzione *in melius* di una delle misure coercitive (ad eccezione del divieto di espatrio e dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) adottate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, onere informativo che deve essere assolto in favore della persona offesa e, ove nominato, del suo difensore, oltre ai servizi socio-assistenziali. Anche qui si tratta di una forma di comunicazione che mette la persona offesa in condizione di apprestare prevalentemente idonee strategie reattive, anche di natura extra-procedimentale, miranti alla sua protezione individuale, a fronte dello *status libertatis* riottenuto dal prevenuto⁵⁹.

Non poche le incertezze interpretative che suscita una disposizione figlia della solita approssimazione della tecnica normativa, disattenta a qualsivoglia logica di sistema e persino alla coerenza interna della singola norma⁶⁰. Innanzitutto, che si tratti di un “blando” meccanismo di tutela per la sicurezza della vittima (dunque un diritto minore) trova conferma nel fatto che nessuna sanzione processuale è stata prevista nel caso in cui la comunicazione non venga effettuata⁶¹, né può ricavarsi dal sistema delle invalidità: i diritti della persona offesa meritevoli di protezione, ai sensi dell'art. 178 lett. c c.p.p., sono soltanto quelli di partecipazione alla fase del giudizio⁶².

Pure l'ambito di applicazione dell'art. 299 comma 2-bis c.p.p., stando alla *littera legis*, sembra troppo circoscritto perché la disciplina assicuri una protezione effettiva: il congegno informativo che si attiva solo in caso di revoca o sostituzione della misura cautelare non tiene conto di tante altre situazioni di modifica *pro libertate* che, di conseguenza, non

⁵⁹ In tal senso, anche CIAMPI, Stefano, *Il diritto di difesa e all'informazione*, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 293.

⁶⁰ BELLUTA, Hervè, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2013, § 4.

⁶¹ Diversamente da quanto accade, ad esempio, nell'ambito del procedimento di archiviazione: l'omessa notificazione della richiesta di archiviazione alla persona offesa determina la nullità del conseguente provvedimento (art. 410-bis c.p.p.).

⁶² Sulla difficoltà di riconoscere alla vittima anche un diritto di impugnazione, v. *infra*, § 4.

verranno portate a conoscenza della vittima: basti solo pensare ai casi di estinzione automatica di una misura cautelare o alla sua applicazione con modalità meno gravose⁶³. Nel primo caso, può soccorrere l'art. 90-ter c.p.p.⁶⁴, mentre nel secondo lo sforzo di inglobare nella disciplina dell'art. 299 comma 2-bis c.p.p. anche le modifiche migliorative del regime cautelare imposto al prevenuto si deve a dottrina e giurisprudenza. Per non incorrere in una proliferazione ingiustificata di comunicazioni anche riguardanti cambiamenti davvero minimi nelle modalità esecutive, si è proposta una lettura adeguatrice, intendendosi per modifiche suscettibili di comunicazione quelle che determinano una «attenuazione sostanziale della restrizione della libertà personale»⁶⁵ che in qualche modo compromettano le istanze di protezione della vittima perché abbassano il livello di tutela⁶⁶. Rilevano, in ultima analisi, quelle variazioni che possono ripristinare un contatto potenzialmente pericoloso tra accusato e “protetto”, evenienza che il complessivo corredo di disposizioni informative tenderebbe a scongiurare.

Venendo al secondo dei livelli comunicativi introdotti in favore della vittima, l'art. 299 commi 3 e 4-bis c.p.p. descrive un vero e proprio diritto di conoscere l'evoluzione dello *status libertatis* del sottoposto alla coercizione per poter intervenire, attraverso la proposizione di memorie, nel procedimento di revoca instaurato a richiesta di parte, provando ad influire sul processo decisionale del giudice⁶⁷. Nel primo caso si prevede che, nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona

⁶³ Su tali aspetti, cfr. BONINI, Valentina, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, p. 371; SEPE, Giuseppe, *Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2014, p. 5. Sul carattere parziale e deficitario della novella, v. VALENTINI, Elena, *Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali*, in CURI, Francesca (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, p. 231.

⁶⁴ V. *supra*, § 2.

⁶⁵ In questi termini, POTETTI, Domenico, *Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 973.

⁶⁶ Cass., sez. V, 24 febbraio 2016, n. 18306, in *Ced Cass.*, rv. 266524; Cass., sez. VI, 16 giugno 2016, n. 27975, in *Ced Cass.*, rv. 267131.

⁶⁷ PROCACCINO, Angela, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 89.

sottoposta alle indagini che chiedano la revoca o la sostituzione di una misura coercitiva nell'ambito di un procedimento per reati commessi con violenza alla persona (ad eccezione del divieto di espatrio e dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) debbono, a pena di inammissibilità, notificare al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla vittima stessa (salvo che non abbia dichiarato o eletto domicilio) l'istanza di revoca o sostituzione della cautela. Fa eccezione l'istanza presentata in sede di interrogatorio di garanzia⁶⁸.

Lo stesso incombente è imposto a pubblico ministero e imputato quando la richiesta di modifica viene proposta fuori udienza dopo la chiusura delle indagini preliminari. In tali evenienze siamo in presenza di una "informazione previa", necessaria per consentire alla vittima di attivarsi per scongiurare una soluzione *pro libertate* che determini una concreta riduzione della sua sfera di sicurezza: un protagonismo a difesa della propria incolumità che riscontriamo per la prima volta nel codice di rito penale; ed è anticipato da un vero e proprio diritto alla conoscenza (un diritto forte) presidiato da una inammissibilità della domanda di revoca o di sostituzione della misura ove la parte istante non assolva il dovere informativo.

Il carattere inedito dell'intervento della persona offesa non è tanto legato al contenuto delle prerogative processuali che le vengono riconosciute, quanto piuttosto al contesto nel quale possono essere esercitate: il procedimento cautelare, o meglio quel *sub* procedimento vocato a ripristinare la libertà dell'accusato quando siano venuti meno i presupposti che giustificavano la coercizione. Un diritto di interlocuzione che rischia di compromettere la funzionalità di questo incidente cautelare e di neutralizzarne la connotazione di garanzia, così spiccata da essere uno dei pochi dispositivi *de libertate* che può essere attivato pure *ex officio* (art. 299 comma 3, ult. parte c.p.p.). Dunque, per la prima volta l'offeso è contemplato «nella cognizione della fase esecutiva cautelare, tradizionalmente segnata dalla esclusiva contrapposizione dialettica tra autorità statale e imputato»⁶⁹. Ed è

⁶⁸ V. *infra*, § 4.

⁶⁹ GUERRA, Mariaemuela, Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2539.

proprio la regolamentazione del meccanismo informativo preventivo in favore della vittima a mettere in discussione gli equilibri che sorreggono l'incidente cautelare, che carica sulle spalle del prevenuto il peso di un incombente quasi impossibile da assolvere a causa di una disciplina normativa approssimativa e piuttosto farragginosa, ma in grado di condizionare negativamente l'esito dell'istanza di revoca della misura che verrebbe condannata all'inammissibilità.

L'informativa dipendente dall'assolvimento di un incombente da parte dell'offeso: quello di nominare un difensore e dichiarare o eleggere domicilio per le istanze proposte fuori udienza: mancando questa espressione del suo interesse a partecipare al procedimento, sembrerebbe "saltare" nei commi 3 e 4-bis dell'art. 299 c.p.p. il dovere per il pubblico ministero, ma soprattutto per l'accusato, di notificare alla vittima la richiesta di revoca o sostituzione della misura. In definitiva, l'onere di informativa, da cui dipende l'ammissibilità della domanda di modificazione *in melius* dei lacci della coercizione, sorgerebbe soltanto quando la persona offesa dal reato possa essere raggiunta e messa in condizione di fornire il suo contributo alla decisione attraverso l'incarico dato ad un legale o una dichiarazione da cui si desuma l'individuazione di un domicilio (quantomeno di un luogo dove affermi di poter essere rintracciata)⁷⁰. E poiché dall'informativa dipende la possibilità per l'imputato di vedere la sua istanza "presa in considerazione" dal giudice, si dovrà sempre accertare in concreto che l'accusato potesse accedere alle informazioni identificative della vittima in grado di metterlo nelle condizioni di assolvere al *munus* comunicativo⁷¹.

⁷⁰ In questo senso, v. tra i molti, GUERRA, Mariaemanuela, Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2551 ss., secondo la quale l'onere di notifica incombente specialmente sull'accusato è stato predisposto «al fine di realizzare una tutela proporzionata dei diritti della persona offesa alla partecipazione al procedimento che quello della persona indagata a sollecitare un tempestivo ripensamento della situazione cautelare che lo riguarda». In giurisprudenza, *Cass.*, sez. II, 3 febbraio 2016, n. 12325, in *Ced Cass.*, rv. 266435.

⁷¹ V. *infra*, § 5.

4. NATURA E AMPIEZZA DELL'INTERVENTO DELLA VITTIMA NEL PROCEDIMENTO DI REVOCA DELLE MISURE.

Gli obblighi di notificazione di cui all'art. 299 commi 3 e 4-bis c.p.p. sembrerebbero spianare la strada per il riconoscimento di un vero e proprio contraddittorio tra la vittima e il prevenuto in materia cautelare; in verità consentono di riconoscere all'offeso il più debole diritto di interlocuzione: benché questi non sia un mero destinatario di informazioni, la disciplina normativa richiamata non si spinge fino al punto da inserirlo tra i protagonisti di un autentico confronto dialettico. Il contributo che può offrire si riduce ad una memoria scritta, predisposta ai sensi dell'art. 121 c.p.p., cioè un atto a contenuto tipicamente argomentativo utile ad inserire nuovi elementi storico-fattuali ed eventuali considerazioni di ordine giuridico⁷², rimanendo tuttavia esclusa qualsiasi possibilità di avanzare richieste dirette all'organo giurisdizionale⁷³. Dunque la vittima non partecipa al procedimento di revoca, se non come osservatore esterno interessato a far sentire le proprie ragioni ed esercitando una sorta di «facoltà di contraddire in anticipo»⁷⁴ e, di conseguenza, non si può parlare di contraddittorio in senso proprio. Vi osterebbero due ulteriori ragioni non di poco momento: da un lato, il giudice, all'atto della decisione, non ha un obbligo di tenere conto degli argomenti adottati con la memoria, né la stessa vittima può impugnare il provvedimento di sostituzione o revoca ove quegli argomenti fossero stati ignorati⁷⁵; dall'altro, il meccanismo

⁷² Sul punto, cfr. DALIA, Gaspare, I presupposti dell'obbligo di notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare personale, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 2, p. 312.

⁷³ Così, DI NUZZO, Viviana, Giudizio cautelare e tutela della persona offesa, tra istanze di protezione e prospettive di partecipazione attiva, in *Legislaz. pen.*, 29.7.2020, p. 13.

⁷⁴ BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 146.

⁷⁵ L'impugnazione della persona offesa è esclusa tanto per il principio di tassatività in materia, quanto per la previsione dell'art. 572 c.p.p. secondo cui è il pubblico ministero a dover agire nell'interesse della persona offesa in tutti i casi in cui quest'ultima sia sprovvista di un potere di impugnazione diretta, come in questo caso. Cfr. ROMANELLI, Bartolomeo, Omessa notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione di misura cautelare

dialettico risulta imperfetto pure sul fronte della difesa dell'imputato, poiché la decisione del giudice interviene senza che questa abbia avuto modo di conoscere gli (e di interloquire sugli) elementi probatori addotti dalla vittima⁷⁶.

Vieppiù, questo pseudo “contraddittorio cartolare” è stato tradotto in disposizioni così confuse nel lessico impiegato e sistematicamente spurie da suscitare più di una questione esegetica in grado di contenerne (se non neutralizzarne) ogni efficacia. L'art. 299 comma 3 c.p.p. riconosce un potere concorrente a offeso e difensore (testimoniato dall'uso della congiuntiva «e») di presentare memorie nei due giorni successivi alla notifica dell'istanza di revoca o sostituzione della misura, una previsione che devia dai poteri classici di cui all'art. 90 c.p.p. che attribuisce detta facoltà direttamente alla persona offesa. Forse sarebbe bastato un richiamo a quest'ultima disposizione, anche se la diversa formulazione potrebbe essere giustificata dall'intento di dare maggior forza alla previsione, magari configurando apporti diversi da parte dei due soggetti⁷⁷. In realtà, nel complesso, si rivela incapace di offrire ogni contributo utile, attesi i tempi “strettissimi” in cui la memoria va presentata (due giorni dalla

coercitiva: problemi definitivi e rimedi in sede di impugnazione, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4437, secondo il quale nemmeno ricorrendo alla previsione di cui all'art. 568 comma 2 c.p.p. sarebbe possibile ritenere alla persona offesa un diritto all'impugnazione, come invece riconosce parte della giurisprudenza (*Cass.*, sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 6864, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3751; *Cass.*, sez. V, 20 settembre 2016, n. 7404, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4426); l'art. 568 comma 2 c.p.p. fissa l'impugnabilità oggettiva di tutti i provvedimenti riguardanti la libertà personale, se non altrimenti impugnabili, ma anche questa norma richiede un «coordinamento con il principio di tassatività, sancito, sotto il profilo soggettivo, dall'art. 568 comma 3 c.p.p. [...] posto che la legittimazione ad impugnare della persona offesa è limitata alle sole ipotesi riconosciute dalla legge, il ricorso all'art. 568 comma 2 c.p.p. non può valere a colmare la lacuna dell'art. 299 c.p.p.». Esclude il potere di impugnazione della persona offesa, *Cass.*, sez. V, 17 maggio 2017, n. 54319, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2591.

⁷⁶ Cfr., ZACCHÈ, Francesco, Il sistema cautelare a protezione della vittima, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 435.

⁷⁷ Ciò che ci si aspetta dalla vittima è l'introduzione di elementi fattuali, circostanze, sopravvenienze tali da ampliare il quadro conoscitivo del giudice e “sconsigliare” una riforma *in melius*, mentre il legale potrebbe offrire argomentazioni tecnico-giuridiche miranti ad ottenere lo stesso risultato.

notificazione della richiesta di revoca). Del resto, sull'idoneità di questa scansione temporale ad assicurare l'intervento della persona offesa è lecito nutrire più di un dubbio, atteso che nessuna disposizione impedisce al giudice di decidere prima della scadenza dei due giorni per il deposito della memoria dell'offeso, né conseguenze sanzionatorie possono essere ricavate dal sistema⁷⁸, a differenza di ciò che accade per la speculare facoltà riconosciuta al pubblico ministero di presentare un parere: ai sensi dell'art. 299 comma 3-bis c.p.p. il giudice, prima di decidere sulla revoca o sulla sostituzione sente il pubblico ministero, anche se il suo parere non è vincolante. Il mancato rispetto di detto termine può essere ricondotto all'art. 178 lett. b c.p.p. come violazione di una disposizione che assicura il diritto della parte pubblica di partecipare al procedimento (nullità a regime intermedio *ex art. 180 c.p.p.*).

Sempre dal punto di vista dell'effettività del diritto di intervento della persona offesa, ancor più grave si rivela la scelta legislativa di ricorrere a disposizioni dal diverso tenore nei commi 3 e 4-bis dell'art. 299 c.p.p.: la facoltà di presentare memorie *ex art. 121 c.p.p.*, stando alla lettera della legge, è espressamente riconosciuta solo nel caso di istanza di revoca presentata nel corso delle indagini preliminari, mentre se questa è proposta una volta chiusa la fase investigativa, la vittima avrebbe solo diritto all'informativa e non anche all'interlocuzione⁷⁹. Differenza davvero poco ragionevole che può essere recuperata ritenendo applicabile la disciplina generale dell'art. 90 c.p.p.: l'offeso non avrebbe un termine imposto per presentare la memoria e correrebbe solo il rischio che il suo contributo arrivi a decisione già assunta. Ma si tratterebbe davvero di una differenza minima tra i due regimi, atteso che, come abbiamo visto, anche nell'ipotesi del comma 3 dell'art. 299 c.p.p. il termine è sprovvisto di sanzione.

⁷⁸ DIDI, Alessandro, Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p.100. Nello stesso senso, PROCACCINO, Angela, L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali, in DIDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 100. V. anche *supra*, § 3.

⁷⁹ POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 985.

L'approssimativa formulazione del comma 4-*bis* dell'art. 299 c.p.p. non rende agevole nemmeno determinare se il dovere informativo imposto all'imputato, una volta chiuse le indagini preliminari, riguarda tanto le istanze presentate fuori udienza che quelle proposte in udienza⁸⁰: se lo scopo della disciplina è quello di mettere in condizione l'offeso di fornire il proprio contributo nella procedura, il bisogno di una notificazione potrebbe sussistere anche per quelle istanze di modifica del regime cautelare presentate in udienza quando la vittima non sia presente (né come offeso, né come parte civile), se non vi sono altri modi legittimi e sicuri attraverso i quali possa venirne effettivamente a conoscenza⁸¹.

Non meno problematica si prospetta la questione dell'intervento della vittima nel procedimento di revoca o sostituzione di una misura cautelare nel caso in cui venga attivato *ex officio*, ai sensi dell'art. 299 comma 3 c.p.p. Un'informativa non è prevista e, di conseguenza, porterebbe a concludere che la decisione debba fare a meno del contributo dell'offeso, con evidenti profili di illegittimità costituzionale *ex art. 3 Cost.*, atteso che se la disciplina intende salvaguardare l'interesse della persona offesa a conoscere eventuali modifiche *in melius* dello *status*

⁸⁰ Fornisce una lettura restrittiva Cass., sez. V, 8 novembre 2018, n. 9872, in *Dir. pen cont.*, 24 giugno 2019, rilevando l'inutilità dell'onere informativo per la parte istante in tutti i casi in cui l'offeso, presente all'udienza, è in condizione di conoscere l'avvio della procedura cautelare.

⁸¹ Di diverso avviso BONTEMPELLI, Manfredi, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 162, secondo il quale l'assenza dell'offeso sarebbe sintomatica del suo "disinteresse" per le sorti della vicenda cautelare, che avrebbe potuto monitorare attraverso l'intervento o la costituzione di parte civile. L'A. suggerisce di "trattare" l'offeso alla stessa stregua del pubblico ministero, il quale se l'istanza è proposta in udienza, non ha diritto di ricevere la comunicazione ai fini della proposizione del proprio parere. In verità, il p.m. è una delle parti necessarie del processo e conseguentemente sempre sarà a conoscenza in udienza dell'istanza di revoca/sostituzione di una misura cautelare, a differenza delle altre parti private diverse dall'imputato e dell'offeso che solo eventualmente sono presenti durante il processo (tanto nell'udienza preliminare che nel giudizio vero e proprio). E a giustificare l'assenza vi possono essere tante ragioni che non legittimano un superamento dell'onere informativo; paradossalmente, a tenere lontano l'offeso dal processo potrebbero essere proprio i rischi di vittimizzazione reiterata o, in generale, quel diritto all'oblio che pure gli deve essere riconosciuto.

custodiae dell'accusato per poter interagire nel processo decisionale, questo prescinde da chi assume l'iniziativa della modifica⁸². E malgrado sia stata fornita una lettura costituzionalmente orientata volta ad estendere sin d'ora l'onere informativo anche ai casi di revoca officiosa⁸³, qualunque sforzo esegetico appare frustrato dal dato testuale che non consente appigli validi per superare la lacuna; solo una declaratoria di incostituzionalità o un intervento normativo sarebbero risolutori.

Infine, l'ambito oggettivo di incidenza dell'interlocuzione dell'offeso risulta ancor più circoscritto se si guarda a quali istanze impongono un onere informativo verso la vittima: a rigore la formulazione della norma prevede la notificazione delle sole richieste di revoca e sostituzione della misura cautelare, non anche dell'applicazione della misura con modalità meno gravose e perciò il contraddittorio cartolare dovrebbe essere escluso, malgrado vi possano essere dei cambiamenti nel regime esecutivo tali da generare timori e pericoli concreti per la vittima al pari di una revoca o di una sostituzione⁸⁴.

Quel che è certo è che la notificazione non è dovuta nei casi in cui la richiesta di revoca è formulata in sede di interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p., come stabilisce l'art. 299 comma 3 c.p.p.: qui prevalgono le istanze di tutela del diritto alla libertà dell'accusato che per la prima volta dalla privazione della libertà entra in contatto con il giudice⁸⁵ ed esprime il momento massimo di garanzia per l'imputato nel procedimento cautelare.

⁸² Del resto, non tutte le ipotesi di revoca officiosa (proroga delle indagini, incidente probatorio, interrogatorio di garanzia, udienza preliminare e giudizio) consentono alla persona offesa di essere comunque informata e conseguentemente di intervenire presentando memorie ai sensi dell'art. 90 comma 1 c.p.p.

⁸³ POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 984.

⁸⁴ Sul punto, ancora BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 162. Di segno opposto le conclusioni di MARCHETTI, Filippo, L'intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione di una misura cautelare personale nuovamente sotto la lente della Suprema Corte, in *Dir. pen. cont.* 2019, 6, p. 128.

⁸⁵ PROCACCINO, Angela, L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 97.

5. I RIFLESSI DELLA DISCIPLINA SUI DIRITTI DI LIBERTÀ DEL SOGGETTO IN VINCULIS.

Gli approdi esegetici fin qui attinti per dare effettività a quella nuova dimensione dialettica che contrappone la vittima all'offensore nel contesto processuale *de libertate* necessitano ora di una “prova di resistenza”, calati in quegli snodi del rito cautelare in cui più delicata si fa l'opera di bilanciamento tra opposti interessi per il più elevato livello di garanzie che circonda i diritti di libertà dell'accusato.

E partiamo dal punto critico dell'intero impianto normativo: la complessa attività informativa preparatoria all'intervento della vittima nel procedimento di revoca di una misura cautelare è stata interamente posta sulle spalle del soggetto *in vinculis*, con una pesante sanzione (l'inammissibilità dell'istanza) ove non venga compiutamente assolta e senza mettere in condizioni il prevenuto di esercitare il suo *munus*, causa una *littera legis* dai contorni imprecisi e sfumati. E il paradosso finale, che chiude il cerchio dell'irragionevolezza della disciplina, si ha quando è il pubblico ministero a dover comunicare l'avvio del *sub* procedimento ex art. 299 c.p.p.: una violazione processuale allo stesso imputabile determina l'inammissibilità dell'istanza e ricadute sullo *status libertatis* del prevenuto⁸⁶. Il procedimento di revoca è la massima espressione del diritto all'*habeas corpus*: dunque è già discutibile che possa essere compromesso da un onere informativo verso la vittima gravante sullo stesso accusato; figuriamoci quando sia condizionato da un inadempimento imputabile al pubblico ministero. Del resto, è già a dir poco discutibile far dipendere i diritti di informazione e di partecipazione dell'offeso dalle scelte difensive messe in campo dall'accusato. Così, il dispositivo normativo congegnato realizza una protezione insoddisfacente dei bisogni conoscitive della vittima rispetto alle vicende cautelari, nell'aspettativa di “mettere al sicuro” la propria persona⁸⁷ e attua al contempo «un bilanciamento claudicante con il

⁸⁶ BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 155.

⁸⁷ V. *supra*, § 3 e 4.

diritto di difesa dell'indagato, gravato da adempimenti irragionevoli, ancor meno ragionevolmente sanzionati»⁸⁸.

Il mal riuscito temperamento degli opposti interessi già risulta dall'individuazione dell'ambito applicativo della disciplina: quei «delitti commessi con violenza alla persona» in grado di condizionare la procedibilità dell'istanza *de libertate* e quindi – di fatto – l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato e l'interesse di questi a non vedere ingiustificatamente negato o sospeso l'esame della richiesta di revoca⁸⁹. Il tentativo che giurisprudenza e dottrina hanno fatto di delineare la portata dell'espressione nell'art. 299 c.p.p. non ha raggiunto un livello appagante. In analogia con quanto visto a proposito del diritto all'informazione di cui all'art. 90-ter c.p.p.⁹⁰, pure in questo contesto si fronteggiano i due orientamenti divergenti già evidenziati: una lettura più rigorosa ritiene che vi sia un diritto della vittima di interlocuzione nella vicenda cautelare soltanto in caso di condotta violenta in danno di una persona “mirata”, perché maturata nell'ambito di preesistenti relazioni personali⁹¹; un'interpretazione più ampia ricostruisce il concetto di «delitti commessi con violenza alla persona» come categoria di portata generale – a partire dall'art. 12 preleggi – che non prevede quale criterio aggiuntivo per la sua delimitazione l'esistenza di un vincolo relazionale-affettivo tra presunto autore e vittima⁹².

⁸⁸ CATALANO, Elena, La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1804.

⁸⁹ Cass., sez. II, 12 ottobre 2017, n. 46996, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, 2, p. 305 ss.

⁹⁰ *V. supra*, § 2.

⁹¹ BELLUTA, Hervé, Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2013, § 3, secondo il quale la norma “aperta” merita «una lettura a stretto rigore interpretativo, ma non legittima una scelta sul tipo di condotta violenta praticata in concreto». In giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 14 ottobre 2015, n. 43353, in *Ced Cass.*, rv. 265094 e Cass., sez. II, 25 maggio 2016, n. 25135, in *Ced Cass.*, rv 267236.

⁹² Propendono per questa impostazione: RECCHIONE, Sandra, La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti “eventuali”, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2017, p. 8; BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 151.

Quanto al primo dei due orientamenti, se lo scopo dell'informativa di cui ai commi 3 e 4-*bis* dell'art. 299 c.p.p. è quello di mettere in condizione l'offeso di prendere parte al "contraddittorio cartolare" adducendo, attraverso memorie difensive, gli elementi ulteriori che giustificano il mantenimento del vincolo custodiale sull'accusato, vincolo teso a scongiurare una reiterazione della violenza, soltanto la preesistenza di un legame tra i due antagonisti può consentire questa incursione: difficile immaginare un contributo probatorio della "vittima occasionale" per impedire una modifica *pro libertate*⁹³. Per converso, la seconda impostazione sembra meglio attuare gli intendimenti ricavabili dalla direttiva 2012/29/UE che vuole assicurare un'effettiva partecipazione al procedimento a tutte le vittime, identificate attraverso il pericolo o il rischio concreto di danno⁹⁴.

Tuttavia, se quest'ultima lettura appare più convincente nell'ottica di un rafforzamento delle possibilità di protezione della vittima, non soddisfa dal punto di vista del funzionamento del meccanismo informativo introdotto nell'art. 299 commi 3 e 4-*bis* c.p.p. sul versante dei diritti difensivi dell'accusato. Infatti, se un'esegesi rigorosa del concetto di «violenza alla persona» circoscrive la tutela rafforzata alle sole vittime di violenza fisica e psicologica nell'ambito delle relazioni interpersonali, lasciando fuori un'ampia fetta di soggetti meritevoli di protezione, per contro, una interpretazione "espansiva" lo esporrebbe alla perdita di ogni capacità denotativa e chiamerebbe l'istante al difficile (se non impossibile) compito di determinare quando il reato possa dirsi commesso con violenza

⁹³ GUERRA Mariaemanuela, Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocazione della persona offesa nell'incidente cautelare, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2546. Secondo l'A., pure la disposizione di cui all'art. 299 comma 2-*bis* c.p.p. sembra legittimare questa lettura restrittiva del concetto di violenza alla persona, poiché imponendo un onere comunicativo relativo alla revoca o alla sostituzione *in melius* delle misure cautelari coercitive verso i servizi socio-assistenziali e il difensore dello stesso offeso (in mancanza di quest'ultimo all'offeso stesso), prefigura una vittima ben determinata, che necessita di un'opera di aiuto e sostegno, bisogno riscontrabile generalmente nei reati di matrice domestica o "di genere" che presuppongono dunque una relazione tra autore e vittima.

⁹⁴ Per una ricognizione della giurisprudenza sul tema, prevalentemente orientata per una interpretazione estensiva, v. BONINI, Valentina, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, p. 385.

alla persona, valutazione da cui dipende il suo diritto all'*habeas corpus*. Anche l'individuazione degli "incidenti cautelari" che impongono al prevenuto un dovere informativo non è così scontata. Dalla formulazione dell'art. 299 commi 3 e 4-*bis* c.p.p. vi è chi ha ritenuto che pure la modifica delle modalità esecutive della misura obblighi alla notificazione dell'istanza alla persona offesa⁹⁵, mentre altri rifiutano questa impostazione, ritenendo che il legislatore abbia inteso non "appesantire troppo" il *sub* procedimento, «rimettendo al giudice le valutazioni del caso, anche finalizzate alla tutela della persona offesa»⁹⁶. E quand'anche l'imputato riuscisse a sciogliere il dubbio sull'*an* dell'informativa, non pochi problemi si troverebbe ad affrontare con riferimento al *quomodo*.

Innanzitutto la legge impone al comma 3 dell'art. 299 c.p.p. che la notificazione della richiesta di revoca o sostituzione della misura alla persona offesa sia «contestuale» alla presentazione dell'istanza, il che dovrebbe obbligare il richiedente alla notificazione prima ancora del deposito⁹⁷, anche se una notificazione fatta successivamente non dovrebbe invalidare l'istanza, la quale diverrebbe inammissibile soltanto nel caso in cui la notificazione non venisse effettuata⁹⁸. Inoltre, l'onere è legato alla

⁹⁵ BELLUTA, Hervè, Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2013, § 2. Per ulteriori approfondimenti, v. anche *supra*, § 4.

⁹⁶ BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 162; POTETTI Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 975. La giurisprudenza si è espressa negando un diritto all'informazione in un caso in cui il cambiamento delle modalità esecutive della misura (nel caso di specie obbligo di dimora con obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) si era tradotta, per il giudice, in un aumento di garanzie e tutela della persona offesa: *Cass.*, 6 luglio 2016, n. 27975, in *Ced. Cass.*, n. 267131.

⁹⁷ BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 149, nonché POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 982.

⁹⁸ La contestualità di istanza e notificazione all'offeso dovrebbe essere assicurata (e conseguentemente l'ammissibilità della domanda di revoca/sostituzione) dal deposito insieme alla richiesta di revoca della prova dell'avvenuta notificazione.

nomina di un difensore da parte della vittima o all'individuazione di un domicilio dove può essere raggiunta. E non sempre è facile per l'imputato entrare in possesso di queste informazioni, soprattutto quando l'incidente cautelare si innesta in una fase molto precoce del procedimento penale, caratterizzata da un elevato tasso di segretezza⁹⁹. Invero, oltre all'evenienza in cui la vittima non fornisce le indicazioni necessarie alla notifica, vanno presi in considerazione tutti i casi in cui, soprattutto nel corso delle indagini, non siano conoscibili gli atti che consentono l'identificazione necessaria, o la vittima sia protetta e tenuta a "debita distanza" dal presunto aggressore; qui l'impossibilità di acquisire i dati necessari non può essere in alcun modo addebitata all'accusato e pregiudicare il suo diritto ad una rapida ed effettiva rivalutazione dello *status libertatis*¹⁰⁰. Infine, la *littera legis* sul punto non tiene conto dei *desiderata* di quelle vittime che, una volta avviata la macchina processuale, sono refrattarie ad ogni successivo coinvolgimento¹⁰¹.

Una così complessa e defatigante attività preparatoria alla decisione in materia di revoca potrebbe presentare dubbi di compatibilità con il principio della ragionevole durata del processo che opera anche in materia cautelare¹⁰². Invero, la garanzia della durata ragionevole consente il ricorso a dispendiose articolazioni procedurali solo laddove esse siano finalizzate alla difesa di interessi meritevoli di protezione, nel ragionevole bilanciamento con altri valori concorrenti. Nel caso di specie, il diritto della vittima di essere informata non gode di una chiara

⁹⁹ Anche per l'imputato in possesso di adeguata assistenza tecnico-difensiva sarebbe un'attività particolarmente complicata, figuriamoci per chi è privo di difensore o al massimo può contare su quello d'ufficio. Cfr. SEPE, Giuseppe, Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2014, p. 2

¹⁰⁰ In questo senso, Cass., sez. II, 12 ottobre 2017, n. 46996, in *Proc. pen. giust.*, 2018, f. 2, p. 305 ss.

¹⁰¹ RIZZATO, Emma, L. 119/13, le novità in materia di contrasto al c.d. femminicidio, in *Quest. giust.*, 28 ottobre 2013. Anche per la vittima destinataria di un ordine di protezione che la colloca in un luogo segreto dovrebbe essere escluso l'obbligo di notificazione nel caso in cui non abbia provveduto alla nomina di un difensore.

¹⁰² Su questo aspetto, intendendo il canone dello *speedy trial* in chiave di tutela dell'imputato, VICOLI, Daniele, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, p. 57 ss., spec. 101.

copertura costituzionale equiparabile a quella propria delle garanzie difensive e della libertà personale. Conseguentemente, ove sia difficile o impossibile “raggiungere” l’offeso dal reato, il suo interesse ad una “conoscenza legale” della richiesta di revoca di una misura cautelare «non sembra meritevole di essere protetto, a scapito dell’interesse ad una decisione tempestiva sulla libertà personale dell’imputato»¹⁰³. Leggere diversamente la normativa, come pure fa parte della dottrina e della giurisprudenza, prevedendo la notificazione all’offeso anche in mancanza di una elezione di domicilio¹⁰⁴, significherebbe gravare l’accusato di un dovere quasi impossibile da assolvere¹⁰⁵. C’è da augurarsi che con la recente ordinanza di rimessione alle sezioni unite¹⁰⁶ la Corte di Cassazione si orienti per una esegesi restrittiva che, dando rilievo alle scelte operate dalla vittima¹⁰⁷, circoscriva i doveri informativi imposti all’accusato da cui, peraltro, non dovrebbe mai dipendere il coinvolgimento dell’offeso nel procedimento cautelare. D’altro canto, il *deficit* di determinatezza delle norme introdotte che non permette di fissare il «*discrimen* tra le ipotesi in cui il richiedente deve coinvolgere l’offeso e quelle in cui la “partita”

¹⁰³ BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 157, secondo il quale un razionale bilanciamento degli interessi in gioco si avrebbe nel momento in cui il dovere di notificazione fosse legato alla scelta dell’offeso di nominare un difensore o comunque di eleggere domicilio in mancanza di un legale, quindi dovere sì, ma quando si siano create le condizioni per una celere procedura connessa ad una certa reperibilità del destinatario della comunicazione.

¹⁰⁴ POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 986; in giurisprudenza, *Cass.*, sez. II, 1° aprile 2016, n. 19704, in *Ced. Cass.*, n. 267295; *Cass.*, sez. III, 21 luglio 2020, n. 31191, in *Ced. Cass.*, n. 280363; *Cass.*, sez. II, 10 febbraio 2021, n. 12377, in *Ced. Cass.*, n. 280999.

¹⁰⁵ Tra i molti, SEPE, Giuseppe, Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2014, p. 2. Non sembra condividere queste conclusioni *Cass.*, sez. II, 23 aprile 2020, n. 12800, in www.processopenaleegiustizia.it, la quale ha evidenziato che l’allungamento delle tempistiche necessarie per la statuizione sulla cautela sarebbe giustificato dal fatto che il procedimento cautelare si conclude con decisioni rilevanti per l’incolumità della vittima.

¹⁰⁶ *Cass.*, sez. I, ord. 4 maggio 2021, n. 22444, in *Sistema pen.*, 11 giugno 2021.

¹⁰⁷ In questo senso, cfr. *Cass.*, sez. I, 17 gennaio 2020, n. 5552, in *Ced. Cass.*, rv. 278483; *Cass.*, sez. I, 24 novembre 2020, n. 1460, in *Ced. Cass.*, rv. 280219.

cautelare si gioca tra i consueti attori»¹⁰⁸ impone una interpretazione di stretta legalità, per riportare la disciplina nella cornice dell'art. 13 Cost. che governa la materia *de libertate*¹⁰⁹.

6. CONCLUSIONI: PROSPETTIVE DI RIFORMA.

La strada aperta dalla direttiva 2012/29/UE prefigura un nuovo protagonismo processuale per la vittima che diventa «fattore di umanizzazione del diritto penale, materiale per la costruzione di un processo penale antropocentrico»¹¹⁰ che si articola secondo canoni attenti alla tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti. Tuttavia, si tratta di uno scenario ancora di là da venire, almeno nell'ordinamento italiano: gli interventi fin ora messi in atto sono stati espressione di una visione riduttiva che mostra sempre la vittima come un soggetto da proteggere piuttosto che un co-protagonista in grado di entrare nell'agone dialettico proponendo le proprie istanze al giudice, così da incidere direttamente sulle sorti del procedimento. Vi è ancora una certa ritrosia «a concepire la vittima come titolare di autonomi poteri capaci di incidere attivamente sulle dinamiche cognitive, e conseguentemente, di condizionare gli epiloghi processuali»¹¹¹, anche se il terreno ideale per questa diversa dimensione

¹⁰⁸ BONINI, Valentina, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, p. 380. Per un approfondimento, v. *sub* § 6.

¹⁰⁹ VALENTINI, Elena, Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali, in CURI, Francesca (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, p. 233.

¹¹⁰ CATALANO, Elena, La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1800.

¹¹¹ Per questo diverso approccio nella definizione del ruolo della vittima nel rito penale, PAULESU, Pier Paolo, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele), in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 127 ss., secondo il quale quello della vittima è ancora un ruolo servente, in particolare rispetto alle esigenze cognitive del processo: contano poco le sue aspettative in termini di esiti processuali, mentre contano tanto le informazioni che può fornire al giudice. Come precisato da CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Torino, 2012, p. 277, la vittima, pur portatrice di autonomi interessi rispetto agli esiti del procedimento, resta «subalterna al pubblico ministero: gli apporta lumi; lo stimola

partecipativa non è certamente il sistema *de libertate*, dove l'intervento giurisdizionale è congegnato in modo tale da difendere prioritariamente i diritti di libertà dell'accusato.

Senza dubbio la vittima non può più essere esclusa dalle dinamiche dell'accertamento penale, nemmeno da quelle cautelari, ma vanno comunque arginate derive "vittimocentriche", ossia quelle che, in nome della protezione delle vittime, sacrificano i diritti dell'imputato. Si dovrebbe non tanto costruire un muro di cinta intorno al processo, ma aprire dei varchi sicuri in cui chi ha subito le conseguenze del reato possa entrare non più come solo destinatario di interventi "a protezione" decisi e azionati da altri, ma come colui che «contribuisce attivamente alla funzione cognitiva del processo»¹¹². Si tratta di una non facile operazione di contemperamento di interessi antitetici che si fa particolarmente delicata nel rito cautelare: essa richiede scelte normative chiare, decise e razionali (quelle che sono mancate sin'ora), all'interno delle quali situare l'intervento discrezionale del giudice che, «in ogni singolo caso ove si riscontra un pericolo di compromissione dei diritti dell'imputato, dovrebbe "mediare" tra esigenze difensive di quest'ultimo e necessità di tutela dell'offeso»¹¹³. Perché, nel rispetto del principio di legalità e di coerente e uniforme applicazione della legge, la ricerca di un tale equilibrio andrebbe fatta sul piano normativo, così da ridurre l'insorgenza di potenziali contrasti per le scelte operate dall'interprete¹¹⁴.

a mosse istruttorie o ad impugnare; e ogni rifiuto rivoltole deve essere motivato, senza, però, diritto di replica».

¹¹² In questo senso, SPAGNOLO, Paola, Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3490.

¹¹³ VENTUROLI, Marco, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015, pp. 119-120.

¹¹⁴ Si tratta di uno schema decisionario analogo a quell'*individual assessment* proposto dalla direttiva 2012/29/UE, un modello normativo nella cui cornice valutare la vulnerabilità delle vittime nel caso concreto e adottare le adeguate misure di sostegno e protezione funzionali a scongiurare il rischio di vittimizzazione secondaria o ripetuta, di ritorsioni o di intimidazioni: QUATTROCOLO, Serena, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 311 ss. V. anche CASSIBBA, Fabio, *Le vittime di genere alla luce*

E così, è la legge a dover definire l'ambito in cui è riconosciuto alla vittima un diritto di informazione e di interlocuzione attraverso il recupero di una dimensione descrittiva del concetto di violenza alla persona, che non scarichi sul giudice compiti che non gli appartengono, entrando così in rotta di collisione con una serie di valori costituzionali centrali per il diritto penale, primo fra tutti proprio il principio di legalità¹¹⁵. Si potrebbe prospettare una definizione della categoria dei delitti commessi con violenza alla persona che contempra le conseguenze determinate dall'azione violenta (entità e tipologia del danno, prognosi su possibili ricadute negative), sulla falsariga dell'approccio adottato dalla direttiva 2012/29/UE e di quanto già affermato da parte della giurisprudenza di legittimità¹¹⁶.

È sempre la legge a dover costruire un modello normativo per l'intervento della vittima nella vicenda *de libertate* in cui venga adeguatamente considerato il diverso peso che hanno ruoli, prerogative, diritti, bisogni. Senza dubbio alcuno, vanno garantiti i diritti informativi della vittima sull'evoluzione dello *status custodiae*, anche al fine di una sua partecipazione al procedimento *ex art. 299 c.p.p.*, ma vanno eliminati i doveri di notificazione imposti all'accusato affidandoli al giudice, garante della libertà del prevenuto e soprattutto il destinatario (nel *sub* procedimento di revoca) del contributo che l'offeso eventualmente potrà fornire per la decisione. La cornice entro cui muoversi c'è già, l'art. 299 comma 3-*bis* c.p.p.: prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive il giudice non soltanto «sente il pubblico ministero», ma informa anche la vittima che può presentare memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p. In questo modo l'informazione funzionale all'intervento sarebbe sempre assicurata (anche nei casi di procedibilità *ex officio*) e malgrado si assista ad un appesantimento della procedura, questo graverebbe sull'organo giurisdizionale, non incidendo in alcun modo sui tempi e sulle garanzie che debbono

della Convenzione di Lanzarote e di Istanbul, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 69.

¹¹⁵ VIGANÒ, Francesco, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p. 250.

¹¹⁶ V. *supra*, § 2.

connotare l'incidente cautelare *pro libertate*: un peso che il sistema nel suo complesso è in grado di reggere.

L'attenzione riservata all'offeso non deve diventare un "pericoloso arnese" in grado di scardinare il *due process*, l'archetipo processuale che trova nelle tutele apprestate alla libertà personale dell'imputato il suo baricentro e che rappresenta una conquista irrinunciabile per i moderni sistemi di giustizia penale. La soddisfazione dei bisogni di sicurezza e protezione della vittima non si ottiene sottraendo diritti all'imputato, ma delineando un modello rigoroso di pesi e contrappesi di cui si fa garante l'organo giurisdizionale. La latitudine del protagonismo della vittima in questo contesto non può che restare nel cono d'ombra dell'azione degli organi di giustizia, sotto l'ala protettiva del giudice, chiamato ad esercitare il suo *munus* entro le strette maglie di una normativa che continua a rappresentare il miglior presidio per la libertà del prevenuto.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGREZZA, Silvia, La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 1.

ALLEGREZZA, Silvia, Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di LUPARIA, Luca, Padova, 2015, p. 3.

AMOROSO, Maria Cristina, La nozione di delitti commessi con violenza alla persona: il primo passo delle Sezioni Unite verso un nuovo viaggio, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3714.

BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè, La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 15.

BELLUTA, Hervè, Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2013.

BONINI, Valentina, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018.

BONTEMPELLI, Manfredi, Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad persona in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 151.

BRESSANELLI, Caty, La “violenza di genere” fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite chiariscono l’ambito di applicazione dell’art. 408 co. 3-bis c.p.p., in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2016.

BUZZELLI, Silvia, La fragilità probatoria del dichiarante minorenni e la giustizia penale in Europa, in CESARI, Claudia (a cura di), *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, Milano, 2015, p. 1.

CARACENI, Lina, Misure cautelari *pro victima* e diritti di libertà dell’imputato: a proposito di una convivenza faticosa, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 254.

CASSIBBA, Fabio, Le vittime di genere alla luce della Convenzione di Lanzarote e di Istanbul, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 67.

CATALANO, Elena, La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789.

CIAMPI, Stefano, Il diritto di difesa e all’informazione, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 241.

CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Torino, 2012.

DALIA, Gaspare, I presupposti dell’obbligo di notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare personale, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 2, p. 305.

DE SIMONE, Giulio, voce *Violenza*, in *Enc. dir.*, 1993, vol. XLVI, p. 881.

DIDI, Alessandro, Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 98.

DI NUZZO, Viviana, Giudizio cautelare e tutela della persona offesa, tra istanze di protezione e prospettive di partecipazione attiva, in *Legislaz. pen.*, 29.7.2020.

GIALUZ, Mitja, Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 59.

GUERRA, Mariaemmanuel, Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell’incidente cautelare, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2536.

IASEVOLI, Clelia, Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 1390.

LORUSSO, Sergio, Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 883.

LUPARIA, Luca, Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 20.

MARCHETTI, Filippo, L'intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione di una misura cautelare personale nuovamente sotto la lente della Suprema Corte, in *Dir. pen. cont.* 2019, 6, p. 121.

MORELLI, Francesco, Commento all'art. 9 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, in *Legislaz. pen.*, 2009, p. 496.

ORLANDI, Renzo, I diritti della vittima in alcune particolari modalità di definizione del rito penale, in BARGIS Marta – BELLUTA Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 167.

PATANÈ, Vania, Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 545 ss.

PAULESU, Pier Paolo, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele), in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 127.

POTETTI, Domenico, Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 975.

PROCACCINO, Angela, L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali, in DIDI, Alessandro – GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 89.

QUATTROCOLO, Serena, Vulnerabilità e *individual assessment*: l'evoluzione dei parametri di identificazione, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 297.

RAFARACI, Tommaso, Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, in *Criminalia*, 2010, p. 260.

RECCHIONE, Sandra, La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2017.

RIZZATO, Emma, L. 119/13, le novità in materia di contrasto al c.d. femminicidio, in *Quest. giust.*, 28 ottobre 2013.

ROMANELLI, Bartolomeo, Omessa notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione di misura cautelare coercitiva: problemi definitori e rimedi in sede di impugnazione, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4429.

SECHI, Paola, Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale, in *Cass. pen.*, 2017, p. 850 e 1236.

SEPE, Giuseppe, Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2014.

SPAGNOLO, Paola, Nuovi diritti informativi per la vittima di reato, in *Legislaz. pen.*, 4-7-2016.

SPAGNOLO, Paola, Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3482.

VALENTINI, Elena, Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali, in CURI, Francesca (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, p. 225.

VENTUROLI, Marco, La tutela della vittima nelle fonti europee, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 3-4, p. 86.

VENTUROLI, Marco, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015.

VICOLI, Daniele, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012.

VIGANÒ, Francesco, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002.

ZACCHÈ, Francesco, Il sistema cautelare a protezione della vittima, in BARGIS, Marta – BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 419.

ZARCONI, Chiara, La vittima: quale spazio nel processo penale, in *Quest. giust.*, 7 ottobre 2016.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 02/08/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Review 1: 01/09/2021
- Review 2: 21/09/2021
- Preliminary editorial decision: 21/09/2021
- Correction round return: 01/10/2021
- Final editorial decision: 01/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

CARACENI, Lina. La vittima nel procedimento de libertate: i precari equilibri di un nuovo protagonismo ancora troppo poco meditato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1783-1824, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.632>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Il diritto di difesa della vittima nel procedimento di revoca o sostituzione delle misure cautelari personali durante la fase delle indagini preliminari

The Right of Defense of the Victim in the Proceedings of Revocation or Substitution of Precautionary Measures during Preliminary Investigations

Filippo Marchetti¹

Università degli Studi di Pavia – Pavia, Italia

filippo.marchetti02@universitadipavia.it

 <https://orcid.org/0000-0003-0596-8929>

ABSTRACT: L'autore esamina il procedimento di sostituzione o revoca di una misura cautelare *de libertate* nell'ottica della verifica del grado di effettività delle garanzie difensive ivi assicurate alla persona offesa. A tal fine, l'analisi abbraccia i profili rappresentati dalla consistenza del compendio informativo a disposizione della vittima in vista dell'instaurazione del contraddittorio, dalla possibilità di presentare elementi utilizzabili per la decisione del giudice e, da ultimo, dalla disponibilità di strumenti per impugnare il provvedimento conclusivo del procedimento.

PAROLE CHIAVE: Persona offesa; Misure cautelari; Diritto di difesa.

ABSTRACT: *The author examines the processes of substitution or revocation of a precautionary measure to verify the effectiveness of the guarantees ensured therein to the victim. To this end, the analysis embraces the profiles represented by the quality of the dossier at disposal of the victim meant to establish the confrontation with the other parties, by the possibility to submit elements to*

¹ Dottore di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale – Università degli Studi di Pavia.

the judge, and, finally, by the availability of instruments to challenge the concluding ruling issued by the judge.

KEYWORDS: *Victim; Precautionary measures; Right to defense.*

SOMMARIO: Introduzione; 1. I diritti informativi della persona offesa nel procedimento di sostituzione e revoca delle misure cautelari personali; 2. La consistenza del compendio informativo a disposizione della vittima in vista dell'instaurazione del contraddittorio ex art. 299 c.p.p.; 3. Gli strumenti a disposizione della persona offesa per influire sulla decisione *de libertate*; 4. Presidi sanzionatori; 5. Modalità di contestazione della violazione delle prerogative partecipative dell'offeso ex art. 299 c.p.p.; Conclusioni; Bibliografia.

INTRODUZIONE

Fra i settori del processo penale italiano attraversati dal percorso di riscoperta della persona offesa² intrapreso – su impulso proveniente dalla comunità internazionale e in particolare dal diritto europeo³ – dal legislatore nazionale, un'attenzione speciale va dedicata al settore delle misure cautelari, sul quale si sono concentrate, a vari livelli, numerose

² L'ordinamento processuale penale italiano non utilizza, se non in un numero esiguo di casi, il termine vittima (come, invece, accade in sede europea, là dove l'art. 2 Direttiva 2012/29/UE definisce il soggetto in parola come la persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente dal reato), bensì quello di persona offesa, intesa quale titolare del bene giuridico offeso dal reato, identificandola, pertanto, col soggetto passivo dell'illecito penale. Come è agevole osservare, le nozioni coincidono solo in parte; poiché, tuttavia, il legislatore nazionale, nell'opera di trasposizione interna delle indicazioni europee, sembra aver ritenuto «sussistere piena equivalenza tra la nomenclatura europea e quella codicistica» (così QUATTROCOLO, Serena. Vittima e processo penale: commistioni di ruoli e di funzioni, *Rivista italiana di medicina legale*. Milano, n. 2, p. 580, 2018), nel presente lavoro si utilizzeranno quali sinonimi di vittima i termini *persona offesa*, *offeso* e *soggetto passivo del reato*.

³ Al riguardo, BELLUTA, Hervé. Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?, *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 73-92, 2019.

novelle nel corso degli anni. Nello specifico, due sono i profili che vengono in rilievo: da un lato, quello concernente la morfologia degli strumenti applicabili, ridefinita a partire dal diritto dell'offeso a essere protetto da atti di vittimizzazione ripetuta⁴ da parte dell'imputato⁵; dall'altro, quello attinente alle forme del procedimento *de libertate*, in relazione al quale si registra l'attribuzione alla vittima di facoltà e diritti di natura tanto informativa, quanto partecipativa.

Quanto al primo aspetto, va brevemente ricordato come il legislatore italiano – nel corso degli anni – abbia ricavato, in seno alla disciplina delle cautele processuali penali, un microsistema⁶ a salvaguardia della persona offesa dal reato. Si tratta, in particolare, di un apparato costituito ora da misure di nuovo conio, ovvero sia l'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.) e il divieto di avvicinamento ai luoghi

⁴ Per vittimizzazione ripetuta si intende quel fenomeno per il quale la vittima di un reato si trova a subire nuove condotte illecite da parte dello stesso autore o da soggetti a quest'ultimo vicini: al riguardo QUATTROCOLO, Serena. Vulnerabilità e *individual assessment*: l'evoluzione dei parametri di identificazione, in BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 302.

⁵ Il diritto della vittima alla protezione da condotte offensive dell'imputato trova riconoscimento in numerosi atti sovranazionali. Al riguardo, sia in questa sede consentito richiamare, per quel che riguarda l'ambito euro-unitario, l'art. 18 della Direttiva 2012/29/UE, laddove si prevede l'obbligo per gli Stati membri di proteggere la persona offesa e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, da intimidazioni e ritorsioni, se del caso attraverso procedure istituite a livello nazionale ai fini della protezione fisica dei medesimi soggetti, quali provvedimenti provvisori, ordini di protezione o di non avvicinamento (cfr. punto 52 del Considerando Direttiva 2012/29/UE). Analoghe indicazioni si ricavano, volgendo l'attenzione verso il sistema di protezione dei diritti umani istituito dal Consiglio d'Europa (in particolare, dalla Convenzione di Istanbul, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, agli artt. 51 ss.), nonché dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli artt. 2, 3 e 8 Cedu. Sul punto, fra gli altri, BONINI, Valentina. *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*. Padova: CEDAM, 2018, p. 53 s.

⁶ Sottolinea come le novità introdotte dal legislatore in materia finiscano per costituire, all'interno della disciplina generale, una sorta di microsistema, CANZIO, Giovanni. La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile", *Diritto penale e processo*. Milano, n. 10, p. 987, 2010.

frequentati dalla persona offesa (art. 282-ter c.p.p.)⁷, ora da strumenti tradizionali, se del caso ricalibrati in funzione protettiva – come accade per gli arresti domiciliari di cui all’art. 284 c.p.p., il cui comma 1-bis, introdotto dal D.L. 1° luglio 2013, n. 78, conv. con mod. l. 9 agosto 2013, n. 94, impone al giudice di individuare il *locus custodiae* «in modo da assicurare comunque le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato» –.

È, tuttavia, il secondo profilo, quello legato all’inserimento della vittima quale nuovo contraddittore nel contesto in esame, «per natura estraneo al coinvolgimento di altri soggetti privati»⁸ oltre all’imputato, a destare maggiore interesse, in quanto capace di fornire un piano di indagine privilegiato per saggiare la capacità dell’ordinamento processuale di far fronte alle nuove esigenze di cui è portatore il soggetto in parola. In questa direzione si colloca, infatti, la creazione – ad opera del D.L. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con mod. l. 15 ottobre 2013, n. 119 – del meccanismo partecipativo a disposizione della persona offesa in seno al segmento procedimentale dedicato alla sostituzione o alla revoca delle misure cautelari personali di cui all’art. 299, commi 3 e 4-bis c.p.p.⁹, che si prefigge lo scopo di assicurare al soggetto in parola la concreta possibilità di influire sulle scelte del giudice in materia di adeguamento *in melius* del regime cautelare in atto.

⁷ Al riguardo, BRONZO, Pasquale. Le “nuove” misure prescrittive, in AA. VV., *Il pluralismo delle misure cautelari personali*. Padova: CEDAM, 2017, p. 55-95; CARACENI, Lina. Misure cautelari *pro victima* e diritti di libertà dell’accusato: a proposito di una convivenza faticosa, *Archivio della nuova procedura penale*. Piacenza, n. 3, p. 254-270, 2017; NEGRI, Daniele. Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un’incontrollata prevenzione, *Giurisprudenza italiana*, Milano, n. 2, c. 467-474, 2012; ZACCHÈ, Francesco. *Criterio di necessità e misure cautelari*. Milano: Giuffrè, 2018, p. 33 s.

⁸ BONTEMPELLI, Manfredi. Novità nelle procedure di revoca e sostituzione, in DIDI, Alessandro; GERACI, Rosa Maria (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 144.

⁹ Sul punto, v. *infra* § 1. Sul contraddittorio cautelare, in generale, v. CRISTIANI, Antonio. Aspetti problematici del contraddittorio nel riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, n. 3, p. 967, 1984; MOLARI, Alfredo. Introduzione, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 137 s.

Orbene, il nuovo assetto delle prerogative della vittima nell'incidente *de libertate* non ha mancato di suscitare, a vari livelli, critiche ed obiezioni volte, per la maggior parte, a sottolinearne i riflessi pregiudizievole sui diritti dell'imputato¹⁰. Mutando parzialmente prospettiva, in questa sede si intende, invece, riguardare l'interpello cautelare dell'offeso *ex art. 299 c.p.p.*, instaurato durante la fase delle indagini preliminari, nell'ottica della verifica circa la sua reale capacità di soddisfare l'esigenza che ha spinto il legislatore alla sua forgiatura: si cercherà, in altri termini, di rispondere al quesito se esso costituisca, o meno, un'effettiva e concreta *chance* per la persona offesa di portare il proprio contributo alla decisione del giudice. Procedendo in questo senso, dopo una breve panoramica dei presupposti dell'istituto, si prenderanno in esame i profili che, tenuto conto delle specificità del rito cautelare, paiono gli indici più significativi per l'indagine che ci si ripropone di compiere: la conoscibilità, da parte della vittima, degli elementi probatori ed argomentativi che costituiscono il materiale utilizzabile per la decisione del giudice; la disponibilità in capo all'offeso di strumenti per influire, su basi di parità rispetto agli altri contendenti, sulla pronuncia giudiziale; e, infine, i rimedi a disposizione del medesimo soggetto avverso provvedimenti decisori pronunciati in spregio alle proprie prerogative partecipative, o senza tener conto delle proprie ragioni.

¹⁰ V., in tal senso, il giudizio fortemente critico di AMODIO, Ennio. Relazione introduttiva, in AA. VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 27, per il quale il «contraddittorio sulla libertà personale, introdotto con la l. n. 119/2013 che ha convertito il d.l. n. 93/2013, trasforma l'offeso nel titolare di una accusa privata che può rendersi interprete di istanze di pura vendetta». Analogamente, ma in termini più sfumati, CATALANO, Elena Maria. La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, n. 4, p. 1804, 2014; DIDI, Alessandro. Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere, *Processo penale e giustizia*. Torino, n. 2, p. 100, 2014; TODARO, Guido. Il sistema italiano di tutela della vittima: analisi e prospettive, in LUPARIA, Luca (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*. Padova: CEDAM, 2015, p. 108.

1. I DIRITTI INFORMATIVI DELLA PERSONA OFFESA NEL PROCEDIMENTO DI SOSTITUZIONE E REVOCA DELLE MISURE CAUTELARI PERSONALI.

Le prerogative assegnate alla vittima nella dinamica cautelare si compongono di diritti informativi funzionali ora a mettere al corrente il soggetto *de quo* del mutamento dello *status libertatis* dell'imputato¹¹, ora a consentirgli di partecipare attivamente al procedimento.

Quanto ai primi, si prevede che la persona offesa sia informata dell'avvenuta adozione di uno tra gli ordini di protezione disciplinati dagli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. (art. 282-*quater* c.p.p.). Accanto a questo iniziale bagaglio informativo, l'art. 299, comma 2-*bis* c.p.p., così come interpolato dal D.L. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con mod. l. 15 ottobre 2013, n. 119, dispone che i provvedimenti di revoca, sostituzione o applicazione con modalità meno gravose di una delle misure di cui agli artt. 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285, 286 c.p.p., applicate in procedimenti commessi con violenza alla persona, siano immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-assistenziali, alla persona offesa e al suo difensore, se nominato. Sempre nel contesto di procedimenti per reati violenti, alla vittima che ne abbia fatto richiesta devono inoltre essere comunicati, con l'ausilio della polizia giudiziaria, i provvedimenti di scarcerazione e di cessazione di una misura di sicurezza detentiva, nonché l'evasione dell'imputato detenuto o del condannato, e la sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva, sempre che non risulti un pericolo concreto di danno per l'autore del reato (art. 90-*ter*, comma 1 c.p.p., inserito dal D. Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212)¹².

¹¹ Anche in questo caso l'azione del legislatore nazionale si è mossa lungo i binari tracciati dalla normativa internazionale, e in particolare dall'art. 6, par. 5 e 6 della Direttiva 2012/29/UE, il quale obbliga gli Stati a prevedere che la persona offesa sia informata, previa richiesta e senza indebito ritardo, della scarcerazione o dell'evasione dell'imputato sottoposto a custodia quantomeno nelle eventualità in cui il riacquisto dello *status libertatis* da parte di quest'ultimo determini un pericolo per la vittima o per i suoi familiari. Analoghe indicazioni provengono anche dall'art. 56, par. 1, lett. b della Convenzione di Istanbul.

¹² Recentemente, la l. 19 luglio 2019, n. 69 ha inserito, nel corpo dell'art. 90-*ter* c.p.p., il comma 1-*bis*, in base al quale le comunicazioni previste dal comma 1 della medesima disposizione sono sempre effettuate, senza che sia necessaria una richiesta in tal senso, qualora si proceda per uno dei delitti previsti dagli

Per quanto riguarda, invece, le prerogative funzionali all'instaurazione del contraddittorio cautelare con la vittima, l'attenzione del legislatore è tornata sul procedimento di immutazione del regime cautelare, coniando un inedito interpello della persona offesa da reati di natura violenta, che presenta tratti alquanto peculiari. In questo senso, l'art. 299, comma 3 c.p.p. stabilisce, infatti, che, durante le indagini preliminari, la parte che chieda la sostituzione o la revoca di una delle misure cautelari coercitive di cui agli artt. 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285, 286 c.p.p. debba contestualmente notificare, a pena di inammissibilità, la relativa istanza al difensore della vittima o, in mancanza di quest'ultimo, alla persona offesa salvo che, in quest'ultimo caso, essa non abbia provveduto a dichiarare o a eleggere domicilio¹³. In questo modo, l'offeso – o il proprio difensore – è messo nelle condizioni, nei due giorni successivi alla notifica, di presentare memorie¹⁴ al giudice, il quale deve attendere, prima di poter decidere, il decorso del predetto termine¹⁵.

Come è agevole osservare, il meccanismo volto a coinvolgere l'offeso nelle dinamiche custodiali non rappresenta un istituto a carattere

artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p., nonché dagli artt. 582 e 583-*quinquies* c.p., nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, comma 1, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, comma 1, n. 1 e 2 c.p.

¹³ L'articolo in commento esclude l'obbligo di notifica qualora l'istanza sia formulata nel contesto dell'adempimento di cui all'art. 294 c.p.p. Si tratta del c.d. interrogatorio di garanzia che il giudice competente deve effettuare, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, entro cinque giorni dall'esecuzione dell'ordinanza applicativa della custodia cautelare; termine, quest'ultimo, esteso a dieci giorni qualora siano adottate misure diverse, sia coercitive che interdittive. La *ratio* dell'eccezione in parola va individuata, secondo l'opinione dottrinale maggioritaria, nell'intenzione del legislatore di mantenere inalterate la celerità e la funzione eminentemente difensiva dell'istituto di cui all'art. 294 c.p.p. In questi termini, VALENTINI, Elena. Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali, in CURI, Francesca (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*. Bologna: BUP, 2016, p. 232.

¹⁴ Sugli strumenti a disposizione della persona offesa v. *infra*, § 3.

¹⁵ Nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale il coinvolgimento della persona offesa del procedimento di sostituzione o revoca di una misura cautelare coercitiva trova realizzazione, ex art. 299, comma 4-*bis* c.p.p., attraverso un meccanismo che ricalca, con qualche minima variazione, quello delineato nel testo.

generale, essendo il suo innesco subordinato al ricorrere di taluni presupposti che ne limitano significativamente il campo di applicazione.

Innanzitutto, il contraddittorio cautelare con la vittima risulta confinato all'interno dei soli procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona. Formula, quest'ultima, non particolarmente perspicua, e che, come tale, ha reso necessario un intenso lavoro ermeneutico da parte degli interpreti al fine di precisarne la portata in termini di minor vaghezza, senza che, peraltro, si sia arrivati ad una soluzione realmente soddisfacente. Al riguardo va, infatti, ricordato come la dottrina abbia proposto diverse interpretazioni, infine coagulatesi intorno a due orientamenti principali. Secondo una prima impostazione, facente perno su di un'interpretazione strettamente ancorata alla *littera legis*, la disposizione in commento sarebbe evocativa dei soli reati commessi con la violenza fisica¹⁶. Altri, invece, privilegiando un'ermeneutica estensiva, ritengono che la formula prescelta dal legislatore dovrebbe ritenersi comprensiva anche della violenza morale e psicologica¹⁷.

Non meno variegato si presenta il panorama giurisprudenziale. Accanto, infatti, a pronunce che hanno fatto proprio l'orientamento dottrinale da ultimo ricordato¹⁸, si registra un filone giurisprudenziale di recente emersione, in base al quale la formula «delitti commessi con violenza alla persona» alluderebbe a reati – commessi con violenza tanto fisica, quanto morale – cui si è soliti associare una particolare vulnerabilità

¹⁶ Così VALENTINI, Elena. Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione, cit., p. 236.

¹⁷ In tal senso, ZACCHÈ, Francesco. Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, n. 2, p. 673, 2015.

¹⁸ In tal senso, Cass. Pen., sez. III, 8 febbraio 2017, n. 5832, D., *Giurisprudenza italiana*. Milano, n. 2, p. 424 s, 2019. Alcune delle pronunce appartenenti al filone giurisprudenziale in commento richiedono, a guisa di presupposto ulteriore rispetto a quelli indicati nel testo, che l'agito violento si iscriva in un pregresso rapporto fra vittima e imputato, con l'effetto di escludere dal campo di applicazione dell'istituto in parola i procedimenti per reati in cui la violenza sia del tutto occasionale: così Cass. Pen., sez. II, 19 settembre 2018, n. 50064, R., *Diritto & giustizia*. Milano, 9 gennaio 2019. Per una critica a siffatta impostazione, v. RUGGIERO, Rosa Anna. La tutela processuale della violenza di genere, *Cassazione penale*. Milano: Giuffrè, n. 6, p. 2353, 2014.

della vittima alla vittimizzazione ripetuta (ovverosia illeciti riconducibili alla tratta di esseri umani, al terrorismo, alla criminalità organizzata, alla violenza e allo sfruttamento sessuale, alla criminalità d'odio, o, ancora, alla violenza di genere e quella nelle relazioni strette)¹⁹.

L'istituto in commento è, poi, destinato ad operare solo allorché l'istanza cautelare presentata dall'imputato o dal pubblico ministero sia volta alla revoca ovvero alla sostituzione della misura originariamente applicata²⁰. Non è, invece, prescritto il coinvolgimento obbligatorio dell'offeso nell'ipotesi in cui il giudice proceda *ex officio* ad adeguare *in melius* il regime cautelare in atto²¹; né alcuna comunicazione deve

¹⁹ Così Cass. Pen., sez. II, 23 aprile 2020, n. 12800, C., *Processo penale e giustizia*. Torino, n. 6, p. 1433 s., 2020. Al riguardo, criticamente, ROMANELLI, Bartolomeo. *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*. Milano: EDU-Catt, 2020, p. 142 s.

²⁰ Sul punto ci si potrebbe domandare se il riferimento, all'interno dell'art. 299, comma 3 c.p.p., alla sostituzione possa indurre a ritenere necessario il coinvolgimento della persona offesa anche nell'ipotesi di aggravamento della misura cautelare. Al riguardo, parte della dottrina ritiene di rispondere negativamente al quesito poc'anzi posto, facendo perno sulla disparità di trattamento che la risposta positiva potrebbe produrre fra persona offesa e imputato, il quale, nell'ipotesi di sostituzione *in peius*, non gode del diritto a rendere interrogatorio. Così VALENTINI, Elena. Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione, cit., p. 230.

Alle considerazioni sopra riportate si potrebbe aggiungere che la stessa collocazione dei diritti informativi e partecipativi della persona offesa all'interno dei commi 3 e 4-bis dell'art. 299 c.p.p., che si occupano della revoca e della modifica *in melius*, sembra corroborare la tesi dell'esclusione della richiesta *in malam partem* dal campo di applicazione del meccanismo di coinvolgimento dell'offeso.

Ancora aperto rimane, invece, il quesito circa la doverosità, o meno, della notificazione alla vittima della domanda che solleciti, non la sostituzione della cautela originariamente applicata, bensì la semplice immutazione *in bonam partem* delle sue modalità esecutive. Sul punto sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a MARCHETTI, Filippo. L'intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione di una misura cautelare personale nuovamente sotto la lente della Suprema Corte, *Diritto penale contemporaneo*. Milano, n. 6, p. 121-133, 2019.

²¹ Ai sensi dell'art. 299, comma 3 c.p.p., il giudice può procedere *ex officio* a revocare o a sostituire *in melius* la misura cautelare in atto al momento di assumere l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare; nell'ipotesi in cui sia richiesto della proroga del termine delle indagini preliminari o

essere fornita alla vittima nel caso in cui l'istanza di parte sia diretta a far valere taluna delle cause estintive delle misure di cui agli artt. 300 e ss. c.p.p.²².

Infine, l'art. 299, comma 3 e 4-bis c.p.p., nella parte in cui impone la notifica dell'istanza «presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio», sembra porre in capo alla vittima che voglia partecipare all'incidente cautelare l'onere di nominare un patrono o – in alternativa – di dichiarare o di eleggere un domicilio per le notificazioni²³.

dell'assunzione dell'incidente probatorio; ovvero quando procede all'udienza preliminare o al giudizio.

²² Si tratta, in particolare, di ipotesi in cui l'effetto estintivo della misura non dipende da una rivalutazione dei presupposti cautelari da parte del giudice, bensì dal mero accertamento del verificarsi di taluni presupposti legati alla prosecuzione del procedimento, quali: la pronuncia di talune sentenze (art. 300 c.p.p.); il superamento del limite di durata della misura adottata per esigenze probatorie (art. 301 c.p.p.); il mancato compimento dell'interrogatorio di cui all'art. 294 c.p.p. nei termini prescritti (art. 302 c.p.p.); e, infine, il superamento dei termini massimi di custodia (artt. 303 e 308 c.p.p.).

Nel senso indicato nel testo, Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2018, n. 5717, C., Rv. 275137.

²³ In tal senso, LOMBARDI, Filippo. Tutela della vittima nella vicenda cautelare e obbligo di notificare l'istanza di revoca (o modifica) della misura, *Processo penale e giustizia*. Milano, n. 6, p. 1527, 2020; VALENTINI, Elena. Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione, cit., p. 231-232.

Al riguardo va, tuttavia, detto che la formula poco adamantina impiegata dal legislatore ha favorito la formazione, all'interno della giurisprudenza di legittimità, di due orientamenti contrapposti. Mentre, infatti, alcune sentenze hanno fatto propria la tesi dottrinale indicata nel testo, altre pronunce hanno, invece, ritenuto che l'art. 299 c.p.p. non imponga alla vittima alcun onere, di talché la notificazione dell'istanza di sostituzione e revoca le sarebbe dovuta anche nel caso in cui la stessa non abbia nominato un difensore, eletto o dichiarato domicilio. Da ultimo è accaduto che la I Sezione della Corte di cassazione, rilevando l'esistenza dell'accennata contrapposizione interpretativa, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite affinché appiani il contrasto ermeneutico: v. Cass. Pen., sez. I, ord., 4 maggio 2021, n. 22444, Gallo, consultabile al seguente indirizzo https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/p_questioni_pendenti.page.

2. LA CONSISTENZA DEL COMPENDIO INFORMATIVO A DISPOSIZIONE DELLA VITTIMA IN VISTA DELL'INSTAURAZIONE DEL CONTRADDITTORIO EX ART. 299 C.P.P.

Proseguendo lungo la linea di sviluppo tracciata in premessa, occorre focalizzare l'attenzione sulle indagini preliminari, fase in cui, per un verso, è statisticamente più frequente che si pongano questioni *de libertate* e, per l'altro, l'esercizio delle prerogative difensive dei soggetti privati coinvolti è reso maggiormente disagiata a cagione della segretezza che connota gli atti ivi compiuti dal pubblico ministero²⁴. Al riguardo, va in via preliminare ricordato come il procedimento di sostituzione o revoca di una misura cautelare coercitiva ivi attivato si svolga *de plano*, ovvero senza che a seguito del relativo atto introduttivo segua la fissazione di un'udienza *ad hoc*. In tale contesto, quindi, la realizzazione del contraddittorio – di norma, meramente cartolare – avviene attraverso «battute asincrone», con conseguente necessità, perché la contrapposizione dialettica possa dirsi realmente efficace, che «ognuno dei contendenti conosca non soltanto l'oggetto della contesa, ma anche la posizione e gli argomenti dell'altro», giacché «due [o più] pareri sull'argomento non costituiscono contraddittorio»²⁵.

A questo riguardo è, peraltro, noto che il rito *de libertate*, quantomeno nella fase preliminare, risulta imperniato su di un modello gnoseologico caratterizzato da una spiccata frammentarietà, giacché ciascuno dei suoi tradizionali protagonisti – il giudice, il pubblico ministero e l'accusato – ha a disposizione un differente patrimonio conoscitivo²⁶. Focalizzando l'attenzione sul segmento che qui più interessa, ovvero

²⁴ Sul diritto di difesa dell'accusato nel procedimento *de libertate* v., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova: CEDAM, 2012, *passim*.

²⁵ La presente citazione, insieme con le due immediatamente precedenti, è tratta da GIOSTRA, Glauco. voce Contraddittorio (principio del) II) Diritto processuale penale, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. VIII. Roma: Treccani, 2001, p. 1. Analogamente, con riferimento anche al procedimento cautelare *de libertate*, UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale*. IV ed. vol. I. Milano: Giuffrè, 2017, p. 181.

²⁶ Sul punto, DI CHIARA, Giuseppe. Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare, *Rivista di diritto processuale*. Milano, n. 1, p. 243, 2003.

quello dedicato alla revoca o alla sostituzione *in melius* delle misure cautelari personali, si osserva come in tale contesto ciascuno dei soggetti poc'anzi ricordati possiede – accanto ad un compendio di conoscenze in comune, rappresentato dagli elementi posti alla base della misura cautelare originariamente applicata²⁷ – informazioni diversificate. La parte pubblica, infatti, ha piena contezza anche «del *dossier* dell'accusa, coperto da segreto investigativo e, pertanto, nella sua interezza inaccessibile a chiunque in pendenza di fase»²⁸; l'indagato, invece, non riceve – prima della decisione del giudicante – alcuna comunicazione circa le eventuali

²⁷ Per quanto riguarda l'indagato e il suo difensore, la *discovery* degli elementi posti dal pubblico ministero a corredo della domanda di applicazione di una misura cautelare personale *ex art.* 291 c.p.p., e utilizzati dal giudice per la decisione, avviene a norma dell'art. 293, comma 3 c.p.p., in base al quale l'ordinanza applicativa della cautela, dopo la sua esecuzione o la sua notificazione, è depositata nella cancelleria del giudice che l'ha emessa insieme con la richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa. Si tratta, come autorevolmente segnalato in dottrina, di un adempimento funzionale ad un effettivo esercizio del diritto di difesa nel procedimento *de libertate*, in quanto «destinat[o] a rafforzare le garanzie dell'imputato non solo nella prospettiva della procedura di riesame di fronte al tribunale della libertà, ma anche, prima ancora, in ogni momento successivo al deposito»: così GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 56. A parte ciò, ai sensi dell'art. 366 c.p.p., il difensore dell'indagato ha, sin da subito, diritto a esaminare ed estrarre copia dei verbali degli atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria al cui compimento abbia diritto di assistere.

L'art. 299 c.p.p. non prevede espressamente che il giudice, per decidere su di un'istanza di sostituzione o revoca della cautela in atto, abbia accesso agli atti presentati dal pubblico ministero a supporto dell'iniziativa cautelare *ex art.* 291 c.p.p., e posti a fondamento della misura precedentemente applicata. Cionondimeno, si ritiene che gli elementi in parola debbano essere trasmessi al giudicante, eventualmente anche su sua richiesta, dalla parte pubblica. V., al riguardo, LEONASI, Raffaele; FERRANTI, Donatella. Il contraddittorio nell'applicazione, revoca e modifica delle misure cautelari, *Cassazione penale*. Milano, n. 8-9, p. 1653-1654, 1990; MANZIONE, Domenico. Commento all'art. 299 c.p.p., in CHIAVARIO, Mario (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*. Agg. III. Torino: UTET, 1998, p. 303; MARZADURI, Enrico. voce Misure cautelari personali (principi generali e disciplina). In *Digesto delle discipline penali*. Vol. VIII. Torino: UTET, 1994, p. 88-89.

²⁸ DI CHIARA, Giuseppe. Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare, *cit.*, p. 244.

produzioni e deduzioni del pubblico ministero²⁹; mentre il giudice dispone «di una selezione di atti offertigli dalla parte istante, eventualmente arricchiti dalle conoscenze acquisite in occasione di precedenti decisioni incidentali richiestegli dalle parti»³⁰, dai risultati delle investigazioni difensive presentatigli dai difensori *ex art. 391-octies*, comma 2 c.p.p.³¹, e – qualora la richiesta *ex art. 299* c.p.p. sia presentata dall'accusato, ovvero il giudice proceda *ex officio* ad adeguare *in melius* il regime cautelare – dal parere del magistrato inquirente formulato *ex art. 299*, comma 3-*bis* c.p.p.³².

Tale assetto normativo, apparso – da tempo – non del tutto soddisfacente nell'ottica della garanzia per il bene supremo della libertà personale dell'accusato³³, fa registrare, se riguardato dalla prospettiva della tutela delle prerogative defensionali dell'offeso, un ugualmente

²⁹ Al riguardo va, infatti, ricordato che parte della giurisprudenza ritiene, facendo ricorso all'analogia con quanto disposto dall'art. 293, comma 3 c.p.p., che il giudice, laddove rigetti un'istanza di revoca o di modifica *in melius* del regime cautelare, abbia l'obbligo di depositare, dopo aver deciso, il parere formulato dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 299, commi 3-*bis* e 4-*bis* c.p.p., nonché gli ulteriori atti dal medesimo eventualmente prodotti. In tal senso, Cass. Pen., sez. II, 20 dicembre 2000, n. 2063, Iussi, Rv. 217830; Cass. Pen., sez. VI, 10 marzo 1997, n. 976, Sassanelli, Rv. 208113.

³⁰ DI CHIARA, Giuseppe. Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare, cit., p. 244.

³¹ Per quanto riguarda l'ostensione dei risultati delle investigazioni difensive depositati *ex art. 391-octies*, comma 2 c.p.p. nei confronti degli altri contendenti processuali, l'art. 391-*octies*, comma 3 c.p.p. dispone che il pubblico ministero possa prenderne visione ed estrarne copia solo prima che venga adottata una decisione del giudice sollecitata dalle altre parti o con il loro intervento. Non è, invece, prevista alcuna *discovery* a favore delle parti private diverse dall'imputato o della persona offesa. Al riguardo, LORENZETTO, Elisa. *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*. Napoli: ESI, 2013, p. 676 s.

³² L'art. 299, comma 3-*bis* c.p.p. dispone, al riguardo, che il giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il pubblico ministero. Se questi, però, non esprime, nei due giorni successivi, il proprio parere, il giudicante può comunque procedere.

³³ Cfr. FERRAIOLI, Marzia. *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*. IV ed. Padova: CEDAM, 2014, p. 183. Nonché RUGGERI, Stefano. Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice, *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 559-603, 2018.

significativo *deficit* di tutela, che pare addebitabile, in ultima analisi, alla scarsa cura prestata al tema da parte del legislatore.

Per convincersene basti soffermare l'attenzione sulla portata dell'orizzonte conoscitivo che si schiude dinanzi al soggetto passivo del reato al momento della presentazione di un'istanza *ex art.* 299 c.p.p. La disposizione poc'anzi citata dispone in proposito che alla vittima debba essere notificata la richiesta *de libertate* ivi contemplata, ovverosia il solo atto con il quale l'istante chieda al giudice la rimozione o una variazione *in melius* del regime cautelare, insieme con le argomentazioni, in fatto e in diritto, a supporto dello stesso. Non rientrano, invece, nel campo di applicazione della disposizione tutte le produzioni o allegazioni che, pur accedendo alla richiesta in senso stretto, possano essere logicamente e materialmente separate da quest'ultima: ci si riferisce, in particolare, a eventuali documenti ovvero ai risultati delle investigazioni difensive³⁴. Né, laddove la richiesta di sostituzione o revoca sia formulata dall'indagato, è prevista alcuna forma di ostensione nei confronti dell'offeso del parere eventualmente espresso dal pubblico ministero *ex art.* 299, comma 3-*bis* c.p.p.³⁵.

Oltre alle lacune conoscitive poc'anzi evidenziate, vi sono altre ragioni che contribuiscono a penalizzare la posizione del soggetto passivo del reato nel procedimento *de quo* rispetto a quella degli altri contendenti.

³⁴ Oltre che dall'argomento testuale, l'interpretazione ricordata nel testo pare l'unica praticabile anche facendo ricorso a considerazioni di tipo sistematico. In questo senso, si pensi, solo per fare qualche esempio, alla richiesta di rimessione del processo che, *ex art.* 46, comma 1 c.p.p., deve essere depositata, con i documenti che vi si riferiscono, nella cancelleria del giudice ed è notificata entro sette giorni a cura del richiedente alle altre parti. Orbene, anche in questo caso si ritiene che l'istante sia onerato della notifica della sola domanda, non già anche degli ulteriori elementi depositati: in tal senso, GIULIANI, Livia. *Rimessione del processo e valori costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 242.

Analoghe considerazioni valgono anche per l'ipotesi contemplata dall'art. 395 c.p.p., che onera la parte che chieda l'incidente probatorio, per un verso, di depositare, nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari, la richiesta insieme con cose o documenti e, per l'altro, di notificare agli altri interessati la sola istanza: in tal senso DI CHIARA, Giuseppe. voce Incidente probatorio, in *Enciclopedia del diritto*. Agg. VI. Milano: Giuffrè, 2002, p. 558.

³⁵ Cfr. RUSSO, Carmine. *Femminicidio*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 34.

A questo riguardo va, infatti, ricordato che, per quanto non manchino occasioni nelle quali, nell'arco della fase investigativa, si aprono spazi di *discovery* degli atti in favore della difesa della vittima – si pensi, solo per fare un paio di esempi, al compimento di accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 c.p.p.), ovvero all'assunzione dell'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.), in relazione ai quali il difensore del soggetto in parola gode del diritto tanto alla partecipazione, quanto all'esame e all'estrazione di copia dei relativi verbali (artt. 366 e 401, comma 8 c.p.p.)³⁶ –, nessuna norma prevede che l'offeso sia informato del deposito del fascicolo cautelare, né che possa avervi accesso. Si tratta, come noto, del compendio di atti presentati dal pubblico ministero in occasione della formulazione di una richiesta di applicazione di una misura cautelare personale ai sensi dell'art. 291 c.p.p.³⁷, che, oltre ad essere oggetto di *disclosure* nei confronti dell'accusato, viene messo a disposizione del giudice, non solo per la decisione sull'adozione della cautela, ma anche in vista delle successive, eventuali pronunce in materia *de libertate* durante la fase preliminare³⁸. Di tutti questi atti, dunque, la vittima, al momento della presentazione di un'istanza *ex art.* 299 c.p.p., potrebbe avere una conoscenza solo parziale, e precisamente limitata agli elementi già oggetto di ostensione nei suoi confronti durante il corso delle indagini³⁹.

³⁶ Sul punto, QUAGLIERINI, Corrado, Le parti privati diverse dall'imputato e l'offeso dal reato, in UBERTIS, Giulio; VOENA Giovanni Paolo (diretto da), *Trattato di procedura penale*. vol. VIII. Milano: Giuffrè, 2003, p. 164 s.; PAULESU, Pier Paolo, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele), in BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervè (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 150.

Una completa *discovery* degli atti di indagine si realizza, a favore della persona offesa, solo nella fase conclusiva delle indagini preliminari, sia che il pubblico ministero si orienti verso la richiesta di archiviazione (art. 408, comma 3 c.p.p.), sia nell'eventualità in cui la parte pubblica eserciti l'azione penale contro l'accusato (artt. 419 c.p.p. e 131 disp. att. c.p.p.). Al riguardo, PANSINI, Carla. *Contributo dell'offeso e snodi procedurali*. Padova: CEDAM, 2004, p. 30 s.

³⁷ Al riguardo, *funditus*, VALENTINI, Elena. *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*. Bologna: BUP, 2012, p. 117 s.

³⁸ *V. retro*, nota n. 27.

³⁹ Al riguardo va, inoltre, ricordato che, salvo il caso in cui lo strumento cautelare originariamente adottato sia l'allontanamento dalla casa familiare – o il divieto di avvicinamento alla persona offesa – il cui provvedimento applicativo

Orbene, si potrebbe, *prima facie*, pensare di colmare la segnalata lacuna informativa per via ermeneutica, argomentando a partire dall'art. 116 c.p.p., che, come è noto, consente – in via generale – a chiunque vi abbia interesse di chiedere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti. In effetti, l'articolo poc'anzi richiamato è parso, secondo un'impostazione dottrinale, funzionale a consentire al difensore dell'offeso l'accesso agli atti, «che non sono coperti da segreto, in quanto noti alla persona sottoposta alle indagini»⁴⁰. Sennonché, *melius re perpensa*, esso si rivela uno strumento inadeguato ai nostri fini per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, la disposizione in commento, nella misura in cui demanda, a seconda dei casi, al pubblico ministero o al giudice un vaglio discrezionale in merito all'accoglimento, o meno, della relativa istanza, non sembra conferire al difensore della vittima, quantomeno nell'ipotesi in commento, un diritto incondizionato ad ottenere copia degli atti⁴¹; secondariamente, l'assenza di alcun termine per il rilascio sottende il rischio che la reale disponibilità degli elementi richiesti non giunga in tempo utile per l'esercizio delle facoltà attribuite in seno al procedimento di cui all'art. 299 c.p.p. che, invece, risulta scandito secondo rigide tempistiche.

Ragioni analoghe inducono a scartare anche l'opzione interpretativa che facesse perno sull'art. 335, comma 3-ter c.p.p., in base al quale, senza pregiudizio del segreto investigativo, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, la persona offesa dal reato può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo. A parte ogni considerazione in merito all'impossibilità di valersi del mezzo *de quo* quando l'istanza di sostituzione o revoca di una misura cautelare fosse formulata prima

deve, come si è visto, essere comunicato alla vittima, quest'ultima potrebbe financo essere all'oscuro dell'ordinanza *de libertate* adottata dal giudice *ex art.* 292 c.p.p., e dunque anche delle argomentazioni che sorreggono la misura di cui si chiede la sostituzione o la revoca.

⁴⁰ Così NAPPI, Aniello. *Guida al codice di procedura penale*. X ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 94.

⁴¹ Sul punto, in generale, DE AMICIS, Gaetano. *Appunti per una ricostruzione sistematica del diritto alla consultazione degli atti processuali*, *Cassazione penale*. Milano, n. 3, p. 978, 1996.

dello spirare del termine dilatorio di sei mesi dalla presentazione della denuncia o della querela, una soluzione ermeneutica di tal fatta dovrebbe comunque confrontarsi con il tenore letterale della disposizione che, pur nell'estrema genericità che la contraddistingue⁴², sembrerebbe alludere a informazioni relative all'avanzamento delle indagini e alle determinazioni del pubblico ministero, mentre difficilmente potrebbe contemplare un vero e proprio diritto all'ostensione di specifici atti di indagine in aggiunta alle ipotesi di *discovery* contemplate nel sistema⁴³.

3. GLI STRUMENTI A DISPOSIZIONE DELLA PERSONA OFFESA PER INFLUIRE SULLA DECISIONE *DE LIBERTATE*.

Una volta conclusa l'analisi circa la consistenza delle informazioni a disposizione dell'offeso in vista della costituzione del contraddittorio cautelare *ex art. 299 c.p.p.*, occorre soffermare l'attenzione sugli strumenti ad esso concessi per influire sulla decisione del giudice.

Al riguardo, l'art. 299 c.p.p. chiarisce che la persona offesa, o il suo difensore, può presentare al giudicante delle memorie *ex art. 121 c.p.p.*⁴⁴.

⁴² Cfr. CASSIBBA, Fabio. Archiviazione e nuovi diritti della persona offesa, in GIULIANI, Livia; ORLANDI, Renzo (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 127; GIARDA, Angelo. Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali, *Diritto penale e processo*. Milano, n. 10, p. 1305, 2017; GIULIANI, Livia. Indagini preliminari e udienza preliminare, in BARGIS, Marta, *Compendio di procedura penale*. X ed. Padova: CEDAM, 2020, p. 489.

⁴³ Cfr. SPAGNOLO, Paola. Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente, *Cassazione penale*. Milano, n. 10, p. 3485, 2017. In altra prospettiva si è, inoltre, segnalato che l'articolo in parola non implica «comunque il dovere del pubblico ministero di fornire alla persona offesa le informazioni richieste»: così CASSIBBA, Fabio. Archiviazione e nuovi diritti della persona offesa, cit. p. 128.

In argomento v., anche, PARLATO, Lucia. Per la persona offesa ancora piccoli passi verso una più consapevole partecipazione al procedimento. In AA. VV., *Le recenti riforme in materia penale*. Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 139-167.

⁴⁴ L'art. 121 c.p.p., cui l'art. 299 c.p.p. espressamente rinvia, si occupa, in realtà, delle memorie e delle richieste delle parti, non già di quelle della persona offesa. Segnala tale incoerenza sistematica: BELLUTA, Hervé. Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima, *Diritto penale contemporaneo*. Milano, 28 novembre 2013.

Orbene, queste ultime sono, come è noto, atti di parte intesi ad illustrare ragioni, in fatto o in diritto, a suffragio di una tesi o di una affermazione. Si tratta, quindi, di mezzi che veicolano le argomentazioni del soggetto da cui provengono verso un destinatario – nel caso di specie, il giudice – al fine di influire su di una decisione che spetta a quest'ultimo⁴⁵. Pertanto, nel procedimento in esame, è ragionevole attendersi che la persona offesa si attivi con lo strumento *de quo* al fine di contestare il merito delle ragioni adottate dall'imputato o dal pubblico ministero a sostegno dell'istanza di mutamento *in melius* del regime cautelare in atto.

Allargando lo sguardo oltre quanto esplicitamente previsto dalla disposizione in commento, si può osservare come la possibilità di presentare delle memorie non costituisca, in realtà, l'unico strumento a disposizione della vittima. Il difensore di quest'ultima può, infatti, fornire il proprio contributo attraverso la presentazione al giudice dei risultati derivanti dall'indagine difensiva. Al riguardo è noto che, benché la l. 7 dicembre 2000, n. 397 – nell'inserire nel corpo del Libro V del codice il Titolo VI-*bis* dedicato alle investigazioni difensive – non abbia fatto alcun esplicito riferimento a tale soggetto quale titolare della legittimazione a compiere questo tipo di attività, la maggior parte degli interpreti concorda nell'attribuire tale facoltà anche all'avvocato nominato dall'offeso⁴⁶.

Relativamente alle modalità di ostensione di quanto raccolto con le forme di cui agli artt. 391-*bis* e ss. c.p.p., l'art. 391-*octies*, comma 2 c.p.p. prevede, per quel che qui interessa⁴⁷, la possibilità di presentare,

⁴⁵ Al riguardo, in generale, ORLANDI, Renzo. L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*. IV ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 3 s. Nonché, con specifico riguardo alle memorie presentate dall'offeso ex art. 299 c.p.p., ZACCHÈ, Francesco. Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti, cit., p. 676.

⁴⁶ GRIFANTINI, Fabio Maria. *La persona offesa del reato nella fase delle indagini preliminari*. Napoli: Editoriale scientifica, 2012, p. 302; LORENZETTO, Elisa. *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., p. 128 s.; PARLATO, Lucia. *Il contributo della vittima tra azione e prova*. Palermo: Torri del Vento, 2012, p. 138; TRIGGIANI, Nicola. *Le investigazioni difensive*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 91 s.

⁴⁷ La disposizione prevede, oltre a quella indicata nel testo, altre due ipotesi di ostensione dei risultati ottenuti dall'attività di investigazione difensiva: la

nel corso delle indagini preliminari, gli elementi acquisiti direttamente al giudicante affinché questi ne tenga conto nel caso in cui debba adottare una decisione con o senza l'intervento della parte assistita, e quindi anche in vista della sostituzione o della revoca di una misura *de libertate*⁴⁸.

Sul punto occorre soffermarsi ulteriormente al fine di sgomberare il campo da una possibile obiezione. Giacché, come si è testé osservato, la disposizione da ultimo citata si riferisce espressamente alla «parte assistita», si potrebbe ritenere, facendo perno sulla circostanza che la vittima non può essere considerata una parte in senso tecnico-giuridico, che il patrono della persona offesa, pur potendo svolgere l'attività di ricerca di elementi a favore del proprio assistito, non possa presentarli al giudice per le indagini preliminari nel modo sopra descritto. Un simile ragionamento, però, non meriterebbe di essere condiviso: come si è convincentemente sostenuto in dottrina, la locuzione di cui si discute non deve essere intesa nella sua accezione tecnica, come si desume dal fatto che l'orizzonte temporale in cui si colloca l'art. 391-*octies*, comma 2 c.p.p. è rappresentato dalle indagini preliminari, segmento procedimentale nel quale agiscono, più propriamente, soggetti e non «parti»⁴⁹.

Deve essere, infine, escluso che l'offeso possa presentare il proprio contributo attraverso dichiarazioni rese oralmente dinanzi al magistrato investito della decisione. Al riguardo va, infatti, osservato che mentre alla persona sottoposta alle indagini è riconosciuto – alle condizioni previste dall'art. 299, comma 3-*ter* c.p.p.⁵⁰ – il diritto di essere interrogata

presentazione al giudice nel corso dell'udienza preliminare, ovvero il deposito, durante la fase investigativa, nella segreteria del pubblico ministero.

⁴⁸ Analogamente PAULESU, Pier Paolo, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele), cit., p. 152, per il quale «la facoltà della vittima di allegare memorie (art. 121 c.p.p.) in sede di revoca o sostituzione delle misure cautelari sottende una pregressa ed autonoma attività di ricerca di dati utili».

⁴⁹ Così GRIFANTINI, Fabio Maria. *La persona offesa del reato nella fase delle indagini preliminari*, cit., p. 300.

⁵⁰ L'articolo citato nel testo prevede che il giudice, valutati gli elementi addotti per la revoca o la sostituzione delle misure, prima di procedere possa assumere l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini; facoltà che diventa un obbligo per lo stesso giudicante allorché l'istanza di modifica del regime cautelare sia fondata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati. Sul punto, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici,

dal giudicante, nessuna disposizione accorda alla vittima del reato – all'interno della cornice della fase investigativa – analoga prerogativa. Né è possibile che il giudice per le indagini preliminari proceda *sua sponte* a sentire l'offeso, dal momento che i suoi poteri probatori officiosi devono intendersi limitati, ai sensi dell'art. 299, comma 4-ter c.p.p., al compimento di accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato⁵¹.

4. PRESIDI SANZIONATORI.

L'effettività delle prerogative difensive concesse alla persona offesa va ora misurata sul metro della reazione approntata dall'ordinamento in caso di loro indebita pretermissione. In questo senso, l'indagine deve abbracciare tanto l'ipotesi in cui l'illegittima omissione della notificazione dell'istanza *ex art.* 299 c.p.p. abbia impedito alla vittima di fornire il proprio contributo, tanto il caso in cui – pur correttamente instaurato il contraddittorio – il giudice non abbia tenuto conto delle deduzioni o delle argomentazioni provenienti dall'offeso.

In merito alla prima eventualità, il legislatore è intervenuto in modo espresso, comminando l'inammissibilità dell'istanza. *Prima facie*, sembrerebbe, quindi, che l'ordinamento si sia dotato di un efficace strumento reattivo quantomeno contro la più macroscopica violazione delle prerogative della vittima *in subiecta materia*: l'impressione viene, tuttavia, smentita sol che si consideri il caso in cui il giudice, anziché procedere alla declaratoria di inammissibilità, erroneamente si pronunci sulla fondatezza della richiesta indebitamente non notificata alla persona offesa. Occorre, nello specifico, domandarsi se l'originario vizio dell'atto di parte possa estendersi anche al successivo provvedimento giurisdizionale, ovvero se esso vada incontro a qualche forma implicita di sanatoria.

v. BUZZELLI, Silvia. Commento all'art. 299 c.p.p., in ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Padova: CEDAM, 2020, p. 1358 s.

⁵¹ Cfr. FIORIO, Carlo. *Libertà personale e diritto alla salute*. Padova: CEDAM, 2002, p. 283 s.; SPANGHER, Giorgio. *La pratica del processo penale*. vol. III. Padova: CEDAM, 2014, p. 810.

Il quesito non si presta ad una pronta ed agevole soluzione, come testimoniato dalla pluralità di soluzioni offerte dagli interpreti. Secondo un primo orientamento, nel caso in esame, l'ordinanza *ex art. 299 c.p.p.* dovrebbe considerarsi affetta da nullità ai sensi dell'art. 178, lett. c c.p.p., per violazione di disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza delle parti private, e come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio cautelare⁵². Si tratta, però, di una tesi non condivisibile in quanto trascura che, *de iure condito*, alla persona offesa non è formalmente attribuita la qualità di parte, con conseguente impossibilità di invocare ai fini di cui si discute l'art. 178, lett. c c.p.p.

Riguardata la questione da un differente angolo di visuale, altri sostengono che si dovrebbe, invece, fare ricorso alla categoria dell'invalidità derivata⁵³. In questa prospettiva, l'inammissibilità dell'istanza indebitamente non notificata si comunicerebbe all'atto successivo che dalla domanda stessa dipende, ossia all'ordinanza pronunciata *ex art. 299 c.p.p.*⁵⁴. Orbene, anche questo secondo orientamento non risulta del tutto condivisibile. Poiché, come ricordato in dottrina, l'inammissibilità costituisce un vizio riferibile esclusivamente agli atti di parte di natura

⁵² Cass. Pen., sez. VI, 22 marzo 2019, n. 27601, Pascale, Rv. 276077; Così Cass. Pen., sez. V, 12 giugno 2017, n. 43103, Urso, Rv. 271009.

⁵³ Per invalidità derivata deve intendersi quel fenomeno di comunicazione di un medesimo vizio da un atto ad uno consecutivo che dal primo dipende dal punto di vista logico giuridico. Al riguardo, FONTI, Rossella. *L'inammissibilità degli atti processuali penali*. Padova: CEDAM, 2008, p. 42 s.

⁵⁴ In tal senso, *ex pluribus*, Cass. Pen., sez. VI, 14 novembre 2017, n. 8691, *Diritto & giustizia*. Milano, 23 febbraio 2018; Cass. Pen., sez. II, 14 luglio 2016, n. 35576, Fassih, Rv. 267500; Cass. Pen., sez. VI, 23 luglio 2015, n. 35613, p.o. in proc. T., Rv. 264342; Cass. Pen., sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717, p.o. in proc. D., *Giurisprudenza italiana*. Milano, n. 3, c. 727, 2015.

Una parte della dottrina che aderisce all'orientamento in parola ritiene, altresì, che nelle ipotesi di cui all'art. 299, comma 3 c.p.p. – in cui, come è noto, il giudice può procedere *ex officio* ad adeguare, *in bonam partem*, il regime cautelare in atto – l'ordinanza di sostituzione o revoca pronunciata a seguito della presentazione di un'istanza inammissibile dovrebbe considerarsi del tutto legittima, dal momento che l'esistenza di un potere ufficioso spezzerebbe il legame di interdipendenza logico-giuridica fra domanda di parte e provvedimento decisorio. In tal senso, VALENTINI, Elena. Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali, cit., p. 239.

petitoria, il cui riscontro nel caso concreto determina l'inattitudine della richiesta «a vincolare il giudice ad emettere una pronuncia sul merito di essa»⁵⁵, appare, invero, assai disagiata sostenere che l'invalidità in parola possa trasmettersi al provvedimento del giudicante⁵⁶.

A tal punto, non resta che prendere atto dell'esistenza, in merito alla corretta soluzione da dare al quesito che ci occupa, di un ventaglio di opzioni interpretative, nessuna delle quali si rivela, però, appagante. Tale circostanza, dovuta principalmente alla scarsa attenzione prestata dal legislatore al tema, rischia di riflettersi negativamente sui diritti partecipativi della vittima in seno al procedimento di cui all'art. 299 c.p.p., nella misura in cui impedisce di dare una risposta sanzionatoria certa alla loro indebita pretermissione.

Non meno problematica si presenta anche la seconda delle ipotesi in esame, relativa alla mancata valutazione da parte del giudice del contributo argomentativo o probatorio dell'offeso. In questo caso, infatti, l'assenza di alcuna comminatoria espressa di nullità impedisce, mercé il principio di tassatività *ex art. 177 c.p.p.*, di ritenere invalida l'ordinanza giudiziale. Al riguardo va, però, detto che in simili evenienze il provvedimento del giudice, nella misura in cui vanifica la possibilità concessa alla persona offesa di influire sulla decisione *de libertate*, potrebbe considerarsi affetto da vizio di motivazione⁵⁷, che è possibile – se del caso – far valere attraverso l'attivazione dell'appropriato strumento di impugnazione⁵⁸.

⁵⁵ Così DELOGU, Tullio. *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1938, p. 51.

⁵⁶ In dottrina, infatti, la tesi maggioritaria nega che si possa parlare di inammissibilità derivata in capo all'atto del giudice: in tal senso, per tutti, CAPONE, Arturo. *L'invalidità nel processo penale*. Tra teoria e dogmatica. Padova: CEDAM, 2012, p. 119.

⁵⁷ Analogamente, in generale, RIVELLO, Pier Paolo. La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti, in UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretto da), *Trattato di procedura penale*. vol. X.1. Milano: Giuffrè, 1999, p. 104.

Secondo alcuni interpreti, invece, il giudice non sarebbe tenuto a tenere in considerazione le ragioni in fatto e in diritto introdotte dalla persona offesa: in tal senso QUATTROCOLO, Serena. Vittima e processo penale: commistioni di ruoli e di funzioni, cit., p. 583; ZACCHÈ, Francesco. Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti, cit., p. 676.

⁵⁸ V., sul punto, *infra*, § 5.

5. MODALITÀ DI CONTESTAZIONE DELLA VIOLAZIONE DELLE PREROGATIVE PARTECIPATIVE DELL'OFFESO EX ART. 299 C.P.P.

Se le considerazioni poc'anzi formulate lasciano insoddisfatti circa la capacità del sistema di reagire adeguatamente alla violazione delle garanzie partecipative della persona offesa all'interno del procedimento di revoca o sostituzione di una misura cautelare, la sensazione risulta addirittura rafforzata sol che si volga l'attenzione verso il profilo relativo alle modalità con le quali contestare il provvedimento adottato senza tener conto delle osservazioni della vittima, ovvero senza che quest'ultima sia stata messa nelle condizioni di fornire il proprio contributo⁵⁹.

Al riguardo, va osservato come già i primi commentatori del D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 abbiano indicato l'aspetto in esame quale punto debole del nuovo istituto, tale da incrinarne l'effettività⁶⁰. Il legislatore non ha, infatti, espressamente conferito alla vittima la legittimazione ad impugnare il provvedimento adottato in spregio dei suoi diritti informativi e di partecipazione di cui all'articolo 299 c.p.p. Si è, pertanto, correttamente sostenuto, facendo perno sul principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, che nel caso che ci occupa l'unico strumento a disposizione della persona offesa è costituito dall'art. 572 c.p.p., in base al quale essa può solamente sollecitare il pubblico ministero ad introdurre il mezzo di impugnazione adeguato,

⁵⁹ Vale la pena ricordare come il tema della legittimazione della persona offesa ad impugnare le decisioni che dispongono la cessazione o la modulazione *in melius* del regime cautelare applicato all'imputato sia affrontato solo tangenzialmente dalle fonti europee. In questo senso, il Punto n. 33 del Considerando della Direttiva 2012/29/UE dispone che le vittime dovrebbero essere informate in merito all'eventuale diritto di presentare ricorso avverso una decisione di scarcerazione dell'autore del reato, se tale diritto esiste nell'ordinamento nazionale.

Orbene, la collocazione della disposizione in commento e la sua formulazione letterale non consentono di ritenere che l'atto normativo in parola abbia introdotto un obbligo per gli Stati membri di garantire all'offeso la possibilità di impugnare i provvedimenti in materia *de libertate*.

⁶⁰ DIDI, Alessandro. Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere, cit., p. 100.

ovverosia l'appello di cui all'art. 310 c.p.p.⁶¹. Tale congegno, però, è parso – per vero, non da oggi – del tutto inefficace a tutelare le ragioni del soggetto che ci occupa. Come sottolineato in dottrina, esso finisce per rimettere la tutela delle prerogative dell'offeso dal reato alla discrezionalità dell'organo inquirente, cui viene posto, nel caso in cui non accolga la sollecitazione *ad impugnandum*, il solo obbligo di motivare il proprio diniego⁶².

Proprio per superare i limiti ora segnalati, la giurisprudenza ha percorso strade alternative, che – benché non supportate dal dato normativo, e dunque non condivisibili sul piano metodologico, ancor prima che per i risultati raggiunti – paiono di estremo interesse per l'interprete, in quanto espressione di quella tendenza giurisprudenziale a farsi carico delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato e, a tal fine, a ricercare, anche al prezzo di forzature delle consolidate categorie codicistiche, nuove soluzioni. Al riguardo, mette conto di segnalare come, accanto ad alcune pronunce che hanno fatto applicazione dell'art. 572 c.p.p. nel senso sopra indicato⁶³, in seno alla Suprema Corte si siano formati altri due orientamenti⁶⁴.

⁶¹ Sull'appello cautelare ex art. 310 c.p.p. v, da ultimo, MAGGIO, Paola. Le impugnazioni delle misure cautelari personali, in UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretto da), *Trattato di procedura penale*. vol. XX. Milano: Giuffrè, 2018, p. 405 s.

⁶² In questo senso, CAMPOLI, Enrico. La tutela della persona offesa nella violenza di genere: brevi riflessioni sulle novelle processuali, *Archivio della nuova procedura penale*. Piacenza, n. 3, p. 222, 2014, il quale sostiene che lo strumento di cui all'art. 572 c.p.p. «appare non solo del tutto blando, ma anche, in alcuni casi, potenzialmente in “conflitto di interessi” con le posizioni che l'organo dell'accusa può aver assunto in quello specifico procedimento».

Alla segnalazione della lacuna è, peraltro, seguita, da parte di taluni interpreti, una sollecitazione a valutare l'opportunità di dare maggior spazio alla persona offesa nei giudizi sulle impugnazioni *de libertate*: v., in tal senso, MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al Tribunale della libertà, in GIULIANI, Livia (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 225.

⁶³ In tal senso, Cass. Pen., sez. V, 17 ottobre 2017, n. 5820, p.o. in proc. G., *Diritto penale e processo*, Milano, n. 2, p. 244 ss., 2019; Cass. Pen., sez. V, 17 maggio 2017, n. 54319, p.o. in proc. B. e a., Rv. 272005.

⁶⁴ Gli orientamenti cui ci si riferisce nel testo riguardano vicende in cui alla persona offesa non veniva notificata l'istanza di sostituzione o revoca di una misura cautelare coercitiva, in violazione dell'art. 299 c.p.p. Stando ai

Orbene, un primo schema di pensiero ritiene, andando ben oltre il dato letterale, che alla vittima del reato debba riconoscersi la possibilità di far valere la mancata notificazione della richiesta di revoca o sostituzione delle cautele attraverso la presentazione diretta dell'appello *de libertate* di cui all'art. 310 c.p.p.⁶⁵, senza, quindi, che si renda necessaria la mediazione del pubblico ministero. Si tratta, come anticipato, di un'impostazione non convincente. Dal momento che l'art. 310, comma 1 c.p.p. attribuisce *expressis verbis* la legittimazione ad azionare il rimedio ivi contemplato al pubblico ministero, all'imputato e al suo difensore, la soluzione testé ricordata si pone in patente contrasto con il canone scolpito nell'art. 568, comma 3 c.p.p., secondo cui il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente lo conferisce.

Al fine di superare l'ostacolo rappresentato dall'art. 568, comma 3 c.p.p. altro e diverso indirizzo interpretativo ha ritenuto possibile fare applicazione dell'art. 568, comma 2 c.p.p., a norma del quale sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decida sulla libertà personale. In questa prospettiva, si è affermato che, in virtù di un'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali che si occupano dei diritti della persona offesa dal reato, l'esplicita previsione della sanzione di inammissibilità «comporta conseguentemente la possibilità di farla valere dalla parte nei cui confronti la sanzione è stata eminentemente apprestata»⁶⁶. Cosicché, a fronte del silenzio del legislatore circa il rimedio a disposizione dell'offeso, spetterebbe all'interprete ritrovare all'interno dell'ordinamento il mezzo

provvedimenti editi, non risulta che la giurisprudenza si sia mai espressa in relazione al diverso caso in cui il giudice, pur avendo contezza del contributo della vittima, abbia disposto il mutamento del regime *de libertate* senza tenerne conto: anche in questa eventualità, deve ritenersi che l'unico strumento a disposizione dell'offeso sia la formulazione di una sollecitazione, *ex art.* 572 c.p.p., al pubblico ministero perché impugni il provvedimento attraverso il mezzo dell'appello di cui all'art. 310 c.p.p.

⁶⁵ Tale interpretazione viene sostenuta in Cass. Pen., sez. I, 28 giugno 2016, n. 51402, Zacheo, *Diritto & Giustizia*. Milano, n. 95, p. 2, 2016; Cass. Pen., sez. VI, 23 luglio 2015, n. 35613, p.o. in proc. T., Rv. 264342; Cass. Pen., sez. V, 31 marzo 2015, n. 35735, p.o. in proc. S., Rv. 265866.

⁶⁶ Così, Cass. Pen., sez. V, 20 settembre 2016, n. 7404, p.o. in proc. M., *Cassazione penale*. Milano, n. 12, p. 4428, 2017.

più appropriato, tenendo in adeguata considerazione i principi che reggono la disciplina delle impugnazioni. Poiché fra questi ultimi si rinviene, come ricordato, il principio di tassatività, l'unica soluzione praticabile consisterebbe nel riconoscere la legittimazione della vittima a proporre ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 568, comma 2 c.p.p. Tale, ultimo strumento, infatti, trovando un esplicito referente costituzionale nell'art. 111, comma 7 Cost. – a mente del quale è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti sulla libertà personale – potrebbe essere correttamente invocato anche dalla persona offesa, pure in assenza di una esplicita previsione in tal senso⁶⁷.

Anche questo secondo orientamento prova troppo. A non convincere è, in particolare, il richiamo alla garanzia di cui all'art. 111, comma 7 Cost. quale fondamento del diritto della persona offesa ad impugnare i provvedimenti in materia *de libertate*, giacché essa, più propriamente, mira a offrire uno strumento di tutela al soggetto che soffre la limitazione della propria libertà personale⁶⁸ (ovvero, secondo parte della dottrina, anche alla parte pubblica chiamata a salvaguardare le istanze di sicurezza della comunità)⁶⁹.

⁶⁷ Tale soluzione ha trovato accoglimento in Cass. Pen., sez. V, 20 settembre 2016, n. 7404, p.o. in proc. M., cit., p. 4426 s.; Cass. Pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 6864, p.o. in proc. P., *Cassazione penale*. Milano, n. 10, p. 3753, 2016; Cass. Pen., sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717, p.o. in proc. D., cit.

Per una rassegna degli orientamenti ricordati v. ROMANELLI, Bartolomeo. Omessa notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione di misura cautelare coercitiva: problemi definatori e rimedi in sede di impugnazione, *Cassazione penale*. Milano, n. 12, p. 4429-4439, 2017.

⁶⁸ Al riguardo, GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 234, per il quale la funzione primaria dell'art. 111, comma 7 Cost. consisterebbe nel «sancire la necessità che in ordine a tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale dell'imputato venga quantomeno assicurata, accanto alle garanzie della riserva di legge e della riserva di giurisdizione fissate dall'art. 13 Cost., la garanzia del successivo controllo di legittimità in cassazione».

⁶⁹ In proposito, va detto che parte della dottrina, facendo leva sul riferimento – contenuto nell'art. 111, comma 7 Cost. – ai provvedimenti sulla libertà personale, non già a quelli limitativi di quest'ultima, ha sottolineato come la disposizione *de qua* parrebbe fornire copertura alla legittimazione al ricorso anche da parte di soggetti diversi dalla persona ristretta (segnatamente della

CONCLUSIONI

Tirando le fila del discorso sin qui condotto, pare giunto il momento per formulare alcune riflessioni conclusive. L'analisi circa la consistenza delle facoltà riconosciute alla persona offesa nel procedimento di sostituzione o revoca delle misure *ex art.* 299, comma 3 c.p.p. ha evidenziato l'inadeguatezza dell'attuale disciplina a garantirle un vero e proprio diritto al contraddittorio cautelare.

In questa prospettiva si è osservato come, nel momento della presentazione di una istanza *ex art.* 299 c.p.p., l'orizzonte conoscitivo della vittima circa gli atti a disposizione per la decisione sia assai limitato, specialmente se paragonato a quello degli altri contendenti processuali. Un *deficit* cognitivo, quest'ultimo, che depotenzia grandemente l'efficacia dell'intervento del soggetto in parola.

Una più significativa considerazione per la posizione dell'offeso si registra, invece, spostando l'attenzione sul compendio di strumenti che esso può utilizzare per influire sulla decisione del giudice, che si compone – in questo caso, su di un piano di tendenziale parità rispetto all'accusato – di atti a contenuto tanto argomentativo (memorie), quanto probatorio (risultati delle investigazioni difensive).

Si è visto come al riconoscimento formale di diritti partecipativi alla vittima nel procedimento *de libertate* non si accompagni, però, un adeguato apparato di sanzioni e rimedi, per i casi di disapplicazione nel caso concreto delle prerogative riconosciute all'offeso. I dubbi che circondano tanto la natura dell'invalidità derivante dall'indebita mancata attivazione dell'interpello cautelare *ex art.* 299, comma 3 c.p.p., tanto le modalità con cui far valere tale vizio, lasciano, invero, insoddisfatti circa la capacità dell'ordinamento di garantire, in concreto, le prerogative in parola che, in astratto, trovano invece una perentoria

parte pubblica). In tal senso CHIAVARIO, Mario. *Processo penale e garanzie della persona*. III ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 257.

Pur intesa in questo senso, la disposizione in commento non sembra utilmente invocabile al fine di enucleare il diritto della persona offesa a ricorrere per cassazione in materia *de libertate*, dal momento che una simile interpretazione finirebbe per travolgere la *ratio* di garanzia della norma.

affermazione⁷⁰. Tanto da condurre la giurisprudenza a farsi carico di colmare le lacune lasciate dal legislatore attraverso interpretazioni creative che, come si è visto, benché ispirate a comprensibili logiche di giustizia sostanziale, risultano incompatibili con il doveroso rispetto del principio di legalità in materia *de libertate*.

Alla luce delle considerazioni poc'anzi formulate, sembra che la risposta all'interrogativo posto in premessa debba essere negativa: l'interpello cautelare con l'offeso di cui all'art. 299 c.p.p. si dimostra, infatti, non all'altezza delle aspettative che hanno accompagnato la sua introduzione. Si avverte, in particolare, la sensazione di trovarsi ancora ben lontani dal riconoscimento alla persona offesa di un vero e proprio diritto a partecipare attivamente alla cognizione *de libertate*.

BIBLIOGRAFIA

AMODIO, Ennio. Relazione introduttiva. In AA. VV. *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 15-27.

BELLUTA, Hervé. Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano? *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 73-92, 2019.

BELLUTA, Hervé. Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 28 novembre 2013.

BONINI, Valentina. *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova: CEDAM, 2018.

BONTEMPELLI, Manfredi. Novità nelle procedure di revoca e sostituzione. In: DIDDLE, Alessandro; GERACI, Rosa Maria (a cura di). *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 143-167.

BRONZO, Pasquale. Le “nuove” misure prescrittive. In AA. VV. *Il pluralismo delle misure cautelari personali*. Padova: CEDAM, 2017, p. 55-95.

BUZZELLI, Silvia. Commento all'art. 299 c.p.p. In ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (a cura di). *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Padova: CEDAM, 2020, p. 1352-1364.

⁷⁰ Cfr. QUATTROCOLO, Serena. Vittima e processo penale: commistioni di ruoli e di funzioni, cit., p. 583.

CANZIO, Giovanni. La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 8, p. 985-992, 2010.

CAPONE, Arturo. *L'invalidità nel processo penale*. Tra teoria e dogmatica. Padova: CEDAM, 2012.

CAMPOLI, Enrico. La tutela della persona offesa nella violenza di genere: brevi riflessioni sulle novelle processuali. *Archivio della nuova procedura penale*, Piacenza, n. 3, p. 221-224, 2014.

CARACENI, Lina. Misure cautelari *pro victima* e diritti di libertà dell'accusato: a proposito di una convivenza faticosa. *Archivio della nuova procedura penale*, Piacenza, n. 3, p. 254-270, 2017.

CASSIBBA, Fabio. Archiviazione e nuovi diritti della persona offesa. In GIULIANI, Livia; ORLANDI, Renzo (a cura di). *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 119-158.

CATALANO, Elena Maria. La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 4, p. 1789-1814, 2014.

CHIAVARIO, Mario. *Processo penale e garanzie della persona*. III ed. Milano: Giuffrè, 1984.

CRISTIANI, Antonio. Aspetti problematici del contraddittorio nel riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, n. 3, p. 962-982, 1984.

DE AMICIS, Gaetano. Appunti per una ricostruzione sistematica del diritto alla consultazione degli atti processuali. *Cassazione penale*, Milano, n. 3, p. 978-984, 1996.

DELOGU, Tullio. *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1938.

DI CHIARA, Giuseppe. Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare. *Rivista di diritto processuale*, Milano, n. 1, p. 229-259, 2003.

DI CHIARA, Giuseppe. voce Incidente probatorio. In *Enciclopedia del diritto*. Agg. VI. Milano: Giuffrè, 2002, p. 546-565.

DIDDI, Alessandro. Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere. *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 2, p. 91-111, 2014.

FERRAIOLI, Marzia. *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*. IV ed. Padova: CEDAM, 2014.

FIORIO, Carlo. *Libertà personale e diritto alla salute*. Padova: CEDAM, 2002.

FONTI, Rossella. *L'inammissibilità degli atti processuali penali*. Padova: CEDAM, 2008.

GIARDA, Angelo. Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 10, p. 1302-1306, 2017.

GIOSTRA, Glauco. voce Contraddittorio (principio del) II) Diritto processuale penale. In *Enciclopedia giuridica Treccani*. vol. VIII. Roma: Treccani, 2001, p. 1-13.

GIULIANI, Livia. Indagini preliminari e udienza preliminare. In BARGIS, Marta, *Compendio di procedura penale*. X ed. Padova: CEDAM, 2020, p. 418-564.

GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova: CEDAM, 2012.

GIULIANI, Livia. *Rimessione del processo e valori costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2002.

GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*. Milano: Giuffrè, 2000.

GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1976.

GRIFANTINI, Fabio Maria. *La persona offesa del reato nella fase delle indagini preliminari*. Napoli: Editoriale scientifica, 2012.

LEONASI, Raffaele; FERRANTI, Donatella. Il contraddittorio nell'applicazione, revoca e modifica delle misure cautelari. *Cassazione penale*. Milano, n. 8-9, p. 1651-1654, 1990.

LOMBARDI, Filippo. Tutela della vittima nella vicenda cautelare e obbligo di notificare l'istanza di revoca (o modifica) della misura. *Processo penale e giustizia*. Milano, n. 6, p. 1517-1532, 2020.

LORENZETTO, Elisa. *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*. Napoli: ESI, 2013.

MAGGIO, Paola. Le impugnazioni delle misure cautelari personali. In UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretto da). *Trattato di procedura penale*. vol. XX. Milano: Giuffrè, 2018.

MANZIONE, Domenico. Commento all'art. 299 c.p.p. In CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Commento al codice di procedura penale*. Agg. III. Torino: UTET, 1998, p. 301-312.

MARCHETTI, Filippo. L'intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione di una misura cautelare personale nuovamente sotto la lente della Suprema Corte. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, n. 6, p. 121-133, 2019.

MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al Tribunale della libertà. In GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211-248.

MARZADURI, Enrico. voce Misure cautelari personali (principi generali e disciplina). In *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. VIII. Torino: UTET, 1994, p. 59-98.

MOLARI, Alfredo. Introduzione. In AA. VV. *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 137-145.

NAPPI, Aniello. *Guida al codice di procedura penale*. X ed. Milano: Giuffrè, 2007.

NEGRI, Daniele. Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione. *Giurisprudenza italiana*, Milano, n. 2, c. 467-474, 2012.

ORLANDI, Renzo. L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale. In AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*. IV ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 3-66.

PANSINI, Carla. *Contributo dell'offeso e snodi procedurali*. Padova: CEDAM, 2004.

PARLATO, Lucia. Per la persona offesa ancora piccoli passi verso una più consapevole partecipazione al procedimento. In AA. VV., *Le recenti riforme in materia penale*. Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 139-167.

PARLATO, Lucia. *Il contributo della vittima tra azione e prova*. Palermo: Torri del Vento, 2012.

PAULESU, Pier Paolo. Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele). In BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di). *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 127-166.

QUAGLIERINI, Corrado. Le parti privati diverse dall'imputato e l'offeso dal reato. In UBERTIS, Giulio; VOENA Giovanni Paolo (diretto da). *Trattato di procedura penale*. vol. VIII. Milano: Giuffrè, 2003.

QUATTROCOLO, Serena. Vittima e processo penale: commistioni di ruoli e di funzioni. *Rivista italiana di medicina legale*, Milano, n. 2, p. 577-598, 2018.

QUATTROCOLO, Serena. Vulnerabilità e *individual assessment*: l'evoluzione dei parametri di identificazione. In BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di). *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 297-324.

RIVELLO, Pier Paolo. La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti. In UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo (diretto da). *Trattato di procedura penale*. vol. X.1. Milano: Giuffrè, 1999.

ROMANELLI, Bartolomeo. *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*. Milano: EDUCatt, 2020.

ROMANELLI, Bartolomeo. Omessa notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione di misura cautelare coercitiva: problemi definitivi e rimedi in sede di impugnazione. *Cassazione penale*, Milano, n. 12, p. 4429-4439, 2017.

RUGGERI, Stefano. Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 559-603, 2018.

RUGGIERO, Rosa Anna. La tutela processuale della violenza di genere, *Cassazione penale*. Milano: Giuffrè, n. 6, p. 2352-2359, 2014.

RUSSO, Carmine. *Femminicidio*. Milano: Giuffrè, 2013.

SPAGNOLO, Paola. Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente. *Cassazione penale*, Milano, n. 10, p. 3482-3490, 2017.

SPANGHER, Giorgio. *La pratica del processo penale*. vol. III. Padova: CEDAM, 2014.

TODARO, Guido. Il sistema italiano di tutela della vittima: analisi e prospettive. In LUPARIA, Luca (a cura di). *Lo statuto europeo delle vittime di reato*. Padova: CEDAM, 2015, p. 99-115.

TRIGGIANI, Nicola. *Le investigazioni difensive*. Milano: Giuffrè, 2002.

UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale*. IV ed. vol. I. Milano: Giuffrè, 2017.

VALENTINI, Elena. Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali. In CURI, Francesca (a cura di). *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*. Bologna: BUP, 2016, p. 225-140.

VALENTINI, Elena. *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*. Bologna: BUP, 2012.

ZACCHÈ, Francesco. *Criterio di necessità e misure cautelari*. Milano: Giuffrè, 2018.

ZACCHÈ, Francesco. Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 2, p. 646-677, 2015.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 13/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Review 1: 18/09/2021
- Review 2: 22/09/2021
- Preliminary editorial decision: 22/09/2021
- Correction round return: 01/10/2021
- Final editorial decision: 01/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MARCHETTI, Filippo. Il diritto di difesa della vittima nel procedimento di revoca o sostituzione delle misure cautelari personali durante la fase delle indagini preliminari. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1825-1858, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.630>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Forecasting the future while investigating the past. The use of computational models in pre-trial detention decisions

Prevedere il futuro indagando il passato. L'uso di modelli computazionali nelle decisioni cautelari

Serena Quattrocolo¹

Università del Piemonte orientale, Italy

serena.quattrocolo@uniupo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-6746-1130>

ABSTRACT: The paper focuses on the traditional purpose of pre-trial detention (and other precautionary measures) to prevent specific risks. While liberty is the rule, before conviction, pre-trial detention is an absolute exception, competing with the opposite principle of the presumption of innocence: providing valuable and accurate justification for balancing the interest to prevent risk with the presumption of innocence is an overarching difficulty for judges, in the whole western world. Which the solutions? The paper reflects and compares the traditional solution of legal presumptions with the newer trend of actuarial assessment tools, based on psycho-criminological theories, based on the Italian and the US federal systems.

KEY WORDS: pre-trial detention; presumption of innocence; prediction; behavior; legal presumption; risk assessment.

ABSTRACT: *Lo scritto propone una riflessione che prende le mosse dalla funzione tradizionalmente assegnata alle misure cautelari, di prevenzione di specifici rischi endoprocedimentali. Se, infatti, la libertà dell'accusato è la regola, prima dell'accertamento definitivo della sua colpevolezza, la custodia cautelare -*

¹ Full professor of Italian and European Criminal Procedure; Dean of the Law School, University of Easter Piedmont, Italy; PhD in Criminal Procedure; EUI Fernand Braudel Fellow 2022.

come strumento estremo di limitazione della libertà personale - non può che essere l'assoluta eccezione, in costante tensione con la presunzione di innocenza. Pertanto, il difficile bilanciamento tra contrapposti interessi - presunzione di innocenza e svolgimento del processo - sfocia, a tutte le latitudini, nella necessità di fornire ampia e convincente motivazione alle decisioni cautelari. Quali gli strumenti per raggiungere tale obiettivo? Il lavoro pone in relazione la tradizionale soluzione delle presunzioni legali (di pericolosità) e i più recenti strumenti di risk assessment digitale per la valutazione del rischio di recidivanza e comportamento violento, in un parallelo che mette in relazione l'ordinamento italiano e quello statunitense.

KEY WORDS: custodia cautelare; presunzione di innocenza; previsione; comportamento; presunzioni legali; risk assessment.

SUMMARY: 1. Introducing the topic – 2. The past and the future in criminal judicial decisions: traditional pre-trial detention scopes; 2.1. and the new security purpose; 2.2. how judges can forecast the suspects' future behavior? – 3. Legal presumptions in pre-trial detention; 3.1. in Italy; 3.2. and in the U.S. federal order – 4. What else, instead of presumptions? 4.1. Continental Europe and the German Moderne Schule; 4.2. The US and undetermined sentencing; 4.3. the dawn of risk assessment tools; 4.4 pre-trial risk assessment tools: the PTRAs; 4.5. and the PSA – 5. Conclusions.

1. INTRODUCING THE TOPIC

In the recent debate about the use of AI and computational models in the realm of justice, much attention has been paid to the alleged ability of such solutions to predict future events. Generally speaking, mathematical models are meant to represent a phenomenon (or a group of phenomena) in descriptive (or normative) terms, in order to allow a prediction of its future replication²: i.e. Having established how and when, given A (a specific condition), B (a specific consequence) occurs, a model allows to establish how likely it is that given a specific input, a specific

² ISRAEL, G., IANNELLI, M., Modellistica matematica, Enciclopedia Italiana Treccani, VI Appendice, Treccani, Roma, 2000.

output will be generated. Although a model is not the mirror of reality – as reality can be represented by several different models - it is possible to argue that models are meant to predict, statistically, the likelihood of an occurrence, based on the quantitative analysis of a phenomenon. This happens, more or less successfully, in major branches of research: mathematics, physics, medicine, climatology, economics, politics... In very general terms, wherever and whenever the quantitative approach proves relevant (i.e., reliable), a model can be tailored for the purpose to predict the outcome of a process.

The digital turn, based on the amazing boost in computational powers³, enlarged the possibility to realise accurate computational models, analysing large database, regularly updated, establishing more accurate correlations. In a nutshell, after the digital turn, computational models can more likely deliver accurate predictions... given that the phenomenon at issue can be reliably tackled with a quantitative approach.

Actually, when human behaviour comes to the attention, the accuracy of the quantitative method is doubtful. While in certain areas of research, such as e.g. customers' habits and decisions, the quantitative approach delivers useful patterns to predict marketing strategies⁴, other aspects of human behaviour are harder to standardise into patterns or, at least, the accuracy of the prediction is far lower⁵. Here is where the issue of the quantitative method, statistics, crosses the realm of justice and, in particular, of criminal justice, raising a huge number of questions.

One general query is: Are there mathematical (and computational) models that can be usefully applied in the criminal proceedings decision-making process? Given a general reluctance of legal scholarship towards statistics⁶, the quantitative approach is said to be consistent, while humans

³ PAGALLO, U., *Algo-Rithms and the Beat of the Legal Drum*, in *Philosophy and Technology*, 2018, 1 ff.

⁴ See the seminal work of VON NEUMANN, J., MONRGENSTER, O., *Theory of games and economic behavior*, Princeton 1944.

⁵ With specific regard to this topic, see the seminal work of UNDERWOOD, B. D., *Law and the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Interference and Individualized Judgement*, *Yale Law Journal*, 1979, vol. 88, 1409 ff.

⁶ WILLIAMS, J.F., *Classifying Pre-Trial Detention Decisions under the Bail Reform Act of 1984: A Statistical Approach*, *American Criminal Law Review*,

are not, because they have attitudes, which statistical methods have not...⁷ Without lingering upon the implications of this assumption, it is irrefutable that statistics helps to identify and weight different factors relevant in a decision process, to confirm individual suspicions and, in particular, to allow others to replicate a decisional process⁸. For these reasons, statistics entered criminal courtrooms and made it into the criminal evidence system, whenever a probabilistic issue interferes into the causation chain. Nevertheless, there is a long-lasting distress in using class-generated probabilities to prove the liability or guilt of an individual⁹.

In particular, there is a more specific matter upon which we need to dwell: Are there aspects of the criminal proceedings decision-making process in which there is need to forecast a human behaviour? As I pointed out in other occasions¹⁰, regardless the national jurisdiction, and despite the assumptions above, criminal proceedings and trials often depend upon predictions of the defendants' future behaviour, that judges must deliver, although the law does not provide for a clear set of criteria (or, more often, without a complete set of information). Moreover, it was noted that the need to forecast a human behaviour within the context of justice implies not only a matter of accuracy – like in any branch of science – but also a matter of other competing values that cannot be overlooked, such as individuals' autonomy¹¹. Actually, accuracy appears to lose momentum, in relation to the individuals' autonomy which, despite an extremely precise prediction, yet allows humans to choose to depart from a forecasted behaviour; but also, when it comes to the criminal setting, other values, such as the presumption

1993, Vol. 30, p. 285.

⁷ WILLIAMS, J.F., *Classifying Pre-Trial Detention*, p. 286.

⁸ The topic reaches far beyond the scope of this paper. For our purposes, suffice it to recall HOGART, R.M., *Judgement and Choice*, 2nd ed., Wiley, Hoboken, p. 49.

⁹ UNDERWOOD, B. D., *Law and the Crystal Ball*, p. 1415.

¹⁰ QUATTROCOLO S., *Artificial Intelligence, Computational Models and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020, p. 131 ff.

¹¹ UNDERWOOD, B. D., *Law and the Crystal Ball*, p. 414;

of innocence, the b.a.r.d., the public faith in the humanity of the legal system¹², clash with accuracy.

Nevertheless, (and with some approximation between legal orders), it is possible to say that there are at least two crucial decisions based on predictions. The first and most general decision (because it comes with every conviction) is sentencing: depending upon the different theory (or theories) of punishment accepted by a legal order, a larger or smaller portion of sentence is based on the risk of reoffending. The reasons for this have been largely researched over the decades and the literature is burgeoning. In such panorama, the digital turn revitalised the debate upon the reliability of risk assessment tools, based on psycho-criminological theories. Especially in the overseas common law jurisdictions, the tradition in psycho-criminological studies brought to an early introduction of risk assessment tools, used in sentencing to establish rates of risk of reoffending, as briefly reported hereinafter (§4.2). The second and more specific context is that of pre-trial detention, under the spotlight in this paper. In fact, also at the pre-trial detention stage there is massive reliance upon forecasts by the judicial authority about the accused's future conduct, regardless the national legal order. In such scenario, it is important to reflect upon this aspect: given the huge impact of prediction in the area of pre-trial detention, which is the room for computational models in guiding the judicial decision between liberty and detention (which is an absolute exception, at the pre-trial stage)?

Based on the aim of answering this question (that is a specification of the original one 'are there mathematical and computational models that can be usefully applied in the criminal proceedings decision-making process?'), the paper is structured upon the following steps: i) a brief overview on the most common reasons justifying pre-trial detention in the western legal culture; ii) the main different approaches to pre-trial detention in common law and in civil law countries, with specific regard to Italy; iii) the impact of prediction in pre-trial detention decisions; iv) the alternatives to tackle the demanding task of prediction: risk assessment tools, with specific regard to the U.S. Public Safety Assessment;

¹² TRIBE, L.H., Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal process, *Harvard Law Rev.*, 1971, vol. 84, p. 1368 ff.

v) presumptions of dangerousness, with specific regard to art. 275 co. 3 of the Italian Code of Criminal Procedure; vi) a comparative approach and some conclusions.

2. THE PAST AND THE FUTURE IN CRIMINAL JUDICIAL DECISIONS: TRADITIONAL PRE-TRIAL DETENTION SCOPES

Moving from the title of this paper, a crucial assumption for the topic under discussion is that «in almost no other circumstances is the court called upon to make predictions about future conduct rather than to determine and punish events which have taken place in the past».¹³ Actually, what appears to be a patent paradox is the basis for the whole discussion about the use of computational models in criminal justice decisions.

Every criminal proceeding pursues the goal of delivering a decision upon the charge against the defendants: assessing their acts and their personal responsibility for the offence occurred is the very purpose of any criminal proceeding, in any jurisdiction. The assessment of guilt beyond any reasonable doubt entails, at some conditions, the punishment of the convicted ones. However, in framing the boundaries of this discussion, two caveat are necessary.

On the one hand, whereas the purpose of criminal proceedings is straightforward, there is no clear and general understatement of the purposes of punishment: the lack of consensus about the very function(s) of punishment appears in sentencing, in the most evident way.¹⁴ «Deterrence, retribution, rehabilitation and dangerousness represent the main competing ideologies whose implications clash with each other».¹⁵ The whole philosophical debate about the aim of criminal sanctions is mainly influenced by the opposing ideas of retribution (based on rigorous proportionality between criminal act and sanction), and

¹³ VOGLER, R., England and Wales, in S. Ruggeri (ed), *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 2013, p. 88.

¹⁴ LACEY, N., *State Punishment*, Rutledge, London-New York, 1988, p. 16 ff.

¹⁵ NORRIE A., *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, CUP, Cambridge, 2014, p. 335.

incapacitation (based on the perpetrator's social dangerousness, meant to protect society from further harm). Indeed, an evaluation of criminal dangerousness cannot but be based on past facts, in order to identify possible risks of future misbehaviour. Thus, if punishment is also aimed at protecting the society from the defendants' possible reoffending, there is a shift, at sentencing, of the court's attention from the acts the individuals were charged with, towards a prediction of other crimes that they may perpetrate in the future. This assumption is crucial to approach the topic of computational models of risk assessment that will be presented hereinafter.

On the other hand, along the process bringing the court to rule upon the defendants' guilt, there may be other crucial decisions, based upon the facts of the proceeding. Arrest and early stage charges may trigger a judicial decision upon pre-trial detention, based on the need to prevent a list of specific risks.

Although there is no uniformity between jurisdictions, it is possible to argue that the risks traditionally tackled with pre-trial detention tend to be common to the whole area of the western legal tradition. Actually, the international bills of rights, such as art. 9 and 12 of the ICCPR and art. 5 of the European Convention of Human Rights, testify of such common approach.

In fact, it is a fundamental principle of modern law that limitations to liberty before the final assessment of the defendant's culpability should be exceptional, based on exhaustive reasoning, in order to prevent unlawful anticipation of a possible penalty¹⁶. Such a principle is traditionally referred to the *Magna Charta Libertatum*, and the refusal of pre-trial release, in England and Wales, is still considered to be the solitary exception to the 1215 Bill of Rights.¹⁷ In compliance with that ancient and well-regarded principle, pre-trial

¹⁶ The issue of pre-trial detention and liberty was crucial in the English Medieval context, with circuit courts travelling around the country, hearing cases after long periods of time. It was up to the sheriff to rule upon the accused's liberty pending trial (FANUELE C., *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia cautelare*, Cedam, Padova, 2016, p. 136).

¹⁷ CAVADINO P., GIBSON B., *Bail, The Law, Best Practice and the Debate*, Waterside Press, Hook, 1993, p. 69.

precautionary measures have been used «to support the main criminal process (the sole justification for the derogation from Magna Charta and Art. 5 ECHR)».¹⁸ Despite the huge divergence between national legal orders in terms of pre-trial detention regulation¹⁹ (not only due to the alternative common law / civil law), it is possible to argue that exceptions to the general rule of freedom before final conviction are meant to prevent risks for the trial to come²⁰. Having said this, it is possible to argue that the main interference with liberty is the risk of flight: first and foremost, temporary forms of incapacitation aim to prevent the defendant from absconding and, therefore, jeopardising the prosecution and the proceedings.

Although there is major inconsistency between western jurisdictions with regard to the defendant's presence in court, preventing flight with precautionary measures is a common goal (the following references to Europe and U.S. are meant to point main areas of legal influence, as this paper is not based on a proper comparative research basis). Actually, despite being present in court is considered to be a fundamental right of the accused (art. 14 § 3 lett. d ICCPR; art. 6§1 and 3 ECHR, according to the interpretation by the ECtHR), in many legal orders, presence is also considered to be a duty and trial cannot take place without the defendant's participation. From an historical standpoint, there is no clear distinction between common law and civil law countries²¹: while the former usually prescribe mandatory presence of the defendant, the latter vary a lot, with some

¹⁸ VOGLER, R., England and Wales, p. 89.

¹⁹ For example, under the viewpoint of the prerequisites of pre-trial detention. Still valuable is ALSCHULER, A.W., Preventive Pre-Trial Detention and the Failure of Interest-balancing Approached to Due Process, *Michigan Law Rev.*, 1986, vol. 85, Issue 3, p. 520 ff., esp. 567, acknowledging that the failure of the 1984 Federal bail Reform Act to introduce proof of wrongdoing as a prerequisite of pre-trial detention rendered the Act unconstitutional («the statutory language looks to the future rather than the past; importing a requirement of proof of past misconduct into this language seems impossible»).

²⁰ TRIBE, L.H., An Ounce Of Detention: Preventive Justice in the World of John Mithcell, *Virginia Law Review*, 1970, vol. 56, p. 407, arguing that «an accusation of crime should not subject any man to imprisonment unless the government's need to prosecute him compels incarceration».

²¹ NEGRID, L'imputato presente al processo, Giappichelli, Torino, 2014, p. 86 ff.

jurisdiction, like Spain, prohibiting *in absentia* trials at the highest level, with a constitutional provision. Moreover, recent comparative studies²² proved that even in England and Wales there are nowadays major exceptions to the exclusion of *in absentia* trials, blurring the distinction between right and duty to be present at trial. Not only the defendant's personal participation distinguishes between *in absentia* and *in presence* trials, it also plays major consequences upon the whole proceeding²³, with specific regard to evidence, plea bargaining (and other diversion) decisions, compensation of damages and, of course, the possibility to enforce the final decision. For these reasons, preventing the defendant from absconding is a major commitment of every jurisdiction, regardless the value given to the defendant's personal participation in trial.

Moreover, pre-trial precautionary measures are also meant to prevent the accused from tampering with evidence.²⁴

In Europe, the risk of foul play with evidence is considered to be a traditional ground for pre-trial detention, although art. 5 ECHR does not mention it explicitly. Art. 274 lett. a of the Italian code of criminal procedure is a paradigmatic example of how the risk of tampering evidence can be misinterpreted, in order to pursue an unlawful pressure upon the accused, with the purpose to overcome her right to keep silent. Generally speaking, when the defendants belong to criminal organisations, it is likely that European courts may presume a risk of evidence tampering, having regard to the capability of such organisations to interfere with witnesses and victims, intimidating them²⁵.

Even in the common law area and, in particular, in the US, according to § 3142 lett. f of the 1984 Bail Reform Act (in 1984 the Crime

²² QUATTROCOLO S., RUGGERI S., *Personal Participation in Criminal Proceedings*, Springer, Cham, 2019, p. 458.

²³ QUATTROCOLO S., RUGGERI S., *Personal Participation*, p. 461 ff.

²⁴ RUGGERI S., *Comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, in Ruggeri S., (ed), *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 2013, p. 227.

²⁵ JUNG S., PETRICK, C., SCHILLER E.M., MUNSTER, L., *Developments in German Criminal Law: The Urgent Issues regarding Prolonged Pre-Trial Detention in Germany*, *German Criminal Law*, 2021, p. 307 s.

Control Act amended the 1966 Bail Reform Act: today, in federal criminal proceedings, release and detention determinations are still governed by §§ 3141-3156 of the 1984 Act), a detention hearing may be triggered by the government or the judicial officer when there is a serious risk that the defendant will obstruct justice, also by intimidating witness and jurors. In such circumstances, detention may be ordered if there is no condition or combination of conditions assuring the safety of any other person and the community²⁶. In particular, an outdated but still interesting quantitative study upon pre-trial detention in several US circuits demonstrated that the risk of obstructing justice tends to outweigh other factors and variable in the application of pre-trial detention²⁷.

In these terms, the traditional function of pre-trial detention, i.e., supporting the main criminal process, seems to be a common feature, making sense of the exceptional circumstance of depriving individuals of their liberty, without a (final) assessment of their guilt.

2.1. AND THE NEW SECURITY PURPOSE

Yet, comparative studies established that, over the recent decades, many European jurisdictions departed from this tradition, to promote, instead, policing and social control goals.²⁸ Analysing the reasons for enlarging the list of grounds for pre-trial detention would fall out of the scope of this paper. The reasons underpinning national criminal policies of pre-trial detention may be very difficult to grab and a whole comprehensive study would be needed to establish the causes of the reported phenomenon. For example, a regarded comparative American study considered the German reform of 1964, introducing a brand-new case of pretrial detention, based on the risk of serious offences, a consequence of the German accession to the ECHR. Although the accession did not imply the introduction of less liberal conditions,

²⁶ WILLIAMS J.F., *Classifying Pre-Trial*, p.264, p. 272.

²⁷ WILLIAMS J.F., *Classifying Pre-Trial*, p. 298.

²⁸ ORLANDI, R., Introduction, in RUGGERI S. (ed), *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 2013, p. 10

a new case of pre-trial detention was introduced for suspects having committed serious sex crimes²⁹.

Despite the general acknowledgement of the presumption of innocence – recognised both in Europe and in the US – the trend mentioned above proved that, in recent years, the specific purposes distinguishing pre-trial detention from punishment tend to blur. Including new legal basis for precautionary measures, based on the need to prevent serious crimes, is not the only reason for anticipating the effect of penalty, via remand in custody and other interim measures. Among others, is the unreasonable length of criminal proceedings,³⁰ certified in many States of the Council of Europe by the European Court of Human Rights (Italy above all others). Given that the causes for increasing the use of pre-trial detention are manifold, the consequence of such a trend was coherent, focusing the public opinion more on custody than on punishment, fostering the public expectation for an early and immediate deprivation of liberty, regardless the effective assessment of guilt and sentencing. The effect of this tendency is a major threat to the presumption of innocence,³¹ as testified by comprehensive literature on the topic.³²

The same arguments seem to be valid for the U.S. too. Protecting the community was not a traditional task of pre-trial detention³³ until the Eighties of the XX century. In 1984, the Bail Reform Act (see *supra*), introduced the ‘danger to the community’ as legitimate grounds for pre-

²⁹ MEYER, H.H., Constitutionality of Pretrial Detention, *The Georgetown Law Journal*, 1972, vol. 60, n. 6, p. 1469 ff.

³⁰ ORLANDI R. Introduction, p. 11.

³¹ VOGLER R., England and Wales, p. 89: «nothing could do more damage to the adversarial principle than to imprison one adversary so that the logistical difficulties of the case preparation are magnified and he or she will appear in court robbed of any opportunity of appearing as an innocent person».

³² As to Spain, MORENO CATENA V., Spain, in S. Ruggeri (ed), *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 2013, p. 154 ff.; as to Italy, see recently, DANIELE, M., *Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 77 ff.; GREVI V., *Libertà provvisoria ed esigenze di tutela della collettività: una questione di legittimità costituzionale*, *Giur.it.*, II, 1976, p. 633 ff.

³³ See extensively, WILLIAMS, J.F., *Classifying Pre-Trial*, p. 256 ff.; see also LOGAN KOEPKE J., ROBINSON D.G., *Danger Ahead: Risk Assessment and the Future of Bail Reform*, *Washington Law Review*, 2018, p. 1731 ff.

trial detention³⁴. In recent years, only a few States regulations of pre-trial detention refer exclusively to the consideration for court appearance.³⁵ The US Supreme Court up-held this new task of remand in custody, stressing that «the Government's *regulatory* interest in community safety can, in appropriate circumstances, outweigh an individual's liberty interest».³⁶ Interestingly, in the quoted case of Salerno, the US Supreme Court came to a particular conclusion: based on the lack of intent to punish, pre-trial detention ordered at the detention hearing for the purpose of preventing crimes must be considered regulatory rather than punitive. Despite the criticism about such conclusion³⁷, the Court never overruled that decision and prevention of (re?)offending became an accepted grounds for remand on custody.

2.2. HOW JUDGES CAN FORECAST THE SUSPECTS' FUTURE BEHAVIOR?

Given this general overview, the conclusion is that recent history of the western legal area demonstrates an expansion in the application of predictions in the field of precautionary measures, limiting individuals' liberty before (and pending) trial. However, being exceptional, the decisions about pre-trial detention (and other coercive measures) must

³⁴ WILLIAMS, J.F., *Classifying Pre-Trial*, p. 257; ALSCHULER A.W., *Preventive Pre-Trial Detention*, p. 510 ff.

³⁵ VAN NOSTRAND, M., *Legal and Evidence Based Practices: Application of Legal Principles, Laws, and Research to the Field of Pretrial Services*, 2007, Crime and Justice institute – National Institute of Corrections, US Dept. Of Justice, 2012, p. 2.

³⁶ US Supreme Court, *US v. Salerno* (decided on 26 May 1987), 481 U.S. 739. However, in that very same decision, Justice Rehnquist, signing the opinion of the Court, stressed that «the legislative history of the Bail Reform Act clearly indicates that Congress did not formulate the pretrial detention provisions as punishment for dangerous individuals» and that «in our society, liberty is the norm, and detention prior to trial or without trial is the carefully limited exception. We hold that the provisions for pretrial detention in the Bail Reform Act of 1984 fall within that carefully limited exception».

³⁷ There were dissenting opinions, arguing that the majority had overlooked the undeniable punitive element of pre-trial detention: see KISELBACH, D., *Pre-Trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence*, in *Criminal Law Quarterly*, 1989, vol. 31, n. 2., p. 171.

be justified by strong reasoning, in order to prevent abuses, as expressly provided by several domestic constitutions.³⁸ And the more custody serves social security (rather than procedural) goals, the higher becomes the need for precise justification. But how can judicial authorities deliver precise reasoning about the risks of the suspect's future behaviour?

Before we move any further into the topic of this paper, there are some important premises. First. As said, rules of criminal procedure seldom provide the decision maker with precise criteria for delivering an accurate risk assessment³⁹: be it a matter of predicting the risk of absconding, or obstructing justice by tempering evidence, or committing a serious offence, judges are seldom equipped with valuable and accurate criteria to forecast the defendant's future behaviour. Second. Even if the law or case-law provide for precise parameters, remand in custody and similar coercive measures are usually applied at an early stage of the proceedings, when the competent authorities have little information about both the facts that occurred and the suspect's personality, as the file is still incomplete.

In this scenario, two different solutions gained momentum. Traditionally, the difficulty of forecasting an individual's future behaviour in pre-trial decisions has been tackled with presumptions. Although this should be the object of a specific comparative study, it is possible to argue, with some approximation, that the majority of the western legal orders recur to presumptions to establish the existence of a specific risk justifying detention (or other precautionary measures limiting liberty) before the assessment of guilt beyond any reasonable doubt. Such presumptions are various: They may be established by the law (see art. 275.3 of the Italian code of criminal procedure) or by consistent case-law⁴⁰; they are often

³⁸ RUGGERI, S., *Comparative Analysis*, p. 230.

³⁹ The Italian system, based on art. 274 lett. c ItCCP, provides for specific criteria. To decide a pre-trial coercive measure, justified by the risk of offending, the judge must consider: specific circumstances of the fact (of which the individual is suspected); the suspect's personality, based on her behaviour, deeds and record of previous convictions.

⁴⁰ See JUNG, S., PETRICK, C., SCHILLER, E.M., MUNSTER L., *Developments*, p. 308, with regard to the attitude of German local courts to be satisfied with the circumstance that criminal organisations are likely to tamper with evidence, taking advantage of their innate power of intimidating.

rebuttable, but they may also imply some irrebuttable consequences (see, again, the example of art. 275.3 ItCCP, hereinafter). Generally speaking, legal presumptions hardly reconcile with the scheme of fair trial, reducing the space for an effective defence: if rebuttable, they reverse the burden of proof from the authorities upon the defendant, relieving the former from the duty of providing precise reasoning; if irrebuttable, they simply deprive the latter of the right to demonstrate the specificity of his/her own situation, excluding judicial authorities' discretion and, thus, their duty to provide reasoning for their decisions. Moreover, the pre-trial context is a fluid one: investigation may introduce new elements, to change the scenario and presumptions are not compatible with it⁴¹. Such pattern appears to be particularly controversial with regard to pre-trial detention, as liberty is supposed to be the rule and incarceration or incapacitation an absolute exception...

As an alternative to traditional presumptions, models based on psycho-criminological, statistical theories also appear to offer a great support, giving the judicial reasoning the 'fuel' it needs, in the context of precautionary measures. Not only sentencing is a 'natural' scenario for risk assessment (manual or digital) tools (see § 4): detention hearings and other judicial decisions upon remand on custody (and other precautionary measures) became, more and more, the floor for predictions. And the more human decisions prove inconsistent, the more presumptions appear to violate individual's right to a fair trial, the more the quantitative approach seems to be the solution. But is it a valuable solution? Let us reflect upon this.

3. LEGAL PRESUMPTIONS IN PRE-TRIAL DETENTION

Legal presumptions are a familiar concept in the European context. Given their ancient root in the Byzantine law⁴², presumptions became a common legal instrument in the Napoleonic period, in private

⁴¹ CENTORAME, F., *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 115.

⁴² ANDRIOLI, V., *Presunzioni* (dir. proc. civ.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, p. 765 ff.

law. According to art. 1349 of the Code Napoléon, presumptions are epistemological statements, implying that the judge can infer a specific unknown fact from a specific known fact⁴³.

Actually, the Napoleonian definition encompasses two different aspects⁴⁴: legal presumptions, in which the ruler sets the boundaries of the link between the known fact and the unknown one; basic presumptions, *praesumptiones hominis*, allowing the judge to draw conclusions from common sense. For the purpose of this work, what is relevant is legal presumptions, whose purpose was, and still is, to limit the judicial discretion in the appreciation of evidence. Insofar, the purpose of presumptions appears very similar to that of mathematical models, as defined above, although the method is not: while models – may they be descriptive or normative – are based on a scientific theory attempting to reproduce reality, presumptions are based on a legal assumption, that may be not validated.

Without lingering upon historical aspects, it is possible to argue that legal presumptions almost lost their epistemic value as a consequence of the endorsement of b.a.r.d. and, in general, fair trial; however, an area in which legal presumptions did not lose momentum, is that of precautionary measures. Two cases appear very meaningful.

3.1. IN ITALY

The Italian criminal justice system was completely renewed in 1988, with a new code of criminal procedure. Abandoning the traditional inquisitorial scheme, the new code did not provide for legal presumptions in the field of pre-trial detention. Along with other provisions, art. 275 ItCCP set forth a system of individualised judicial decisions, based on the need to satisfy specific requirements as to: i) proof of wrongdoing, and absence of excuses; ii) seriousness of the alleged misconduct; iii) existence of at least one specific risk among: evidence tampering; absconding; committing serious offences; iv) proportionality of the measure with the

⁴³ See art. 1349 Code Napoléon: « *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ».

⁴⁴ DELVECCHIO, F., *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Giappichelli, Torino 2002, p. 11.

alleged misconduct; v) pre-trial detention as last resort measure, when no other conditions (or sets of measures) can reasonably prevent the risk under (iii). Each decision is triggered by a public prosecutor's request and is delivered by a judge, along with specific reasoning: both the accused and the prosecutor may challenge the judicial decision, with specific means of appeal, before a court of merits and even before the Supreme Court.

In this context, art. 275.3 ItCCP was soon amended (by some urgent reforms, passed by the Government, and upheld by the Parliament, in 1991), in order to introduce a double presumption, for a list of organised crimes. With regard to such crimes, if there is proof of wrongdoing (i) and a risk in letting the suspect at large (iii), the judge must order pre-trial detention and pre-trial detention only, with a two-tier system: a rebuttable presumption (about wrong doing and risks: the accused is allowed to demonstrate that there is no proof, of the wrongdoing and of risk...) and an irrebuttable one. If the rebuttable presumption is not reversed by the accused, remand on custody will be ordered, as it is presumed that, given the accused's affiliation to a criminal organisation, the sole effective measure is detention. The purpose of the amendment was to relieve judges from the duty to provide precise reasoning for remand in custody of members of powerful criminal organisations: setting a presumption would free the judge from a discretionary decision and, possibly, from the risk of retaliation. After a reduction, in 1995, the list of crimes implying the two-tier presumption was widely enlarged in 2009, with no connection to organised crime. Such trend triggered several appeals to the Italian Constitutional Court, that, in 2010, quashed the irrebuttable presumption, transforming it into a rebuttable one (with regard to some of the crimes enlisted in art. 275.3 ItCCP)⁴⁵. The Court found several violations of the Italian Constitution: art. 3, establishing equal protection of individuals under the law (as to the lack of coherence in the list of offences triggering the presumptions); art. 13, setting forth the principle that liberty is the rule and pre-trial detention an extremely specific exception; art. 27,

⁴⁵ The literature about this topic is burgeoning. The core-concept is perfectly reported in the decision 265/2010 of the Italian Constitutional Court, which is, in my opinion, the best reading for non-Italian scholars interested in the topic (<https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2010&numero=265&tipoView=P&tipoVisualizzazione=>)

providing that punishment must have a rehabilitation purpose (as to the punitive effect triggered by the presumption system).

At the time of writing, as a consequence of several others decision by the Constitutional Court and a series of amendments, the Italian rule about presumptions reads as follows: the original two-tier presumption still applies for three specific crimes (sedition, terrorism, affiliation to mafia organisations); in case of proof of wrongdoing, remand on custody is ordered, unless there is proof of no risk at all in leaving the suspect at large; for a (non-coherent) list of other crimes, there is a double rebuttable presumption, allowing the suspect to demonstrate: i) that there is no proof of wrongdoing or risk in being let at large; ii) if (i) is not reversed, other less punitive measures are suitable to balance the risk.

As a matter of fact, Italy just reduced, but did not abandon, presumptions in the application of pre-trial detention, upholding even the arguable irrebuttable presumption for terrorism and affiliation to mafia: the internal debate, however, is far from being over⁴⁶ and further interventions by the Constitutional Court have been envisaged⁴⁷.

3.2. AND IN THE U.S. FEDERAL ORDER

For almost two centuries, the US federal system had established the right to bail for individuals accused of non -capital punishment crimes, based on their capability to provide sureties⁴⁸. Traditionally, at the federal level, bail was ruled by three basic rules: bail should not be excessive; a right to bail exists in non-capital cases; bail is meant to assure

⁴⁶ GIULIANI, L., La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2017, p. 168.

⁴⁷ ZACCHÉ, F., La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, 2006 ff.; DANIELE, M., Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia, Giappichelli, Torino, 2017, 108 ff.; Others value the irrebuttable presumption with regard to terrorism: MANES, V., Lo 'sciame di precedenti' della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, p. 466.

⁴⁸ SCHNACKE, T. R., JONES, M. R., BROOKER, C.M.B, The History of Bail and Pretrial Release, Pretrial Justice Insititute, 2010; TONDI, V., Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni, Cedam, Padova, 2016, p. 17.

the presence of the accused at trial. However, as a matter of fact, the right to release was submitted to wealth⁴⁹, although in accordance with the principle of non-excessive bail, set forth by the VIII Amendment to the Federal Constitution.

During the Sixties of the 20th century, the disappointment for a situation linking liberty to wealth was growing and under the initiative of the US Attorney General, Robert Kennedy, a National Conference on Bail and Criminal Justice was held in May 1964⁵⁰, paving the way to the 1966 Bail Reform Act.

It is in the wake of such reform that, with the purpose to detach release from financial conditions, the attention started to be moved from the ends of justice to the needs of public interest (as openly stated by the 1966 Act itself). The trend grew over the decades, until in 1984 the standard of presumptive favour for release pending trial was replaced, with regard to serious offence, by the reverse presumption of custody⁵¹. According to the 1984 Bail reform act, two groups of conditions justify such reversal, introducing - like in the Italian experience - the presumption that only remand in custody is effective⁵². The so called 'Previous Violator Presumption'⁵³ and the 'Drug and Firearm Offender Presumption' have long been applied and are based on specific tests, daily applied by courts.

⁴⁹ AUSTIN, A., The Presumption for Detention Statute's Relationship to Release Rates, in Federal Probation, 2017, vol. 81, no. 1, p. 52.

⁵⁰ SCHNACKE, T. R., JONES, M. R., BROOKER, C. M.B.; The History, p. 11.

⁵¹ A 1981 report from the Attorney General task force on violent crime concluded that the 1966 Bail Reform Act should be amended in order to: deny bail to dangerous individuals; deny bail to individuals accused of serious crime, having already committed previous bail crimes; reversing, for serious crime, the presumption in favour of liberty (see AUSTIN A., The Presumption, p. 52).

⁵² WILLIAMS F.J., Classifying Pre Trial, p. 268 ff.

⁵³ The presumption applies to individuals charged with: *any* crime of violence or act of terrorism with a statutory maximum term of imprisonment of 10 years or more; *any* drug offense with a statutory maximum term of imprisonment of 10 years or more; *any* felony involving a minor victim; *any* felony involving the use or possession of a firearm or destructive device; a charge for Failure to Register as a Sex Offender; *any* felony with a statutory maximum sentence of life or death; *any* felony if the defendant has at least two prior felony convictions for one of the above-noted offenses at the federal,

As said above, and unlike in the Italian jurisdiction, the Supreme Court upheld this approach, approving both the shift of pre-trial detention towards goals of public security and the system of presumptions, which, however, have been recently scrutinised as possible grounds for the growing rates of pre-trial incarceration. As a matter of fact, since the 1984 Act was enacted, rates of pre-trial detention grew in a constant manner (from 2000 to 2016 it grew up from 53 to 59 %)⁵⁴, generating a number of concerns in both social and economic terms. It cannot be overlooked that, in 2016, the average pre-trial detention period was 255 days (over 400 days in several districts), generating huge public expenditure. At the same time, the purpose of separating the right to release and personal financial situation could not be accomplished and the movement for bail reform is one rare area of bi-partisan agreement, pushing for abandoning monetary bail, in favour of effective management of risk.⁵⁵In fact, given these premises, there are branches of legal research suggesting that presumptions should be replaced by solutions offering a more accurate and flexible representation of reality: models of pre-trial risk assessment.

4. WHAT ELSE, INSTEAD OF PRESUMPTIONS?

As clarified above, models are based on quantitative and statistics approach, which relies on facts recurring in the past. Briefly, what repeatedly happened in the past is suitable to forecast what will happen in the future: given the definition reported in § 1, a model is one possible representation of reality, allowing to draw a prediction of incoming events. Each model is based on a theory aspiring to represent reality, in hard science as much as in social science.

state, or local level. However, the Previous Violator Presumption has three pre-conditions: Has the defendant a prior conviction that would trigger this presumption? Was that prior offense committed while the defendant was released on bail for an unrelated matter? Has less than five years passed from the date of conviction or from the defendant's release for that conviction? If the three conditions are met, the Previous Violator Presumption applies.

⁵⁴ AUSTIN, A. The Presumption, p. 53.

⁵⁵ STEVENSON, M.T., Assessing Risk Assessment in Action, *Minnesota Law Review*, 2018, p. 320.

Moving from this assumption, it is possible to say that since the beginning of the 20th century a growing reliance on psychology and sociology boosted expectations in the prediction of individuals' future behaviour and in the possibility to prevent reoffending by those who had already been sentenced. However, the discussion led to very different results in Europe and the US, due to a different attitude towards social science and specific approaches to the rule of law⁵⁶.

4.1. CONTINENTAL EUROPE AND THE GERMAN MODERNE SCHULE

As to Europe, the beginning of the last century experienced the clash between the 'classic' penological ideology, based on retribution, and the so-called positivistic ideology, promoted in particular by the German *Moderne Schule*. This was inspired by the ideal that criminal law is a form of social control, and thus promoted a preventative purpose for the penalty⁵⁷. Such a theoretical trend is often defined, in the continental literature, as 'utilitarian-functionalist',⁵⁸ after Jeremy Bentham's traditional paradigm.⁵⁹ In fact, this approach tends to curb criminal law into an instrument to achieve a specific result, i.e., social control. In this view, culpability, the traditional foundation for penalty,⁶⁰ may turn out to be incompatible with the purpose of maintaining (or restore)

⁵⁶ PIFFERI M., Individualisation of Punishment and the Rule of Law: Reshaping Legality in the United States and in Europe between the 19th and 20th Century, *American Journal of Legal History* 2012, p. 326.

⁵⁷ PELISSERO, M., Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione, Giappichelli, Torino, 2008, p. XIV.

⁵⁸ BARTOLI, R., Colpevolezza tra personalismo e prevenzione, Giappichelli Torino, 2005, p. 43.

⁵⁹ Although Bentham, in his theories about punishment, was very clear in rejecting unjust sanctions. As punishment is always evil, it can be accepted only if the offender's suffering can spare major suffering to others. TONRY, M., Sentencing and Prediction. Old Wine in Old Bottles, in DE KEIJSER, J.W, ROBERTS, J.V., RYBERG J., Predictive Sentencing. Normative and empirical perspective, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 284.

⁶⁰ The principle of culpability is the premise of the state's power to punish: KAUFMANN A., *Das Schuldprinzip*, Winter, Heidelberg, 1961, p. 15 ff.

social order,⁶¹ troubled by crime. Several continental jurisdictions, were influenced by the so called ‘positive school’, and adopted a two-toer system, based on both penalties and correctional measures, the first being proportional to the act, the second to the social risk posed by the convicted⁶². Actually, such distinction provided for the clear distinction between desert and dangerousness, giving the latter its own specific relevance in the criminological theory. As a result of this distinction, the majority of the European jurisdictions confirmed the tradition of establishing minimum and maximum sentences with regard to every offence,⁶³ while common law systems stuck to the tradition of undetermined sentences, making sentencing a process detached from criminal law rules and principles.⁶⁴

4.2. THE US AND UNDETERMINED SENTENCING

In fact, in the US, the debate about individualisation of punishment pushed the system towards undetermined sentencing, moving the discretion about the period of detention from courts to boards of experts⁶⁵. This trend had been theorised in the ‘70s of the 19th century, but was not generally accepted: in fact, it appeared inconstant with the traditional principles of *nulla poena* and *punitur quia peccatum est*⁶⁶. First, the traditional balance between legislative, judicial and administrative powers was in jeopardy: not only would the undetermined sentence deprive the Parliament of the power to establish minimum and maximum penalties (as provided by the Constitution), but it would also replace the judicial discretion in

⁶¹ JACOBS, G., *Das Schuldprinzip*, in Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, 1993, p. 8.

⁶² For an interesting overview on how the U.S. Sentencing Commission tried to reconcile these two paradigms: DUBBER M.D., HÖRNLE T., *Criminal Law. A Comparative Approach*, OUP, Oxford, 2016, p. 9.

⁶³ PIFFERI M., *Individualisation*, p. 355.

⁶⁴ See NORRIE A., *Crime, Reason*, p. 334: «Once we get beyond the conviction of the accused, the rules and principles of the criminal law tend to evaporate and the system becomes much more discretionary and less regulated by law».

⁶⁵ PIFFERI M., *Individualisation*, p. 338.

⁶⁶ For a general overview, FRIEDMAN L.M., *Crime and Punishment in American History*, Basic Books, New York, 1994, pp. 159 ff., 304 ff.

sentencing, with an administrative board's arbitrariness, departing from the general principles of criminal law. Second, the fundamental beacon of the whole of Western ideology, free will, seemed to be under attack. Guilt and punishment were shifted from culpability (i.e. blameworthiness of one's own free behaviour) to the field of the offender's character and criminological type.

However, there was bitter criticism about the criminal justice system of the time. The US was experiencing massive distress because of patent differences in sentencing among federal States. Legal historians report a huge concern for bias and the arbitrariness of courts, scarcely directed by local criminal rules in the overwhelming duty of determining criminal sanctions. Against this backdrop, the proposal of allocating sentencing to experts' boards, operating on the basis of one common index, i.e. science, turned out to be successful. The opinion that delivering the sentence and its periodical review were to be considered, more correctly, administrative duties, rather than judicial, gained momentum, suggesting that they should be performed by an administrative body,⁶⁷ with no need of specific Constitutional amendments: the law still provided for a minimum and maximum sentence and courts still had the power to assess guilt, for the sake of the rule of law...⁶⁸ Apparently, this was enough to overcome the fear of 'administrativisation' of criminal justice, which occurred with a general spreading of progressive treatment and experts' boards, by the 20's of the 20th century. This was to become a benchmark, distinguishing the US and the European continental tradition.

In the U.S., the 20th century became the flourishing era of predictive sentencing, boosting psycho-criminological research upon the risk of violent behaviour and recidivism. These were the origins of risk assessment, and they explain why the latter has always been associated with incapacitation, in a paradigm of removal of dangerous individuals from society, until a full recovery from dangerousness.

⁶⁷ *Woods v. State*, 130Tenn.100,114(1914).

⁶⁸ WARNER C.D., Some aspects of the indeterminate sentence, *Yale Law Journal*, 1899, p. 222.

4.3. THE DAWN OF RISK ASSESSMENT TOOLS

Since those moments on, risk assessment is the main instrument for evaluating potential re-offending. The term is not specific at all, as it is used in many different technical and scientific areas. However, it is in the criminal justice setting that it received the most contradictory reactions⁶⁹. Nevertheless, it has become crucial in several areas of decision-making, both at the pre-trial stage, sentencing and parole, and also in the follow-up of psychiatric situations.⁷⁰

Moving from the speculation that “nothing predicts behaviour like (or better than) previous behaviour”⁷¹, “such tools include a set of risk factors, which may or may not be weighted, to provide a classification of risk (high, medium, low) a probabilistic score (i.e., a percentage probability of re-offending within a certain timeframe) or both”⁷². As seen above, both in general and in specific forensic terms, the matter is the validation of methods and instruments, that must obtain acceptance by the scientific community.

As risk always entails uncertainty⁷³, identifying risk factors is the first challenge for scholars and practitioners in the field. Criminal behaviours have multiple causation factors and an offender’s risk assessment always take into account the interaction of several factors. A second fundamental step in understanding risk assessment is the relationship between the group and the individual. Social sciences collect statistical data to elaborate general conclusions, applicable to groups of cases. The ‘G2I’ (Group to Individual) paradigm is at the core of the debate about forensic predictive tools. Prediction of future behaviour can

⁶⁹ ZARA, G, FARRINGTON, D.P., *Criminal Recidivism: explanation, prediction and prevention*. Rutledge, Oxon, 2016, p. 148.

⁷⁰ See ZARA, G., FARRINGTON D.P., *Criminal Recidivism*, p. 150.

⁷¹ KVARACEUS, W.C., *Anxious Youth: Dynamics of Delinquency*, Columbus, Charles E. Merrill Publ., 1966, p. 53,

⁷² FAZE, L S., *The Scientific Validity of Current Approaches to Violence and Criminal Risk Assessment*, in DE KEIJSER J.W., ROBERTS, J.V., RYBERG, J., *Predictive Sentencing, Normative and empirical perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 197.

⁷³ GIGERENZER, G., *Rationality for Morals*, OUP, Oxford, 2008, *passim*.

only be based on the observation of a group, and is a function of group outcomes: let us see how deeply the G2I effect may affect the reliability of a risk assessment model.

The first step of any risk assessment model is listing causal factors triggering criminal behaviour. Risk factors are usually divided into two groups: static and dynamic. The first do not change, or change in only one possible direction (e.g. age). The latter (dynamic) may change according to the individual's situation and they include criminogenic needs, i.e. aspects of a person, or her personal conditions that, when changing, may set off a variation in her criminal behaviour. There is no evidence that either static or dynamic factors are more reliable indicators of risk: both insufficient *per se*, they must be taken into account jointly, for a successful assessment. Unfortunately, it is unrealistic that a tool may consider every possible risk factor⁷⁴: nevertheless, this fact does not prevent models of risk assessment to be reliable.

The accuracy of a scientific prediction is based on the largest sample possible, i.e., the greatest number of cases examined. In particular, a forensic prediction is reliable if it correctly demonstrates the individual's propensity to re-offend. Here the G2I factor steps in: the scale of these two evaluations (suitability and adequacy of the sample; reliability of the prediction with regard to a specific individual) is different and, for this reason, risk assessment is often criticised for its inaccuracy in translating group phenomena into individual instances⁷⁵... As said above, models are not the mirror of reality, they only aspire to describe reality.

One factor may have a relevant impact on the G2I factor. The instruments to enact practical, individual risk assessment may be different, due to the approach they use in translating psycho-criminological theories into a personal evaluation. One main, traditional, distinction is between actuarial instruments and clinical, professional, judgment instruments. For a basic distinction, it is possible to say that actuarial instruments address historical and static risk factors, while professional judgment instruments take into account dynamic risk factors. While the professional approach encompasses the professional's experience and intuition – but,

⁷⁴ ZARA, G. FARRINGTON D.P., *Criminal Recidivism*, p. 155.

⁷⁵ REDMAYNE. M., *Character in Criminal Trial*, OUP, Oxford, 2015, p. 258.

also her unconscious bias - the static risk evaluations tend to portray an individual as unchangeable, without taking into account the effect of a possible evolution in her condition, influencing the risk of (re)offending.

4.4. PRE-TRIAL RISK ASSESSMENT TOOLS: THE PTRA

As mentioned above, in the US, the high dissatisfaction with pretrial incarceration rates set possible alternatives to presumptions under the spotlight. Based on the large experience gathered in the realm of sentencing and parole risk assessment tools, several solutions have been tailored for both the federal and the local level.

At the federal level, the Probation and Pretrial Service Office, Administrative Office of the U.S. Courts, assigned Christopher Lowenkamp with the design of a specific tool, meant to assist pre-trial federal officers in preparing recommendation before detention hearings⁷⁶: in 2010 he released the Pretrial Risk Assessment Tool (PTRA), which is extensively used, and regularly revised, in order to re-assess its validation⁷⁷.

The instrument is actuarial, based on large archive data, originally encompassing 200.000 federal cases of release, from 2001 to 2007. The instrument rates the defendant's risk of failure to appear (FTA), rearrest for new criminal activity, pretrial revocation of release.

Inspired by regression modelling techniques, the PTRA algorithm is based on 11 parameters that, according to Lowenkamp's theory, accurately score the individual's specific pre-trial risk. Such parameters are: defendant's criminal history (number of felony convictions; prior failure to appear; pending felonies and misdemeanors); instant conviction offence (type and class); age, educational achievements; employment status; residential location and ownership; problems of drug or other substance abuse; citizenship status. Given these data, the tool scores suspects in a range of five risk categories, from 0 to 15, predicting the likelihood that they commit pre-trial violations.

⁷⁶ AUSTIN, A., *The Presumption*, p. 54.

⁷⁷ COHEN, T.H., LOWENKAMP, C.T., HICKS, W.E., *Revalidation the Federal Pretrial Risk Assessment Instrument (PTRA): A Research Summary*, Federal Probation, 2018, vol. 82, n. 2, p. 23 ff.

This brand-new instrument was set in the hands of federal pre-trial officers (civil servants who, according to § 1354 of the bail Reform Act, are in charge of collecting, verifying and reporting judicial officials on information about the risks posed by a defendant in terms of flight and social danger). In 2014, only half of the pre-trial reports handled by pre-trial officers to judicial officials was based on PTRAs, while in more recent years, the use became larger⁷⁸.

4.5. AND THE PSA

As to local dimension, one tool is widely used in the US, in pre-trial detention and release decisions⁷⁹: 28 jurisdictions (and among them three States)⁸⁰ use the Public Safety Assessment (PSA)⁸¹ to assist the judge in the decision about the risks of leaving the accused at large, before trial. The software was developed in 2013 and, according to the institution that promoted it (the Laura and John Arnold Foundation)⁸², it is useful in reducing the number of individuals detained before trial.⁸³ Based on

⁷⁸ COHEN, T.H., LOWENKAMP, C.T., HICKS, W.E., *Revalidating*, p. 29.

⁷⁹ KEHL, D., GUO, P., KESSLER, S., *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of risk Assessments in Sentencing, Responsive Communities Initiative*, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School, 2017, available at <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:33746041>, p. 10.

⁸⁰ PSA was developed and piloted in Kentucky. Before the instrument was released, a local law (House Bill, 463, 2011) made the use of risk assessment mandatory in bail decisions. Since its launch in 2013, PSA spread to other 27 jurisdictions (among which, 2 other States) and has been pointed out as the scheme for a general bail review bill (Pretrial Integrity and Safety Act), presented in 2017 at the US Senate by Senators Kamala D. Harris (dem.) and Rand Paul (rep.) (read their opinion at <https://www.nytimes.com/2017/07/20/opinion/kamala-harris-and-rand-paul-lets-reform-bail.html>).

⁸¹ <https://www.psapretrial.org/about/background>

⁸² The foundation was established in 2010 by Laura (an attorney and former oil company executive), and John (an investor) Arnold.

⁸³ <https://www.psapretrial.org/about/background>. However, STEVENSON, M.T., *Assessing Risk Assessment*, p. 305, highlights that arguments and 'facts' usually reported in the discussion about risk assessment stem from non-academic reports by the agencies that designed the instruments.

9 factors,⁸⁴ the instrument is actuarial, relying on the individual's age, current charge and criminal history: race, ethnicity and geography are not taken into consideration as, according to the designers, they would not improve accuracy in prediction. The instrument is said to having been created on the basis of the largest dataset ever collected, i.e. 750.000 cases, from about 300 jurisdictions: according to the designers, this makes it a nationally-wide validated tool.

The tool does not need an interview with the accused: the information can be taken out of her criminal record and other general record accessible to the public authority. Based on algorithms tailored to purpose, the tool produces a scale of the individual's risk under three different parameters (FTA, Failure To Appear; NCA, New Criminal Activity; NVCA, New Violent Criminal Activity), that can be used by a judge or a court, along with the so-called Decision-Framework,⁸⁵ to decide whether the arrested will be released or detained. The peculiarity of this instrument is the ability to deliver a 'Failure To Appear' index. The risk factors considered by PSA under this parameter are: Pending charge at the time of offense (Y/N); Prior conviction (Y/N); Prior failure to appear in the past 2 years (No/Once/2 or more times); Prior failure to appear, older than 2 years (Y/N).

The more traditional monetary bail proved discriminatory towards the poorest social groups⁸⁶ (and, thus, potentially in breach of the Eighth Amendment to the Federal Constitution),⁸⁷ the quicker this

⁸⁴ Age at current arrest; Current violent offense (current violent offense and 20 yrs. old or younger); Pending charge at the time of the offense; Prior misdemeanor conviction; Prior felony conviction (prior conviction [misdemeanor or felony]); Prior violent conviction; Prior failure to appear in the past two years; Prior failure to appear older than two years; Prior sentence to incarceration

⁸⁵ <https://www.psapretrial.org/implementation/guides/managing-risk/guide-to-the-pretrial-decision-framework>. According to the text, «the PSA is used to *measure* a person's pretrial risk, whereas the DF is used to help *manage* that risk»

⁸⁶ See Criminal Justice Policy Program, Harvard Law School, *Moving Beyond Money: A Primer on Bail Reform*, 2016, Harvard Law School, 6 ff.

⁸⁷ The Eight Amendment prohibits "excessive bail", but, unfortunately, it does not define the meaning of 'excessive'.

pretrial risk assessment tool spread around the US⁸⁸, pushed by a strong movement for reforming bail throughout the US, prioritising effective risk management over monetary bonds, and gaining momentum in pretrial services programs, focusing both on release and diversion.⁸⁹

There are few studies focusing on the real impact of the use of pretrial risk assessment. Some researchers have highlighted that the effects of it are scarce and not permanent.⁹⁰ Given that pretrial risk assessment is a relatively new trend, based on the recent mistrust and critique of traditional monetary bail bonds, its advocates argue that the burdensome, awful, monetary bond may prove useless in bail decisions, if «in principle an algorithm could also make these predictions. Just as pixel patterns can be used to predict presence of a face, information about the defendant and their case could be used to predict flight or public safety risk»⁹¹.

What is radically new, in the two pre-trial risk assessment models presented here, is the FTA index. I reported above the factors that PTR and PSA consider to be relevant for the evaluation of the individual's propensity to abscond. However, apparently there is no comprehensive and fully independent literature about the meaningfulness of those factors in terms of effective risk of flight. While criminogenic factors at the basis of sentencing risk assessment have been widely discussed by scholars, over the last century, at least, it seems to me that there is no sufficiently convincing academic literature demonstrating the relevance of the FTA factors. On the one hand, it is important to understand if and how judges apply the PSA report, taking into account first instance and

⁸⁸ STEVENSON M.T., *Assessing Risk Assessment*, p. 307.

⁸⁹ VAN NOSTRAND M., *Legal and Evidence*, p. 2.

⁹⁰ Stevenson, *Assessing Risk Assessment*, p. 308 f., argues that the effect of the reform passed in Kentucky was an immediate boost in non-monetary release and, in general, an increase in release of moderate-risk accused. Nevertheless, in the following two years, the effect was reversed and the remand on custody rates became higher than they were before the reform. The introduction of PSA had no significant results in terms of release rates as it seems that only 29% of arrested are released on non-monetary bond at the first bail setting.

⁹¹ KLEINBERG J. ET ALII, *Human Decisions and Machine Predictions*, *The Quarterly Journal of Economics*, 2018, p. 240.

appeal pre-trial decisions⁹². On the other hand, there is a lack of literature demonstrating that the incorporation of those factors into an actuarial instrument can outperform the judge's individual evaluation. Secondly, it turns out to be complicated for scholars, to compare algorithmic pretrial risk assessment tools with judicial decisions, because of the ambiguity of judges' predictions. In fact, a defendant can be remanded in custody both because the judge estimated a high risk of absconding (or offending), or simply because the judge overestimated her ability to pay, establishing a bond that she cannot afford. Moreover, the judge's individual evaluation can be influenced by factors other than risk, such as proportion with the current charge, notwithstanding a high score in risk of absconding or offending.⁹³ Thus, only a rough proxy can be used as a measure of human performance in estimating pretrial risk...⁹⁴ Taking into account all these arguments, scholars have argued that it is unclear whether digital pretrial risk assessment tools really outperform humans at predicting pretrial risks⁹⁵. However, I suggest to move the spotlight from the specific aspect of measuring if and how much pre-trial risk assessment models can outperform humans in detecting real risk, to a different issue: how can pre-trial measure decisions become more compliant with the presumption of innocence?

⁹² MINDE, B. D., FARRELL E.A., *The Role of Public Safety Assessment in Pretrial Detention*, *New Jersey Lawyer*, 2019, n. 318, p. 29 ff. report of several New Jersey cases of court's criticism about PSA reports.

⁹³ It is worth remembering that some jurisdiction (e.g. the Italian one), provide for a specific principle of proportionality, in pretrial coercive measures, between the offence the arrested is charged with and the measure to be applied. The first index to be considered by the judge is proportionality to the current charge and the second is adequacy to the effective risk of the case (of absconding, or tampering with evidence, or offending), being detention being the last resort.

⁹⁴ STEVENSON, M.T., *Assessing Risk Assessment*, p. 324.

⁹⁵ STEVENSON, M.T., *Assessing Risk Assessment*, p. 325. Moreover, due to the fact that instruments like PSA are based solely on information taken out of files and records, with no need for an interview with the defendant, some have criticised their structure. It sounds contradictory to claim for reform of the bail system by suggesting instruments that are completely based on data pulled from the system under reform itself: LOGAN KOEPKE J., ROBINSON D.G., *Danger Ahead*, p. 1751.

5. CONCLUSIONS

The idea at the basis of this paper is that the purpose of taking advantage of the recent digital turn to design pre-trial risk assessment tools is just a modern attempt to tackle the same, old problems of justifying pre-trial detention decisions, against the backdrop of the presumption of innocence.

In the wake of the so-called fourth revolution, the scholars' duty is to consider, neutrally, how the two different methods perform. On the one hand, traditional presumptions of pre-trial risks have been recently coupled, in the U.S. criminal justice system, with actuarial risk assessment tools, meant to deliver accurate and individual predictions about the suspect's future behaviour. As reported by a recent study, PTRAs proved much more *nuanced* and *effective* in identifying high risk suspects than traditional presumptions, the latter being «a poorly defined attempt to identify high-risk defendants based primarily on their charge, relying on the belief that a defendant's charge was a good proxy for that defendant's risk»⁹⁶. *Nuanced* and *effective*, rather than *outperforming*, appears to be much more appropriate terms to face the challenge of reconciling pre-trial detention with the presumption of innocence...

On the other hand, Italy is an example of persistence in pre-trial detention presumptions, even if the Constitutional Court triggered a trend of strong reduction of the irrebuttable presumption. No other solutions have been envisaged so far and I do not suggest that actuarial instruments may be the solution. However, what these two different experiences demonstrate is that the legal standards set by rulers and courts for pre-trial risks forecast cannot but be general. Nevertheless, both the basic principles of fair trial and reality proved that an accurate prediction is an individualised one, which can hardly be performed on the basis of the sole legal standards. This is demonstrated by the recent Italian reform, of 2015, meant to reinforce the judicial duty to give extremely precise reasoning of pre-trial measures: as a matter of fact, listing long catalogues of checks and balances that judges must report in their decisions did not improve the quality of the judicial control over pre-trial coercive measures⁹⁷ and

⁹⁶ AUSTIN, A., *The Presumption*, p. 60.

⁹⁷ ZACCHÉ, F., *La libertà*, p. 2004.

did not reduce neither the rates of pre-trial detention, nor the number of pre-trial measures appeals. Forecasting one of the traditional pre-trial risks is a matter of being provided with complete, updated, accurate information about the suspects and their personal environment. Such prediction cannot be based on normative assumptions rather than on factual data and for these reasons, presumptions cannot fulfil the task.

Can actuarial pre-trial risk assessment tools do it? In previous occasions I stated that, as to the Italian legal system, such instruments should not be used, neither in trial nor at the pre-trial stage, due to the general provision of art. 220.2 ItCCP, prohibiting the use of psycho-criminological expertise before sentencing. Although still convinced of that belief, I must admit that reflecting upon the topic of this paper, I started approaching the idea that more accurate decisions in pre-trial coercive measures do not depend on better legal formulas, rather than more informed judicial decisions. Given the crucial role of judges' discretion in every single case (and the paramount importance of a detailed reasoning), non-normative standards may guide them in a more individualised decision, possibly reducing pre-trial incarceration rates, provided that those standards are accurate, validated and are not used to rule out the duty of an exhaustive reasoning⁹⁸.

Actually, besides risk assessment tools, the recent digital turn can offer wide range information about suspects, that may turn out to be particularly useful in pre-trial detention decisions, when the file is slim and the judge has no personal acknowledgment of the suspect's personal conditions, especially in those legal orders, such as Italy, in which there is no contact between judges and suspects, before the decision upon pre-trial measures is taken. Having more information about the individual under investigation, the judge could, e.g., better understand that, due to her special family conditions, it is extremely unlikely that the defendant may flee. And digital analytics may certainly help in tracing a complete profile of the suspect.

⁹⁸ Daniele, M., Il diritto alla libertà personale e le manipolazioni dell'habeas corpus, in Negri D., Zilletti L. (eds.), *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2019, p. 221: the Author forecasts a scenario in which pre-trial risk assessment tools may rule out or reduce the impact of reasoning in pre-trial decisions.

However, we should wonder how this impacts on the presumption of innocence: should we assume that a more informed decision, based on a digital analysis of data, necessarily affects such presumption? Actually, the correct point of view seems to be the one mentioned at the beginning. It has been largely acknowledged that the limit of compliance of pre-trial coercive measures with the presumption of innocence is the specific purpose of such measures. As far as they are meant to avoid disruptions in the procedure, such as tampering with evidence or flight, they have been largely accepted⁹⁹ as compliant with the presumption of innocence. In the same way, the use of digital solutions for the decision upon such measures does not add, in my opinion, specific risks for the presumption of innocence, as far as such purpose is respected. In fact, as it has also been empirically demonstrated¹⁰⁰, the major area of infringement of the presumption of innocence derives from the use of pre-trial detention as a means of prevention of crime¹⁰¹, for purposes of social security.

Given that pre-trial risk assessment tools appear to be deprived of evidence-based reliability with regard to the prediction of the risk of tampering and fleeing, digital instruments providing pre-trial judges with more information to consider, do not seem to impinge, negatively, on the suspect's presumption of innocence. However, a basic condition for this assumption is the reliability and the neutrality of such information, which

⁹⁹ See however the provoking opinion by Duff, A., Pre-Trial Detention and the Presumption of Innocence, in Ashworth A., Zedner L., Tomlin P. (Eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 115 ff. For a general overview upon the relationship between presumption of innocence and the persistent trend to extend the use of pre-trial detention: STEVENS, L., Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit Its Increasing Use, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 17, Issue 2 (2009), pp. 165 ff.; MEYERS, N.M., Eroding the Presumption of Innocence: Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail, in *British Journal of Criminology*, 2017, pp. 664 ff.

¹⁰⁰ STEVENS, L., The meaning of the presumption of innocence for pre-trial detention: An empirical approach, 42(3) *Netherland Journal of Legal Philosophy*, 2013, 239-248, p. 242.

¹⁰¹ See recently, MAZZA, O., La presunzione di innocenza messa alla prova, in *La giustizia penale*, 2019, 181 ss.

should be assessed; moreover, software processing such information must be tailored for the specific purpose of being used in criminal proceedings, with specific attention to fundamental rights.

Providing judges with accurate information may induce a trend reducing the need to use presumptions and pre-trial risk assessment tools, leading to a more accurate (and less generalised) application of coercive measures. In this sense, such solution may have, on the contrary, a positive impact on the presumption of innocence. Reaffirming that remand in custody is applied only when specific circumstances highlight a specific risk for the proceeding may foster the feeling, in the public opinion, that pre-trial measures are not an anticipation of penalties, rather restrictions carefully used to succeed in leading an accurate criminal proceeding.

REFERENCES

ALSCHULER, Albert, W., Preventive Pre-Trial Detention and the Failure of Interest-balancing Approached to Due Process, *Michigan Law Rev.*, 1986, vol. 85, Issue 3, p. 520 ff.,

ANDRIOLI, Vittorio, Presunzioni (dir. proc. civ.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, p. 765 ff.

AUSTIN, Amaryllis., The Presumption for Detention Statute's Relationship to Release Rates, in *Federal Probation*, 2017, vol. 81, no. 1, p. 52 ff.

BARTOLI Roberto, *Colpevolezza tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli Torino, 2005

CAVADINO Paul, GIBSON Bryan, *Bail, The Law, Best Practice and the Debate*, Waterside Press, Hook, 1993

CENTORAME, Federica, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Giappichelli, Torino, 2016.

COHEN, Thomas H., LOWENKAMP, Christopher T., HICKS, William E., Revalidation the Federal Pretrial Risk Assessment Instrument (PTRA): A Research Summary, *Federal Probation*, 2018, vol. 82, n. 2, p. 23 ff.

DANIELE, Marcello, Il diritto alla libertà personale e le manipolazioni dell'habeas corpus, in Negri D., Zilletti L. (eds.), *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2019

DANIELE, Marcello, *Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Giappichelli, Torino, 2017, 108 ff.

DELVECCHIO, Francesca., *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Giappichelli, Torino 2020

DUBBER, Markus D., HÖRNLE Tatiana, *Criminal Law. A Comparative Approach*, OUP, Oxford, 2016

DUFF, Anthony, *Pre-Trial Detention and the Presumption of Innocence*, in Ashworth A., Zedner L., Tomlin P. (Eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 115-132.

FANUELE Chiara, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia cautelare*, Cedam, Padova, 2016

FAZEL, Seena, *The Scientific Validity of Current Approaches to Violence and Criminal Risk Assessment*, J. W. De Keijser, J.V. Roberts, J. Ryberg, *Predictive Sentencing. Normative and empirical perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2019

FRIEDMAN, Lawrence M., *Crime and Punishment in American History*, Basic Books, New York, 1994

GIGERENZER, Gerd, *Rationality for Morals*, OUP, Oxford, 2008

GIULIANI, Livia, *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015*, n. 47, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2017, p. 165 ff.

GREVI, Vittorio, *Libertà provvisoria ed esigenze di tutela della collettività: una questione di legittimità costituzionale*, *Giur.it.*, II, 1976, 633 ff.

ISRAEL, Giorgio, IANNELLI, Mimmo, *Modellistica matematica*, Enciclopedia Italiana Treccani, VI Appendice, Treccani, Roma, 2000

JACOBS, Günther, *Das Schuldprinzip*, in *Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319*, 1993, 7 ff.

JUNG Sina, PETRICK, Carolin, SCHILLER Eva M., MUNSTER, Lukas, *Developments in German Criminal Law: The Urgent Issues regarding Prolonged Pre-Trial Detention in Germany*, *German Criminal Law*, 2021, p. 307 ff.

KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Winter, Heidelberg, 1961.

KEHL, Danielle, GUO, Priscilla, KESSLER, Samuel, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of risk Assessments in Sentencing*, Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School, 2017, available at <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:33746041>

KIESELBACH, Daniel, Pre-Trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence, in *Criminal Law Quarterly*, 1989, vol. 31, n. 2., p. 171 ff.

KLEINBERG, Jon, et alii Human Decisions and Machine Predictions, *QJ Econ*, 2018, 237 ff.

KVARACEUS, William C., *Anxious Youth: Dynamics of Delinquency*, Columbus, Charles E. Merrill Publ., 1966

LACEY, Nicola. *State Punishment*, Rutledge, London-New York, 1988

LOGAN KOEPKE, John, Robinson David G., Danger Ahead: Risk Assessment and the Future of Bail Reform, *Washington Law Review*, 2018, 1731 ff.

MANES, Vittorio, Lo 'sciame di precedenti' della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare, *Diritto Penale e Processo*, 2014, p. 457 ff.

MAZZA, Oliviero, La presunzione di innocenza messa alla prova, in *La giustizia penale*, 2019, 181-192.

MEYER, Hermine H., Constitutionality of Pretrial Detention, *The Georgetown Law Journal*, 1972, vol. 60, n. 6, p. 1469 ff.

MEYERS, Nicoles M., Eroding the Presumption of Innocence: Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail, in *British Journal of Criminology*, 2017, pp. 664-683

MINDE, Brandon, D., FARRELL Elizabeth A., The Role of Public Safety Assessment in Pretrial Detention, *New Jersey Lawyer*, 2019, n. 318, p. 29 ff.

MORENO CATENA, Victor, Spain, in S. Ruggeri (ed), *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 2013, 141 ff.

NEGRI Daniele, *L'imputato presente al processo*, Giappichelli, Torino, 2014,

NORRIE, Alan, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, CUP, Cambridge, 2014

ORLANDI, Renzo (2013), Introduction, in Ruggeri Stefano (ed), *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 9 ff..

PAGALLO, Ugo, Algo-Rithms and the Beat of the Legal Drum, in *Philosophy and Technology*, 2018, 1 ff.

PELISSERO, Marco, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

PIFFERI, Marco, Individualisation of Punishment and the Rule of Law: Reshaping Legality in the United States and in Europe between the 19th and 20th Century, *American Journal of Legal History*, 2012, 325 ff.

QUATTROCOLO S., *Artificial Intelligence, Computational Models and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020

REDMAYNE, Michael, *Character in Criminal Trial*, OUP, Oxford. 2015.

RYBERG, Jesper, *Risk and Retribution. On the Possibility of Reconciling Considerations of dangerousness and Desert*, in J. W. De Keijser, J.V. Roberts, J. Ryberg, *Predictive Sentencing, Normative and empirical perspective*, Hart Publishing, Oxford. 2019.

RUGGERI, Stefano, *Comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, in S. Ruggeri (ed), *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 2013, 185 ff.

SCHNACKE, Timoty R., JONES, Michael R., BROOKER, Claire, M.B, *The History of Bail and Pretrial Release*, Pretrial Justice Institute, 2010

STEVENS, Lonke, *The meaning of the presumption of innocence for pre-trial detention: An empirical approach*, *Netherland Journal of Legal Philosophy*, 42(3), 2013, 239-248

STEVENS, Lonke., *Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit Its Increasing Use*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 17, Issue 2, 2009, pp. 165-180;

STEVENSON, Megan.T., *Assessing Risk Assessment in Action*, *Minnesota Law Review*, 2018, 303 ff.

TONDI, Veronica, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, Cedam, Padova, 2016.

TONRY, Michael, *Sentencing and Prediction. Old Wine in Old Bottles*, in J. W. De Keijser, J.V. Roberts, J. Ryberg, *Predictive Sentencing. Normative and empirical perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2019, 269 ff.

TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal process*, *Harvard Law Rev.*, 1971, vol. 84, p. 1368 ff.

TRIBE, Laurence H., *An Ounce Of Detention: Preventive Justice in the World of John Mithcell*, *Virginia Law Review*, 1970, vol. 56, p. 407 ff.

UNDERWOOD, Barbara D., *Law and the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Interference and Individualized Judgement*, *Yale Law Journal*, 1979, vol. 88, 1409 ff.

VAN NOSTRAND, Marie, *Legal and Evidence Based Practices: Application of Legal Principles, Laws, and Research to the Field of Pretrial Services*, 2007, Crime

and Justice institute – National Institute of Corrections, US Dept. Of Justice, Bibliogov, Washington, 2012.

VOGLER, Richard, England and Wales, in S. Ruggeri (ed), Liberty and Security in Europe, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen, 2013, 87 ff.

WARNER, Charles D., Some aspects of the indeterminate sentence, Yale L. J., 1899, p. 219 ff.

WILLIAMS, Jack F., Classifying Pre-Trial Detention Decisions under the Bail Reform Act of 1984; A Statistical Approach, *American Criminal Law Review*, 1993, Vol. 30, p. 285 ff.

ZACCHÉ, Francesco, La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, 2006 ff.;

ZARA, Georgia, FARRINGTON, David P., Criminal Recidivism: explanation, prediction and prevention. Rutledge, Oxon, 2016.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Thanks to Prof. Livia Giuliani for hosting this paper in her edition.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 02/08/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Review 1: 10/09/2021
- Review 2: 21/09/2021
- Preliminary editorial decision: 21/09/2021
- Correction round return: 04/10/2021
- Final editorial decision: 04/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

QUATTROCOLO, Serena. Forecasting the future while investigating the past. The use of computational models in pre-trial detention decisions. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1859-1896, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.633>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional

*Artificial intelligence and precautionary guardianship.
Special reference to pre-trial detention*

Ana María Neira Pena¹

Universidade da Coruña, España

ana.neira@udc.es

 <http://orcid.org/0000-0002-6562-8208>

RESUMEN: Esta investigación se centra en el estudio del uso de la IA en la toma de decisiones cautelares. Concretamente se examina la forma en que habitualmente los jueces valoran los presupuestos de la prisión provisional y se cuestiona si los sistemas de IA pueden replicar tales procesos valorativos, mejorando su eficacia. A tal fin, se analizan los sesgos en que incurren los jueces a la hora de decidir sobre la prisión provisional, evaluando sus diferentes presupuestos de adopción, y el modo en que las herramientas de IA podrían replicar y, en su caso, mejorar tales decisiones. Por último, se reflexiona sobre los riesgos que la introducción de sistemas de IA podría suponer para los derechos y garantías procesales, tratando de establecer las cautelas o salvaguardas precisas que debieran de flanquear el avance de la IA en la justicia penal para lograr una incorporación de la ciencia en la justicia que resulte respetuosa con los derechos fundamentales del justiciable. En definitiva, este trabajo pivota sobre dos cuestionamientos clave a los que se trata de dar respuesta: 1º) ¿El uso de la IA puede servir para mejorar la eficacia del proceso de toma de decisión en cuanto a la adopción de la prisión provisional?; 2º) ¿Qué riesgos plantea el uso de la IA en este contexto para los derechos y garantías del justiciable y qué cautelas deben de adoptarse para prevenir tales riesgos?

PALABRAS CLAVE: prisión provisional; inteligencia artificial; valoración de riesgos; garantías procesales.

¹ Profesora contratada doctora en el área de Derecho Procesal de la Universidade da Coruña (España). Doctora en Derecho por la Universidade da Coruña.

ABSTRACT: *This research focuses on the study of the use of AI in pretrial detention decision making. Specifically, it analyzes the way in which judges usually assess the requirements of pre-trial detention and questions whether AI systems can replicate such assessment processes, improving the efficiency of decision making. To this end, we analyze the biases that judges incur when deciding on pre-trial detention, assessing the purposes and dangers that justify it, and how AI tools could replicate and, when possible, improve such decisions. Finally, the paper reflects on the risks that the introduction of AI systems could pose to procedural rights and guarantees, trying to establish the precise precautions or safeguards that should flank the advance of AI in criminal justice to achieve an incorporation of science in justice that is respectful of the fundamental rights of the defendant. In short, this paper hinges on two key questions to be answered: 1st) Can the use of AI serve to improve the efficiency of the decision-making process regarding the adoption of pre-trial detention? 2nd) What risks does the use of AI in this context pose to the rights and guarantees of the defendant and what precautions should be taken to prevent such risks?*

KEYWORDS: *pre-trial detention; artificial intelligence; risk assessment; procedural safeguards.*

SUMARIO: *Introducción; 1. La decisión judicial cautelar: heurísticos y sesgos 2. El uso de la IA para valorar los presupuestos de la prisión provisional; 2.1. *Fumus commisi delicti*; 2.2. *Periculum in mora* o *periculum in libertatis*; 3.- Riesgos para los derechos fundamentales procesales y garantías a adoptar en el uso de la IA en la toma de decisiones cautelares; Conclusiones; Referencias.*

INTRODUCCIÓN

La utilización de algoritmos e inteligencia artificial (en adelante, IA) en el ámbito judicial, y especialmente en la justicia penal², es una

² Por destacar tan solo algunas publicaciones recientes en lengua castellana, véanse las siguientes: MIRÓ LLINARES, Fernando. Inteligencia artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, pp. 87-130, 2018; NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018; PÉREZ

realidad en auge³. Las aplicaciones que la IA puede tener en el ámbito de la justicia penal son muchas y muy variadas, abarcando ámbitos tan diversos como el apoyo a la investigación policial, la prevención delictiva,

ESTRADA, Miren Josune. El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías. En BARONA VILAR, Silvia (ed.) *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 235-154; HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, María. Inteligencia artificial y Derecho Penal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10 bis, pp. 792-843, junio 2019; BORRÁS ANDRÉS, Núria. La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal. En: CONDE FUENTES, Jesús; SERRANO HOYO, Gregorio (dirs.). *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 31-39; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial. En CONDE FUENTES, Jesús; SERRANO HOYO, Gregorio (dirs.). *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 191-206; BORGES BLÁZQUEZ, Raquel. El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius et scientia*, v. 6, n. 2, pp. 54-71, 2020; BALCELLS, Marc. Luces y sombras del uso de la inteligencia artificial en el sistema de justicia penal. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEQUERA POCH, Miquel (coords.). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, pp. 145-159; SOLAR CAYÓN, José Ignacio. Inteligencia artificial en la justicia penal: los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos. En: SOLAR CAYÓN, José Ignacio (ed.). *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2020, pp. 125-172; MUÑOZ RODRÍGUEZ, Ana Belén. El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 36, pp. 695-728, 2020; ROMEO CASABONA, Carlos María. Inteligencia artificial, derechos fundamentales y proceso penal. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n. 89 (enero-abril), pp. 253-271, 2020.

³ Prueba de ello es la preocupación que este fenómeno ha despertado, no solo en la doctrina, sino también en las instituciones. Como botón de muestra del interés que despiertan las aplicaciones de IA en la justicia puede verse la *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, aprobada por la Comisión europea para la eficacia de la justicia el 3 de diciembre de 2018 (Estrasburgo). Disponible en <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>. Último acceso: 03/09/2021) Esta Carta es la precursora del *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* (Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 65 final). Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf. Último acceso: 03/09/2021.

la valoración de las pruebas o la evaluación de riesgos⁴. Pero, de entre todas ellas, la denominada justicia predictiva⁵, especialmente cuando se usa para apoyar decisiones judiciales restrictivas de derechos – tales como la adopción de medidas de seguridad, penas o medidas cautelares – resulta especialmente problemática por los riesgos que acarrea para las los derechos fundamentales y las garantías procesales.

Esta investigación se centra en el estudio del uso de la IA en las decisiones cautelares, concretamente en la prisión provisional⁶, por ser la medida cautelar personal más restrictiva para los derechos del encausado y, por lo tanto, la que debe encontrarse más rodeada de garantías a la hora de adoptarse. En este sentido, el trabajo trata de determinar en qué medida el uso de la IA podría mejorar la eficacia en la toma de decisiones sobre la situación cautelar personal del encausado, a través de la valoración de las circunstancias que justifican la idoneidad y la necesidad de una medida de prisión provisional.

En la fase cautelar se trabaja en un contexto de relativa incertidumbre, en el que resulta esencial la valoración de riesgos, entorno en el que las potencialidades de la IA resultan indiscutibles⁷. Sin embargo,

⁴ Sobre las diversas aplicaciones de la IA, y más en general de los avances tecnológicos, al proceso penal, véase HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, María, op. cit., pp. 810-837.

⁵ Sobre este uso de la IA, véase KEHL, Danielle; GUO, Priscilla; KESSLER, Samuel. *Algorithms in the Criminal Justice System: assessing the use of risk assessment in sentencing*. Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society. Harvard Law School, 2017.

⁶ Esta medida es definida como una medida cautelar penal, provisional y de duración limitada, que puede dictar el Juez mediante un auto especialmente motivado, por la que se restringe el derecho a la libertad del imputado de la comisión de un delito de especial gravedad y en quien concurra un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al acto del juicio oral, destinada a asegurar dicha comparecencia, así como a conjurar los riesgos de reiteración delictiva, de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba o la puesta en peligro de la integridad de la víctima (GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. 2ª ed. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2018, p. 483)

⁷ Sobre los sistemas de IA para la valoración de riesgos, véase SIMÓN CASTELLANO, Pere. *Justicia cautelar e inteligencia artificial*. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales, Barcelona: Bosch, 2021, pp. 130-148, quien explica de forma accesible cómo funcionan los sistemas de valoración de riesgo,

el uso de estas herramientas tecnológicas puede resultar especialmente controvertido si se toma en cuenta, en primer lugar, que hablamos de medidas restrictivas del derecho a la libertad y, en segundo lugar, que tales medidas se aplican a un sujeto que debe de ser considerado inocente, en tanto que aún no ha sido enjuiciado y condenado. Por eso el trabajo también trata de reflexionar sobre la forma en que la introducción de la IA como herramienta para la toma de decisiones cautelares privativas de libertad puede afectar a los derechos del justiciable, haciendo especial hincapié en las cautelas que deberían adoptarse para prevenir la vulneración o el menoscabo de tales derechos.

El objeto de este trabajo es, en definitiva, determinar en qué medida los sistemas de IA son aptos y eficaces para valorar la concurrencia de los presupuestos de la prisión provisional y de qué forma su uso puede ser introducido de manera respetuosa con los derechos del encausado. A tal fin, se analiza cómo son tomadas las decisiones cautelares por los jueces para, a continuación, determinar en qué medida sus procesos mentales son replicables, y en su caso mejorables, por sistemas de IA, capaces de gestionar ingentes cantidades de datos. A continuación, se exponen los principales riesgos que conllevaría el uso de tales sistemas en la justicia cautelar y las salvaguardas a adoptar para prevenirlos.

1. LA DECISIÓN JUDICIAL CAUTELAR: HEURÍSTICOS Y SESGOS

Para determinar en qué medida la IA puede ser útil en la toma de decisiones cautelares y, concretamente, para determinar la procedencia de la prisión provisional, primeramente, es necesario indagar sobre cómo se vienen desarrollando los procesos mentales de toma de decisiones en este ámbito, esto es, en sede judicial. En este sentido, la primera circunstancia a considerar, en tanto que determinante de la toma de decisiones cautelares, tiene que ver con el entorno de incertidumbre que

especialmente en el ámbito del *compliance* empresarial; Sobre los retos y los problemas que plantea la justicia predictiva desde el punto de vista del principio de legalidad, la presunción de inocencia o el derecho de defensa, véanse las reflexiones de ZAVRŠNIK, Aleš. Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice setting. *European Journal of criminology*, pp. 1-20, pp. 13-14, septiembre de 2019.

rodea la adopción de medidas cautelares, en una fase procesal en la que aún no se han producido ni practicado pruebas –que, en sentido estricto, y como regla general, sólo se producen en la fase de juicio oral- y en la que, sin embargo, se deben adoptar decisiones de enorme relevancia con base en indicios o elementos de convicción no siempre sólidos.

Tal y como aprecia Simón Castellano⁸ la influencia del contexto más cercano al juzgador, junto con variables emocionales, condicionadas por aspectos como la apariencia o el lenguaje empleado por el encausado, tienen todavía más peso cuando se trata de decisiones que han de adoptarse de forma rápida y con una actividad probatoria nula o muy limitada, como ocurre con las medidas cautelares. Y, en este sentido, la ventaja que parece aportar la IA, en tanto que método automatizado de valoración de riesgos basado en evidencias y datos objetivos es, precisamente, el avance hacia la superación de los sesgos existentes en los juzgadores⁹. Sin embargo, no se puede menospreciar el hecho de que tanto las bases de datos como los algoritmos son creaciones humanas y, como tal, los modelos matemáticos en que se sustentan reflejan objetivos e ideologías¹⁰.

⁸ SIMON CASTELLANO, Pere, op. cit., p. 120.

⁹ Es lo que BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, op. cit., p. 57, denomina la “trampa de la neutralidad”, basada en la creencia de que la IA se alimenta única y exclusivamente de cifras y que los números sólo pueden ser tratados de forma matemática, alimentando con esto el mito de su matematización.

¹⁰ O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016; En la misma línea, MIRÓ LLINARES, Fernando. “El modelo policial que viene: mitos y realidades del impacto de la inteligencia artificial y la ciencia de datos en la prevención policial del crimen”. En MARTÍNEZ ESPASA, José (coord.). *Libro blanco de la prevención y seguridad local valenciana: Conclusiones y propuestas del Congreso Valenciano de Seguridad Local: la prevención del siglo XXI, celebrado en Benidorm del 16 al 18 de noviembre de 2018*, Valencia: Agència Valenciana de Seguretat i Resposta a les Emergències: Agència Valenciana de Seguretat i Resposta a les Emergències, Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, 2019, pp. 98-113, pp. 102-103, sostiene que es un mito considerar que la IA se alimenta solo de números y complejas fórmulas matemáticas, ya que con ello se obvia el hecho de que “la IA no se apoya en números sino en datos, esto es, en información sobre la vida real, en información relacionada con variables concretas que interactúan entre sí a partir de modelos teóricos determinados que, en el caso de que tengan que ver con las personas, sólo pueden construirse sobre la base de Ciencias sociales como la Psicología, la Sociología o la Criminología. Es decir, aunque la IA requiere de análisis matemáticos, los mismos se realizan

Tanto Simón Castellano¹¹ como Nieva Fenoll¹² se refieren a los heurísticos de pensamiento descritos por Tversky y Kahneman¹³ para describir algunos de los procesos mentales que siguen los jueces para tomar sus decisiones. Se distinguen, en este sentido, el heurístico de la representatividad¹⁴, el heurístico de accesibilidad o disponibilidad¹⁵, el heurístico de anclaje o ajuste¹⁶ y el de afección¹⁷.

De acuerdo con el heurístico de representatividad, el enjuiciamiento humano juzga la probabilidad de una hipótesis acudiendo a los datos de su memoria, por lo tanto, acudiendo a su experiencia previa en situaciones análogas y al éxito de sus decisiones anteriores. A través de este heurístico, un suceso se considera probable en la medida en que representa las

sobre variables sociales, y son los científicos sociales quienes deben configurar los marcos explicativos adecuados para ello”.

¹¹ SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., pp. 116-120.

¹² NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., pp. 45-60.

¹³ KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

¹⁴ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, “Judgments of and by representativeness”. En KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 84-98, esp. p. 97. De acuerdo con los referidos autores, los resultados de los estudios realizados apoyan directamente la hipótesis de que las personas evalúan la probabilidad de los sucesos en función del grado en que estos son representativos de un modelo o proceso relevante. Dado que la representatividad de un acontecimiento puede incrementarse mediante la especificidad, un objetivo compuesto puede juzgarse más probable que uno de sus componentes.

¹⁵ De acuerdo con KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. En KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 163-178, se dice que una persona emplea la heurística de la disponibilidad siempre que estima la frecuencia o la probabilidad por la facilidad con la que se pueden traer a la mente ciertos eventos o asociaciones.

¹⁶ El heurístico de anclaje o ajuste supone, en el ámbito de las decisiones judiciales, que el juzgador tiende a hacerse una idea inicial del asunto y, posteriormente, a reinterpretar los datos en concordancia con tal posicionamiento inicial, muchas veces tamizado por su personal forma de entender e interpretar la realidad.

¹⁷ La afección se refiere a la influencia que, en las decisiones judiciales, tienen las emociones.

características esenciales de su población de origen o proceso generador de acuerdo con la experiencia propia del decisor. Por su parte, el heurístico de accesibilidad se basa en el proceso mental por el cual el ser humano otorga una mayor probabilidad a aquellas hipótesis que recuerda con mayor facilidad, esto es, aquellas más accesibles en su memoria. El heurístico de anclaje o ajuste supone, en el ámbito de las decisiones judiciales, que el juzgador tiende a hacerse una idea inicial del asunto y, posteriormente, a reinterpretar los datos en concordancia con tal posicionamiento inicial, muchas veces tamizado por su personal forma de entender e interpretar la realidad. Por último, la afección influye igualmente en la toma de decisiones introduciendo el componente emocional, aspecto que, ya se puede adelantar, parece, al menos en la actualidad, de imposible replicación por los sistemas de IA. Aunque, respecto de este último, la pregunta de más difícil respuesta pasaría seguramente por determinar en qué resulta beneficioso y recomendable eliminar del proceso de decisión la empatía o la inteligencia emocional¹⁸.

De la conjunción de los referidos procesos psicológicos de toma de decisiones, se deriva el hecho de que las decisiones cautelares son adoptadas, muchas veces, de forma casi automática, atendiendo a la experiencia reciente del juez, que otorgará una especial relevancia, en ocasiones desproporcionada, a determinadas variables – como podría ser la nacionalidad del encausado y/o la dinámica delictiva observada – por el mero hecho de estar presentes en casos decididos recientemente, o juzgados en el pasado y valorados como representativos, sin contrapesar adecuadamente otras variables distintas y particulares del nuevo caso a enjuiciar. Así pues, tal y como advierte Simón Castellano¹⁹, en relación con las decisiones cautelares, *“se produce una suerte de automatismo en relación con casos parecidos o análogos que han sido resueltos con anterioridad, porque ante la falta de actividad probatoria difícilmente se pueden apoyar en algo más. Se refuerza el anclaje basado en la comodidad y la necesaria reducción de la carga de trabajo, la accesibilidad y la disponibilidad en*

¹⁸ Tal y como indica ZAVRŠNIK, Aleš, op. cit., p. 12, la empatía u otras cualidades personales son tipos de sesgos que mejoran la equidad medible estadísticamente, por lo que quizás no deberían de eliminarse del ámbito judicial.

¹⁹ SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., p. 122.

relación con aquellos argumentos que el juzgador tiene más cerca, esto es, los de quien solicita o interesa la medida, es decir, el Ministerio Fiscal, y la representatividad”.

Se debe de advertir que los referidos procesos mentales, empleados por el juez cotidianamente en su toma de decisiones, no están exentos de sesgos²⁰. La cuestión es determinar si tales formas de tomar decisiones pueden ser replicadas, y en su caso mejoradas, con sistema de IA que, manejando datos en mayor cantidad y de mejor calidad que los retenidos por la memoria humana, puedan servir de complemento eficaz a las decisiones judiciales, al nutrir la valoración judicial sobre los presupuestos de adopción de las medidas cautelares.

Ahora bien, siendo cierto que la IA permite gestionar de forma eficaz ingentes cantidades de datos, inabarcables para la memoria y el raciocinio humano, ocurre que la forma en que se construye el algoritmo y los datos con que este se entrena responden a decisiones humanas, lo que en ocasiones provoca que los sesgos propios del razonamiento humano sean replicados, e incluso exacerbados, en los resultados del algoritmo²¹.

²⁰ La existencia de estos sesgos ya fue advertida por KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos, op. cit., p. 20, en cuya opinión estos heurísticos son muy económicos y suelen ser eficaces, pero conducen a errores sistemáticos y predecibles. Una mejor comprensión de estos heurísticos y de los sesgos a los que conducen podría mejorar los juicios y las decisiones en situaciones de incertidumbre. Así, por ejemplo, el heurístico de accesibilidad podría dar lugar al sesgo de correlación ilusoria, acuñado por CHAPMAN, Loren James. Illusory correlation in observational report. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, v. 6, n. 1, pp. 151–155, 1967. Este sesgo implica sobreestimar la existencia de covariación entre dos eventos y constituye un sesgo de confirmación, a través del cual el decisor tiende a basarse únicamente en casos confirmatorios de sus ideas o hipótesis, a la vez que ignora los casos no confirmatorios.

²¹ En este sentido, tal y como indica MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Peligrosidad, Algoritmos y *Due Process*: el Caso *State V Loomis*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n 20 pp. 485-502, p. 496, julio de 2018, “cuando se afirma que la información que proporcionan las herramientas de valoración de riesgos es objetiva, y por ello preferible a la valoración personal del juez, que puede estar sesgada por prejuicios inconscientes (raciales, de clase, de género, etc.), se olvida que los algoritmos son un mero reflejo de los datos con los que se los alimenta, de modo que si esos datos incorporan sesgos el algoritmo los reproducirá, o peor aún, los exacerbará”.

2.- EL USO DE LA IA PARA VALORAR LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

2.1.- *FUMUS COMMISI DELICTI*

La elevada probabilidad de que se haya cometido un delito y los indicios racionales que permitan atribuir tal delito al investigado constituyen el primer presupuesto de adopción de las medidas cautelares personales en general; y, tratándose de un delito grave, podrían constituir el presupuesto inicial de adopción de la medida de prisión provisional. Esta condición necesaria, que no suficiente, para acordar la prisión provisional se basa en la existencia de motivos bastantes para creer responsable criminalmente al encausado (art. 503.1.2º LECrim), en el sentido de que no basta con la mera concurrencia de indicios racionales de criminalidad, sino que ha de acreditarse, además, que no concurren causas de exención o de extinción de la responsabilidad penal²². Todo ello supone la necesidad de desarrollar una valoración conjunta de los elementos de convicción que obren en la causa, desde una perspectiva fáctica y jurídica, considerando a tal efecto las alegaciones que las partes realicen al respecto.

Por lo tanto, como presupuesto básico de adopción de las medidas cautelares, especialmente de la prisión provisional, habrá que valorar la existencia de indicios fundados de responsabilidad criminal en el sujeto en cuestión, sin que ese juicio anticipado sobre su participación en los hechos y sobre su responsabilidad personal pueda confundirse o contaminarse con la estimación del nivel de predisposición a delinquir o con su actitud obstruccionista frente a la investigación, entre otros extremos no directamente vinculado con la comisión del delito que está siendo investigado.

Pues bien, hay que advertir que, en este ámbito, la ayuda que los sistemas de IA podrían brindar es limitada, más allá de sus potencialidades como instrumento de apoyo a la investigación policial²³ o de apoyo a la

²² GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., p. 487.

²³ A este respecto pueden resultar útiles instrumentos como VALCRI (“*Visual Analytics for sense making in Criminal Intelligence Analysis*”, que sirve a los investigadores para relacionar evidencias obtenidas en la escena del crimen con datos contenidos en bases de datos policiales, con ayuda de técnicas

valoración de pruebas u otros elementos de convicción²⁴. En tanto que la valoración de este presupuesto implica reconstruir hechos pasados, atribuirles un nivel de verosimilitud y valorarlos jurídicamente, las herramientas de justicia predictiva o valoración de riesgos no deben de influir en absoluto en este juicio, que debe de realizarse de forma independiente y autónoma a toda circunstancia ajena a la comisión del hecho delictivo que se investiga.

Por otra parte, aunque no se puede exigir certeza sobre la responsabilidad penal del investigado debido a la fase procesal en la que se adoptan normalmente las medidas cautelares, para acordar una medida de prisión provisional, el juez ha de estar convencido de que el delito se ha cometido, con un grado de probabilidad muy elevado²⁵. Además, aunque la distribución de probabilidad de los diversos modelos permita cuantificar el grado de incertidumbre, esto nunca eliminará la necesidad de fijar un umbral, esto es, de determinar cuánto peso debe de darse a la certeza del riesgo esperado, trasladando la probabilidad algorítmica al lenguaje judicial²⁶. Como consecuencia, será el juez, en último término, el

biométricas y de reconocimiento facial. Sobre este sistema, véase ESTÉVEZ MENDOZA, Lucana. Algoritmos policiales basados en IA derechos fundamentales a la luz de Hart y Valcri. En JIMÉNEZ CONDE, Fernando; BELLIDO PENADÉS, Rafael (coords.). *Justicia: garantías vs. Eficacia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 665-674.

²⁴ En este ámbito resultan esenciales los avances y aportaciones de la psicología forense para valorar la credibilidad de los testigos, en combinación con herramientas automatizadas de tratamiento de datos que se nutren de la ciencia psicológica. Por poner un ejemplo de estas herramientas, cabe señalar VERIPOL, aplicativo introducido por la policía española en el año 2017 para detectar denuncias falsas de robos de móviles. El programa procesa el texto de la denuncia, extrayendo características útiles para su clasificación utilizando técnicas de procesamiento del lenguaje natural. Estas características se pasan a un modelo matemático que estima la probabilidad de falsedad de la denuncia. Experimentos empíricos muestran que el programa tiene una precisión superior al 90% (http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/9496864, último acceso: 03/09/2021)

²⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 72, habla de la necesidad de determinar prácticamente una certeza de culpabilidad a través del enjuiciamiento de la culpabilidad de forma provisional. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, evidentemente, tal y como advierte ZAVRŠNIK, Aleš, op. cit., p. 10, los instrumentos de evaluación de riesgos arrojan probabilidades y no certezas.

²⁶ ZAVRŠNIK, Aleš, op. cit., p. 10.

que, valorando conjuntamente los elementos de convicción disponibles, entre los que podría estar el resultado algorítmico directo o indirecto acerca de la probabilidad de comisión del hecho, determine en qué medida considera suficientemente acreditado que el investigado ha cometido un delito de cierta gravedad.

El *fumus boni iuris* es, en definitiva, un juicio de imputación reforzado, esto es, un juicio provisional sobre la atribución de responsabilidad al encausado por un determinado hecho²⁷. Se trata, por lo tanto, de reconstruir el pasado, valorando jurídicamente los hechos investigados, y no de predecir el futuro ni de asignar probabilidades a hechos inciertos. Y, en este ámbito, la IA es más limitada. Desde luego, difícilmente puede sustituir al juicio jurisdiccional, que además ha de guiarse por principios como el *in dubio pro reo* o el favorecimiento de la libertad personal, que encierran auténticos valores, no siempre reducibles a una secuencia lógica o a un umbral estadístico.

En definitiva, es importante hacer hincapié en que este extremo –la concurrencia del *fumus comissi delicti*– siga siendo valorado por el juzgador, y que no se confunda o se distorsione con valoraciones sobre el riesgo de reincidencia delictiva o con predicciones de comportamiento futuro, que lleven a confundir el juicio de imputación con el juicio de peligrosidad²⁸.

La posibilidad de confusión se torna más probable si se toma en consideración que en la etapa cautelar existe, por definición, un vacío probatorio, que obliga al juez a decidir con una información incompleta, lo que podría incentivar al juzgador a guiarse por los perfiles de riesgo

²⁷ Este juicio de imputación se integra por un elemento objetivo, el hecho punible, y el subjetivo, su razonable atribución al destinatario de la medida en cuestión. Así pues, el *fumus comissi delicti* implica atribuir, fundadamente, la comisión de un hecho presuntamente delictivo a una determinada persona y exige valorar, por lo tanto, los elementos que conforman el objeto del juicio penal, esto es, “*si una persona determinada ha cometido o no una acción penal determinada de que deba responder criminalmente*” (GÓMEZ ORBANEJA, Eduardo. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona: Bosch, 1947, Tomo I., p. 252)

²⁸ Sobre el riesgo de confundir peligrosidad y autoría como consecuencia del uso de las herramientas de IA en las medidas cautelares advierte NIEVA FE-NOLL, Jordi, op. cit., p. 74.

producidos por el sistema de IA para fundamentar, incluso de forma inconsciente, el juicio de imputación²⁹. Pues bien, en aras de la libertad y dignidad del investigado este riesgo debe de ser prevenido. Como cautela sería necesario que el órgano decisor no hiciese uso de los instrumentos de IA para predecir el riesgo de fuga o reiteración delictiva hasta haber apreciado suficientemente, de forma previa y autónoma, el *fumus commisi delicti*.

2.1.- *PERICULUM IN MORA O PERICULUM IN LIBERTATIS*

La IA se muestra, sin embargo, más útil para valorar el otro presupuesto procesal de las medidas cautelares: el *periculum in mora* o los riesgos concretos que las medidas cautelares tratan de precaver³⁰. Aunque su uso en este ámbito en absoluto está exento de riesgos ni debe de estar desprovisto de cautelas, la potencialidad de la IA para fundamentar estas valoraciones resulta indudable³¹.

²⁹ Se debe de advertir, en este sentido, que el uso de sistemas de IA como complemento o apoyo a la toma de decisiones judiciales modifica la percepción de responsabilidad sobre las decisiones propias y, además, crea una inercia en el juzgador, que tiende a confiar en los resultados que ofrece el sistema, optando por justificarlos, acomodando sus propios razonamientos al resultado algorítmico (ZAVRŠNIK, Aleš, op. cit., p. 13). La misma idea se recoge en: GORDON, Faith. Book Review on EUBANKS, Virginia. Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor, *Law, Technology and Humans*, St Martin's Press, New York, v. 1, pp. 162-164, 2018.; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, op. cit., pp. 204-205; DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como 'sector del riesgo'. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 76, pp. 9-44, p. 36, 2020.

³⁰ Véanse las reflexiones de NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., pp. 63-77 y de SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., pp. 149-157, sobre la forma en que la IA podría ser usada para valorar los diferentes riesgos que justifican la adopción de medidas cautelares.

³¹ Las herramientas de evaluación de riesgos se encuentran, a día de hoy, en la cuarta generación de desarrollo, habiendo alcanzado un alto grado de sofisticación, empleando algoritmos de aprendizaje automático (*machine learning*) que generan modelos de riesgos basados en ingentes cantidades de datos (KEHL, Danielle; GUO, Priscilla; KESSLER, Samuel, op. cit. p. 9).

Los riesgos clásicos que se tratan de neutralizar con la prisión provisional son el riesgo de fuga, quizás el único propiamente cautelar³²; el riesgo de reiteración delictiva, con una finalidad más preventiva que cautelar; y el riesgo de destrucción de pruebas.

Respecto del riesgo de fuga, se constata que la clásica finalidad cautelar de la prisión provisional consiste en *asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga* (art. 503.3º a) LECrim). Para valorar el referido riesgo, la propia legislación aporta una serie de indicadores, que deberán valorarse conjuntamente. Estos son: la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado³³, la situación familiar, laboral y económica de este, así como la inminencia de la celebración del juicio oral³⁴.

Sin embargo, la valoración conjunta de tales elementos conlleva sesgos. Así, por ejemplo, la sistemática discriminación de los extranjeros

³² En esta línea, RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*. Barcelona: Atelier, 2011, p. 255, sostiene que la necesidad de garantizar la sujeción de una persona al juicio penal es lo único que autoriza la medida cautelar de tipo personal.

³³ La jurisprudencia insiste en que *la gravedad de la pena* es un elemento clave para valorar el riesgo de fuga, dado que a mayor gravedad de la amenaza penal mayores serán los incentivos a la huida. Sin embargo, se afirma también que la gravedad de la pena no puede servir como único factor a tener en cuenta para acordar la prisión provisional, sino que deberá valorarse a la luz de las *circunstancias personales del encausado*, tales como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones con otros países y los medios económicos de los que este dispone, entre otros (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 b)).

³⁴ Respecto a la *proximidad de la celebración del juicio oral*, se afirma que, como norma general, cuando se acerca la fecha de celebración del juicio oral, la amenaza de la pena y la cercanía temporal de su posible imposición también operan como potenciales estímulos a la huida. Sin embargo, este dato presenta un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 b) y 66/1997, de 7 de abril, FJ 6, entre otras muchas). Esa naturaleza ambivalente también puede apreciarse en la circunstancia consistente en disponer de medios económicos, que puede ser vista como indicativa de posibilidades de urdir una fuga eficiente o, contrariamente, de falta de interés de separarse de su patrimonio (NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 76).

en la valoración del riesgo de fuga como determinante de la adopción de la medida de prisión provisional ha sido denunciada tanto por la literatura española como por la extranjera a lo largo de los años³⁵. Detrás de esta discriminación parece estar el sesgo de confirmación denominado correlación ilusoria³⁶, propio del heurístico de representatividad, que conduciría a sobreestimar la correlación entre la condición de extranjero y las probabilidades de fugarse o de sustraerse a la acción de la justicia, subestimando, al mismo tiempo, otras circunstancias del caso que podrían abogar por la imposición de medidas cautelares menos restrictivas que la prisión.

³⁵ Véase, en este sentido, GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial de prisión preventiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 156-157; RECIO JUÁREZ, Matías. Nuevos Instrumentos para el Cumplimiento Transnacional de las Medidas Cautelares Alternativas a la Prisión Provisional en la Unión Europea. *Revista Direito e Inovação*, v. 2, n. 2, 198-213, pp. 200-204, 2014; GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *Extranjeros sospechosos, condenados y ex condenados: Un mosaico de exclusión*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19-15, p. 19, 2017; LJUNGQUIST, Thomas. *Mutual Recognition of Non-Custodial Pre-Trial Supervision Measures in the European Union*. *Revue internationale de droit pénal*, v. 77, n. 1-2, pp. 172-173, 2006; BANACH-GUTIÉRREZ, Joanna Beata. *Globalized Criminal Justice in the European Union Context. How Theory Meets Practice*. *New Journal of European Criminal Law*, v. 4, n. 1-2, p. 165, 2013; RAFARACI, Tomasso. *The Application of the Principle of Mutual Recognition to Decisions on Supervision Measures as an Alternative to Provisional Detention*. En RUGGERI, Stefano (ed.). *Liberty and Security in Europe*. Osnabruck: Universitätsverlag, 2013, p. 68. Esta discriminación sistemática también se aprecia en el contexto de la Unión Europea. En este sentido, se afirma que los ciudadanos de la UE que no residen en el territorio del Estado miembro en el que son sospechosos de haber cometido un delito se encuentran a veces -principalmente debido a la falta de vínculos con la comunidad y al riesgo de fuga- en prisión preventiva. Una persona sospechosa de haber cometido un delito en un país en el que reside se beneficiaría, en una situación similar, de una medida de vigilancia menos coercitiva, como la obligación de presentarse periódicamente a la policía o la prohibición de viajar (Exposición de motivos de la Propuesta original de Decisión marco del Consejo sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea (COM (2006) 468 final), Bruselas, 29.8.2006).

³⁶ Sobre esta idea, véase JENNINGS, Dennis L.; AMABILE, Teresa M.; ROSS, Lee. *Informal covariation assessment: Data-based versus theory-based judgment*. En: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 211-230.

De acuerdo con Simón Castellano³⁷ la utilización de los sistemas de IA en este ámbito podría servir, no solo para replicar el proceso cognitivo humano en la valoración de tal riesgo, sino también para buscar patrones similares a través del volcado masivo de datos, haciendo aflorar resultados estadísticos sobre la probabilidad de que el investigado, en una causa concreta, acabe sustrayéndose a la acción de la justicia³⁸. Sin embargo, esta forma de proceder plantea el problema de que podría conducir a automatismos, perpetuando los sesgos propios del razonamiento judicial en esta materia, o incluso agravándolos, al reproducirse patrones de decisión con base en decisiones ya adoptadas, sin reconsiderar el nivel de riesgo, y la proporcionalidad de la medida, de una forma verdaderamente individualizada y adaptada a las particularidades del caso concreto³⁹. Es el heurístico de anclaje elevado a su máximo potencia: los datos de mayores tasas de prisión para extranjeros pueden realimentar y consolidar esta tendencia discriminatoria⁴⁰.

³⁷ SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., , p. 78.

³⁸ De hecho, en un estudio de 1.36 millones de presos preventivos se observó que un sistema de IA podía predecir si un sospechoso se fugaría o reiteraría la conducta delictiva mejor que un juez humano (KLEINBERG, Jon; LAKKA-RAJU, Himabindu; LESKOVEC, Jure; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil. Human Decisions and Machine Predictions. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 133, n. 1, pp. 237–293, 2018)

³⁹ De hecho, en el conocido caso Loomis uno de los argumentos del recurrente fue, precisamente, que se había vulnerado su derecho a obtener una sentencia individualizada. Sin embargo, la Corte Suprema de Wisconsin (Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016)) rechazó el argumento, señalando que el recurrente tendría razón si el sistema COMPAS hubiese sido el único elemento a considerar en la valoración del riesgo, dado que la herramienta valora el riesgo de reincidencia para *grupos* de personas y no para *individuos* concretos. Sin embargo, en tanto que la herramienta sea utilizada como un elemento más de la decisión judicial, y valorada junto con el resto de circunstancias particulares propias del caso y del concreto individuo, su uso es legítimo. Sobre esta resolución, véanse las acertadas críticas de MARTÍNEZ GARAY, Lucía, op. cit., pp. 490-502.

⁴⁰ Algo similar es apreciado por DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 28, en relación con el uso que el sistema COMPAS hace del dato sobre el número de arrestos previos de personas con una determinada característica personal como es la raza o etnia. Como consecuencia de la recolección de este dato, por el mero hecho de ser afroamericano, el nivel de riesgo que indicará el algoritmo se multiplicará notablemente, ya que en Estados Unidos la cifra de detenciones de personas afroamericanas, y de otras minorías, es muy

Para que el uso de sistemas de IA suponga una verdadera ventaja a la hora de valorar el riesgo de fuga es importante, por una parte, tratar de compensar los referidos sesgos – y otros de género, edad, tipología delictiva, etc.- en la construcción del algoritmo, en la selección de los datos y, especialmente, en la interpretación contextual de los resultados que el sistema arroje; y, por otra parte, que el sistema se nutra y maneje datos suficientes en cantidad y, sobre todo, de buena calidad, tanto de casos anteriores, como especialmente del caso concreto⁴¹. Por lo tanto, un formulario que recoja debidamente toda la información relevante del caso y la sistematice puede resultar de gran relevancia para un proceso eficaz de toma de decisiones.

Otra de las finalidades de la prisión provisional prevista en la ley consiste en evitar la reiteración delictiva o ataques contra bienes jurídicos de la víctima. La legitimidad de esta finalidad, a pesar de presentar un carácter más preventivo que propiamente cautelar, ha sido avalada por el TEDH⁴² y por el TC español⁴³. Sin embargo, es necesario advertir que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, dicha previsión no da cobertura

elevada. Sin embargo, tal y como aprecia la autora, el hecho de que se produzca ese mayor número de contactos entre la policía y los sujetos pertenecientes a minorías étnicas, no significa necesariamente una mayor propensión delictiva de estos, sino más bien que existe un control policial mucho más estricto sobre los sujetos pertenecientes a esos grupos raciales minoritarios en Estados Unidos.

⁴¹ Así, por ejemplo, para evaluar el arraigo económico de una persona será relevante valorar si tiene trabajo, pero también el tipo de trabajo, el tipo de contrato, los años de antigüedad, el salario percibido, en su caso la posibilidad de reincorporarse al trabajo tras cumplir la pena, las relaciones con sus compañeros, etc. En este sentido, SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., p. 151, propone la incorporación al sistema de todos los datos que el encausado aporte voluntariamente (datos de navegación, correo electrónico, etc.). Esta propuesta resulta, a mi juicio, un tanto controvertida, ya que, aunque la aportación sea voluntaria, plantea el problema de la diferente fiabilidad del resultado del algoritmo según el grado de colaboración del investigado, así como el riesgo de que los datos presentados por el investigado sean sesgados o parciales.

⁴² SSTEDH de 6 de noviembre de 1980, caso Guzzardi c. Italia; de 7 de marzo de 2013, caso Ostendorf c. Alemania, y 28 de octubre de 2014, caso Urtans c. Letonia.

⁴³ SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3º y 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4º, entre otras.

a decisiones de prevención general dirigidas contra un individuo, o una categoría de individuos, considerados peligrosos debido a su continua tendencia al crimen; sino que, más limitadamente, en el contexto de la persecución de un delito, los arts. 5.1 c) y 5.3 CEDH, interpretados conjuntamente, permiten a los Estados contratantes imponer y mantener en el tiempo una privación cautelar de libertad previa al juicio como medio de prevención de una concreta y específica infracción penal, finalidad que ha de venir fundamentada en hechos o informaciones concretas basadas en datos objetivos⁴⁴. Y, precisamente con el fin de objetivar al máximo el juicio de inferencia sobre el riesgo de reiteración delictiva, se viene exigiendo que entre el hecho presuntamente delictivo y el que se pretende evitar exista una naturaleza común, que ambos sean de cierta gravedad y que se valoren las posibilidades reales del encausado – atendiendo a su experiencia, capacidad y disposición- de reiterar la conducta⁴⁵.

El problema que presenta el uso de la IA para la valoración de este extremo tiene que ver con el hecho de que el mismo concepto de “reiteración delictiva” parte de asumir como cierto que se ha cometido un delito, cuando en realidad, en el contexto de la adopción de la prisión provisional, o de otras medidas cautelares penales, el encausado debe de ser considerado inocente⁴⁶. La valoración de este riesgo lleva implícita, por lo tanto, la apreciación positiva de la concurrencia del *fumus commissi delicti* que, como se indicó antes, no es un ámbito propicio para el uso de los análisis predictivos, en tanto que se refiere a la reconstrucción de hechos pasados⁴⁷.

⁴⁴ SSTEDH de 6 de noviembre de 1980, caso Guzzardi c. Italia, § 102; de 7 de marzo de 2013, caso Ostendorf c. Alemania, §§ 67 a 69, y 28 de octubre de 2014, caso Urtans c. Letonia, § 33.

⁴⁵ SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., pp. 153-154.

⁴⁶ En este sentido, tal y como advierte NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 67, “una cosa es establecer la posibilidad de reiteración delictiva de un reo condenado, es decir, con respecto al que ya se comprobó su responsabilidad, y otra muy distinta hacer idéntico juicio con alguien que aún no ha sido juzgado, es decir, con un inocente”. Por su parte, SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., pp. 154-155 indica que el uso de sistemas que predigan la reiteración delictiva en el ámbito de la justicia cautelar parte de un sesgo conceptual en el lenguaje y prejuiza antes del juicio.

⁴⁷ En este sentido, tal y como sostiene DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 32, nota 60, resulta complicado admitir juicios predictivos de peligrosidad

Es por ello que no faltan autores que sostengan que el uso de estas herramientas de predicción del riesgo de reiteración delictiva debería de limitarse a las decisiones propias de la fase de ejecución de condena, sin que deban ser usadas en materia cautelar, donde es posible que terminen por perpetuar, o incluso que tiendan a reforzar, los errores y sesgos preexistentes del juicio humano, con el hándicap añadido de que el juicio de peligrosidad –*periculum in mora*– puede llegar a subsumir al de autoría o culpabilidad –*fumus commissi delicti*–⁴⁸. Otros, sin embargo, afirman que, si se admiten las “máximas de la experiencia” usadas en el razonamiento judicial para efectuar juicios predictivos en relación con las medidas cautelares, las cuales no dejan de estar basadas en la generalización de experiencias con otros sujetos, no tiene sentido limitar el uso de la IA en este ámbito, siempre que se realice con las debidas garantías⁴⁹.

En todo caso, hay que tener presente que los sistemas de IA predictivos no están exentos de sesgos y de riesgos. Primeramente, porque el algoritmo o los datos con que aquel ha sido entrenado pueden tender a introducir o perpetuar las discriminaciones presentes en la actuación policial y judicial; y, en segundo lugar, porque su fiabilidad, en ocasiones, ha demostrado no ser mucho mayor que la de la intuición humana, aunque, en este caso, revestida de un científicismo, que dota a las decisiones de una fuerza categórica cuando menos preocupante⁵⁰.

de un sujeto cuando todavía tiene la presunción de inocencia a su favor; aunque, a renglón seguido, la autora reconoce que, dado que es generalmente admitido el uso de las medidas cautelares con la finalidad de prevenir la reiteración delictiva, restringir el uso de la IA para valorar tal riesgo no tiene mucho sentido.

⁴⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., pp. 73-74.

⁴⁹ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 32; Según GIALUZ, Mitja. Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, pp. 19-20., las limitaciones que se tratan de imponer al uso de las herramientas de justicia predictiva en materia cautelar no están justificadas, en tanto que no tiene sentido limitar los instrumentos cognitivos del juez. Además, el autor sostiene que la verdadera razón de tales limitaciones en la legislación italiana se explica por la poca confianza del legislador en la ciencia psicológica y criminológica.

⁵⁰ La herramienta estrella en el ámbito de la valoración de riesgo de reincidencia, aunque existen muchas otras, es sin duda, COMPAS, que se utiliza en

Como cautelas ante el previsible uso de la IA en materia cautelar, resulta esencial insistir, una vez más, en que ambos presupuestos - *fumus commissi delicti y periculum in mora*- deben valorarse de forma autónoma y sucesiva, de forma que solo se entre a valorar el riesgo de reiteración delictiva, una vez constatada la consistencia del juicio reforzado de imputación. Además, hay que tener en cuenta también que la reiteración delictiva no ha de valorarse en abstracto, sino en relación con el concreto

varios Estados de Estados Unidos tanto para presos provisionales como definitivos, con base en datos de presos previos, así como con datos del encausado o preso en cuestión, que ha de responder un cuestionario con más de 100 ítems distintos. Las críticas al sistema COMPAS ponen en entredicho su eficacia. En este sentido, se realizó un estudio en el que personas legas en Derecho, a partir de 7 parámetros, valoraban la posible reincidencia de un grupo de presos y el porcentaje de acierto (62%) fue muy similar al obtenido por COMPAS (65%). Adicionalmente, en un segundo experimento, se comparó el resultado de COMPAS – que valora 137 parámetros- con el de un algoritmo mucho más simple – que incorporaba solo la edad y el número de condenas previas- y el porcentaje de acierto fue muy similar al de COMPAS, incluso ligeramente superior (67%) (DRESSEL, J; FARID, H. The accuracy, fairness and limits of predicting recidivism. *Science advances*, n. 4, 2018). Igualmente, ha sido puesta en entredicho su neutralidad, con acusaciones serias de producir sesgos racistas, puestos de manifiesto, entre otros, por el estudio desarrollado por DIETRICH, William; MENDOZA, Christina; BRENNAN, Tim. COMPAS Risk Scales: Demonstrating accuracy equity and predictive parity. Northpointe Inc. Research Department, 2016, , el cual demostró que el sistema, a pesar de no incluir la raza directamente como parámetro, presenta un sesgo racial, si se analizan los falsos positivos y los falsos negativos. Concretamente, de los negros catalogados con riesgo algo, un 45% no delinquiró, mientras que, de los blancos catalogados con el mismo nivel de riesgo, solo un 23.5% fueron falsos positivos. Por el contrario, los blancos que obtuvieron un porcentaje de bajo riesgo y luego delinquiraron fueron un 47.7%, frente a un 28% de los negros. El sistema es, asimismo, acusado de opacidad, quedando el algoritmo protegido por el derecho al secreto comercial de sus creadores, lo que impide a los jueces y a los encausados o presos sometidos a valoración conocer el funcionamiento del algoritmo, así como los datos de que se nutre y la ponderación que el sistema hace de los mismos. A pesar de todas estas carencias, el uso de COMPAS para valorar el riesgo de reincidencia fue avalado por la Corte Suprema de Wisconsin en el ya referido caso Wisconsin v. Loomis (Sentencia 13 de julio de 2016: State v. Loomis, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016)). En este caso, la Corte avaló la legitimidad del uso de COMPAS por unanimidad, siempre que tal instrumento no fuese el único elemento considerado en la sentencia condenatoria, sino que fuese usado únicamente como complemento a la valoración judicial.

delito imputado al encausado⁵¹. Y, por supuesto, se debe advertir que el resultado que arroje el algoritmo ha de ser valorado por el juez, junto con el resto de datos que obren en la causa y todas las circunstancias concurrentes en la misma, bajo el prisma de excepcionalidad y proporcionalidad que ha de informar, en todo caso, el uso de la prisión provisional.

Por último, hay que aludir a la evitación del riesgo de destrucción de pruebas como otra de las finalidades justificativas de la prisión provisional (art. 503.3º b) LECrim)⁵². Tal y como indica la propia LECrim, *“para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo”* (art. 503.3º b) III).

Para valorar este riesgo nuevamente puede resultar esencial la combinación de los datos del caso concreto – tipo de delito, existencia de estructura organizativa o de personas afines al encausado con posibilidad de disponer de fuentes de pruebas o alterarlas, tipo de pruebas que se manejan, tipo de delito, carácter más o menos reciente de los hechos, comportamiento cooperativo u obstruccionista del encausado en la investigación, etc.- con datos análogos de casos pasados, para poder estimar estadísticamente el nivel de riesgo, que siempre deberá de ser finalmente interpretado por el juzgador, considerando aspectos como la actitud, la aptitud y la capacidad real del sujeto para materializar objetivamente los riesgos detectados.

⁵¹ En este sentido, concuerdo con NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., pp. 74-75, cuando indica que *“lo que es esencial en materia judicial es relacionar el riesgo de reincidencia con el delito precisamente investigado, cuya constancia debe de determinarse al margen del pronóstico de reincidencia”*. De lo contrario se correría el riesgo, en absoluto desdeñable, de crear una tipología de sujetos elegibles para padecer la prisión preventiva, a la vista de datos desvinculados de la autoría delictiva. Y es que, tal y como advierte el autor citado, cuando la herramienta se nutre de datos desvinculados de la autoría delictiva, se convierte en prejuiciosa y racista, tendiendo, poco a poco, a construir *“un modelo único de sociedad perfecta en la que será un potencial delincuente quien no cumpla con esos patrones externos”*.

⁵² Concretamente, la medida puede adoptarse para *“evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto”* en este sentido; aunque, en este caso, por un tiempo limitado de 6 meses improrrogables, mientras se aseguran las referidas fuentes de prueba.

Nuevamente, se debe llamar la atención sobre la necesidad de que el juzgador interprete los resultados aportados por la herramienta de IA a la luz de las concretas circunstancias del caso. Y es que, si bien la aptitud para manipular las pruebas quizás pueda ser estimada de forma más o menos fiable por la herramienta, la actitud del investigado en el caso concreto, puede requerir de una interpretación histórica, contextual e incluso emocional de las circunstancias del caso, que difícilmente podrá ser reproducida por un sistema de IA.

Por último, hay que aludir a la variabilidad de las decisiones cautelares, que no sólo deben de poder ser recurridas, sino también revisadas ante cambios en las circunstancias que motivaron su adopción. En este sentido, los sistemas de IA, como colectores de datos, pueden servir para mantener actualizado el nivel de riesgo, o incluso como sistema de alerta ante cambios en las circunstancias iniciales que motivaron la decisión cautelar, siempre que los datos de que se nutren se mantengan actualizados y el algoritmo sea usado con esta funcionalidad por los órganos judiciales: esto es, para reconsiderar decisiones cautelares ya adoptadas ante la aparición de nuevos datos. Por el contrario, si se usan los sistemas de IA para valorar riesgos de manera estática, esto es, como foto fija del nivel de riesgo en un momento dado, existe el peligro de que esos resultados permanezcan inmutables a pesar de producirse cambios relevantes en las circunstancias. El dinamismo que, en este sentido, podría introducirse con un uso adecuado de la IA en el ámbito cautelar es sin duda otra de sus potencialidades.

3.- RIESGOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES Y GARANTÍAS A ADOPTAR EN EL USO DE LA IA EN LA TOMA DE DECISIONES CAUTELARES

La IA, cuando se utiliza para la toma de decisiones en el ámbito de la administración de justicia, plantea riesgos nada desdeñables desde el punto de vista de los derechos fundamentales y, específicamente, de los derechos procesales⁵³. Es por ello que para introducir el uso de

⁵³ Sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar que el uso de la IA como elemento de apoyo a las decisiones judiciales podría afectar a derechos sustantivos

sistemas de IA, sin restringir indebidamente los derechos y libertades del ciudadano en relación con el debido proceso, se hace necesario observar ciertas garantías en su aplicación⁵⁴.

Para poder hacer uso de las potencialidades de la IA en el ámbito de la justicia, y señaladamente en el contexto de la justicia cautelar penal, es preciso detectar o anticipar los riesgos que su uso puede conllevar, para diseñar estrategias que permitan neutralizar o minimizar tales riesgos. En este sentido, la adopción de una medida restrictiva de derechos fundamentales de primer orden –como es la prisión provisional– ha de venir flanqueada por las debidas garantías para asegurar, en primer lugar,

tales como la intimidad, la protección de datos personales o la igualdad ante la ley, así como a diversos derechos procesales, entre los que cabe destacar el derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente en lo relativo al ejercicio efectivo del derecho a los recursos, y el derecho de defensa, señaladamente a través de limitaciones al esencial principio de contradicción. Además, en el marco del proceso penal, y específicamente de la justicia cautelar, se encontrarían también en juego derechos fundamentales de primer orden como la presunción de inocencia del encausado o su libertad personal, especialmente en aquellos casos en que esta última fuese limitada en atención a un perfil genérico de riesgo del sujeto en cuestión, sin atender suficientemente a sus circunstancias personales y a la necesidad de tratarle como inocente mientras no exista sentencia firme de condena.

⁵⁴ Conuerdo, en este punto, con MARTÍN DIZ, Fernando. Aplicaciones de inteligencia artificial en procesos penales por delitos relacionados con la corrupción. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARIIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (eds.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 533-568, p. 538, cuando indica que la aplicación de la IA al ámbito del Derecho Procesal ha de atender preferentemente a asegurar las garantías procesales por delante de la eficiencia. De acuerdo con el autor, de nada sirven los innegables avances en este ámbito, si no vienen acompañados del necesario “*respeto al marco de garantías constitucionales fundamentales del justiciable y del funcionamiento de la propia justicia*”. En una línea similar, BUENO DE MATA, Federico. Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 51, 2020, p. 18, sostiene que la IA como elemento predictivo en juicio y, en general, como elemento de auxilio al juzgador en la toma de decisiones “*debe ser introducida en nuestro sistema con todas las cautelas posibles para respetar todos y cada uno de los principios y las garantías procesales*”. En este sentido, tanto la Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, como el Libro Blanco sobre la Inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza, antes citados, inciden en algunas de las limitaciones a su uso o garantías a observar de cara a su implementación en la administración de justicia.

la legalidad y previsibilidad de la decisión; en segundo lugar, el respeto del derecho a la libertad de quien, no olvidemos, ha de ser considerado y tratado como inocente; en tercer lugar, para garantizar el esencial derecho de defensa del justiciable, asegurando la debida contradicción y las posibilidades de impugnar de forma efectiva la decisión cautelar; y, en cuarto lugar, para proporcionar al justiciable un trato justo, esto es, no discriminatorio o sesgado que, por lo tanto, responda a la necesaria neutralidad de una decisión imparcial, pero atendiendo a las concretas y específicas circunstancias del caso concreto.

Así pues, la primera garantía a respetar tiene que ver con el principio de legalidad, el cual exige que exista una previsión normativa del ámbito de aplicación y de la forma de utilización de los sistemas de IA en la justicia⁵⁵, lo que cobra especial relevancia cuando estas herramientas se emplean para tomar decisiones restrictivas de derechos fundamentales, como las relativas a medidas cautelares personales. En este sentido, la ley debiera de especificar, al menos, para qué tipo de riesgos cautelares podrían ser empleados los sistemas de IA, con qué límites y con qué garantías de transparencia, contradicción y control judicial, así como la forma en que sus resultados debieran de reflejarse en la motivación de la resolución judicial⁵⁶.

Pero la previsión legal de su uso siendo necesaria, no es suficiente. El principal escollo que presenta el uso de la IA como instrumento de apoyo al ejercicio de la función jurisdiccional tiene que ver con las limitaciones que este puede implicar desde el punto de vista del derecho de defensa, por las restricciones que podría conllevar para el principio de contradicción, y para el derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente en la faceta relativa al efectivo ejercicio del derecho a los recursos⁵⁷. En este sentido,

⁵⁵ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 32

⁵⁶ En este sentido, DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 33, sostiene que, además de la referencia legal expresa al uso de herramientas de IA en el ejercicio de la función jurisdiccional, debería de existir una regulación suficiente en otros textos normativos, fuera de la LECrim, que permitieran su modificación y actualización de forma flexible, de forma que la legislación no supusiera un freno para los avances técnicos en la materia.

⁵⁷ En palabras de ZAVRŠNIK, Aleš, op. cit., p. 14: *“Derivative procedural rights, such as the right to cross-examine witnesses, should be interpreted so as to also encompass the right to examine the underlying rules of the risk-scoring*

la falta de transparencia en cuanto al funcionamiento de los algoritmos, a los datos de los que estos se nutren, al peso ponderado de tales datos en el resultado del algoritmo, así como al peso relativo de la herramienta en la decisión judicial son factores que podrían vulnerar derechamente las posibilidades del encausado de defenderse de forma efectiva y de discutir las decisiones judiciales⁵⁸. Esta situación podría agravarse en fase cautelar, debido a la limitada información manejada por el juzgador, que le puede animar a tomar decisiones más intuitivas o a dejarse llevar por los resultados de la herramienta ante el vacío probatorio imperante⁵⁹.

Para contrarrestar los referidos riesgos al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva resulta absolutamente imprescindible, primeramente, que exista un cierto nivel de transparencia en cuanto al funcionamiento del algoritmo y los datos de que este se nutre. En este sentido, concuerdo con DE HOYOS SANCHO⁶⁰ en que no se debería autorizar el uso de herramientas que puedan ser determinantes del sentido

methodology. In probation procedures, this right should entail ensuring that a convicted person has the possibility to question the modelling applied – from the data fed into the algorithm to the overall model design”.

⁵⁸ Según MARTÍN DIZ, Fernando, op. cit., pp. 539 y 544, “la transparencia es exigencia imprescindible en la aplicación de tecnologías de IA que afecten a derechos fundamentales”. En este sentido, el autor apuesta por una “transparencia técnica total”, abogando por un sistema que debe de ser “comprensible con un lenguaje claro y accesible, que describa como se producen los resultados”.

⁵⁹ ZAVRŠNIK, Aleš, op. cit., p. 13; GORDON, Faith, op. cit., pp. 162-164; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, op. cit., pp. 204-205; DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 36.

⁶⁰ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 37. Tal y como indica la autora, en este ámbito no pueden admitirse las denominadas “black box”, siendo inadmisibles que la protección del derecho al secreto empresarial del creador intelectual de la herramienta impida el conocimiento del algoritmo, del peso ponderado que se otorga a cada factor variable, o del tipo de datos de que este se nutre por parte de los operadores jurídicos y de los justiciables; De la misma opinión es MARTÍNEZ GARAY, Lucía, op. cit., pp. 497-499, quien se muestra muy crítica con la Sentencia dictada en el caso Wisconsin v. Loomis en este punto, ya que la misma vino a legitimar la falta de transparencia del algoritmo, con base en el derecho al secreto empresarial de la entidad que desarrolló COMPAS. De acuerdo con la citada autora, “para poder cuestionar con una mínima eficacia el resultado del algoritmo, el acusado detiene que poder saber cómo se ha llegado a él” por lo que, en su opinión, “los tribunales no deberían admitir valoraciones de riesgo hechas con algoritmos secretos”.

de una resolución judicial si las partes no pueden conocer los elementos que integrarán el algoritmo y el propio funcionamiento del sistema de IA. Por lo tanto, en este ámbito no tiene cabida el derecho al secreto industrial si entra en contradicción con el derecho a un proceso justo, al cual los principios de contradicción e igualdad de armas resultan inherentes. Pero, además, tampoco tendrán cabida en este contexto, al menos sin los adecuados contrapesos, aquellos sistemas de aprendizaje automático (*machine learning*) que, por su propio funcionamiento, generan irremediablemente cajas negras, sin que sea posible conocer el funcionamiento interno del algoritmo una vez que comienza a arrojar resultados y a generar relaciones autónomas respecto de las predeterminaciones de su creador⁶¹.

Otra garantía trascendental que debe acompañar a la introducción de la IA en la justicia penal en general, y en la cautelar en particular, tiene que ver con la necesidad de que el sistema sea usado únicamente como complemento o apoyo a las decisiones judiciales, implementándose sistemas *human-in-command* (HIC), caracterizados por la necesaria intervención humana en la decisión final⁶². Hay quien se refiere, incluso, a un derecho

⁶¹ Sobre las dificultades de garantizar la transparencia en sistemas de aprendizaje automático, véase VEALE, Michael; EDWARDS, Lillian. Clarity, surprises, and further questions in the Article 29. Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling. *Computer Law & Security Review*, n. 34, pp. 398–404, 2018.

⁶² SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., pp. 144, 214 y 215. El autor sostiene que la principal garantía en la aplicación de sistemas de valoración de riesgos en la justicia pasa, precisamente, por los jueces, que no deben de aceptar decisiones automatizadas, siendo esencial que ponderen los resultados de la herramienta y exterioricen en su motivación en qué medida han sido atendidos o no. En la misma línea, sostiene DE HOYOS SANCHO, Montserrat, op. cit., p. 35, que la decisión final no puede basarse exclusivamente en lo que resulte de la aplicación del algoritmo; del mismo modo que no sería aceptable que el juez delegase en un perito la resolución sobre la pretensión punitiva, por muy complejo que sea el objeto de la pericia. Este argumento, a mi juicio, resulta enteramente trasladable a la decisión cautelar; Por su parte, MARTÍN DIZ, Fernando, op. cit., pp. 536-537, también alude a la función de mero auxilio o asistencia que, en el estadio actual de desarrollo, puede desempeñar la IA como elemento en la toma de decisiones jurisdiccionales; Igualmente, según BUENO DE MATA, Federico, op. cit., pp. 27-29, hoy en día, la IA no puede ser usada como un elemento sustitutivo de los operadores jurídicos, sino únicamente como elemento de auxilio, poniéndose en riesgo, en otro caso, el propio concepto de función jurisdiccional en tanto que actividad atribuida

de nuevo cuño en este ámbito, consistente en que las decisiones no se basen exclusivamente en el tratamiento automatizado de datos⁶³. Esta garantía tiene que ver con la característica de jurisdiccionalidad que informa las medidas cautelares, y señaladamente la prisión provisional, la cual sólo puede ser acordada por una autoridad judicial⁶⁴.

Pues bien, vinculado con lo anterior, y precisamente como forma de controlar la influencia del juicio humano y del juicio algorítmico sobre las decisiones judiciales, resulta absolutamente esencial insistir en la necesidad de motivar exhaustivamente las decisiones sobre tutela cautelar y el peso relativo que, en su caso, hayan tenido en las mismas los resultados del algoritmo, junto con el resto de factores tomados en consideración⁶⁵. Solo de este modo es posible garantizar el efectivo derecho a los recursos⁶⁶, contenido básico del derecho fundamental a la

de forma exclusiva y excluyente a los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

⁶³ SIGNORATO, Silvia. Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo. *Rivista di diritto processuale*, v. 75, n. 2, pp. 605-616, p. 613, 2020.

⁶⁴ Según el TC “[la] prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales [...] desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada” (STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4 b))

⁶⁵ Es evidente que la motivación de las resoluciones judiciales es presupuesto indispensable para la efectividad del derecho a los recursos. En este sentido, SIMÓN CASTELLANO, Pere, op. cit., p. 178, sostiene que la necesidad de garantizar la capacidad del investigado de impugnar y recurrir las decisiones judiciales, cuando estas se apoyan en sistemas de IA, implica la capacidad de impugnar tanto la decisión en sí como el funcionamiento del sistema de IA, para lo cual es preciso que el encausado conozca el peso que se ha dado a cada factor, cual es la fórmula algorítmica, cómo se obtienen esos resultados y qué influye más o menos en la decisión final. En una línea similar, NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 73, advierte de la dificultad de defenderse de un algoritmo sin conocer su contenido, así como de la imposibilidad de que los tribunales se escuden en la dificultad técnica de conocer el funcionamiento interno del algoritmo, especialmente cuando lo usan para tomar decisiones que afectan a la libertad del justiciable, todo lo cual se traduce en la necesidad de hacer transparente el uso del algoritmo a través de la imprescindible motivación judicial.

⁶⁶ En este sentido, el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* (p. 29) indica que, “en el caso de las aplicaciones de IA de riesgo elevado y de otras aplicaciones de IA, debe

tutela judicial efectiva⁶⁷, así como el derecho de defensa y el principio de contradicción consustanciales a la justicia penal. En el caso de la prisión provisional, dada su excepcionalidad y carácter especialmente restrictivo y grave respecto de los derechos del encausado, la motivación cobra una relevancia excepcional, debiendo de realizar el juzgador un esfuerzo motivacional extra que justifique la necesidad y proporcionalidad de la medida en atención a las circunstancias del caso concreto y a las circunstancias individuales del investigado⁶⁸.

Por último, destacar que otro de los riesgos más relevantes que se derivan del uso de sistemas de IA en la fase cautelar es el vinculado a posibles vulneraciones del derecho a la libertad individual y a la presunción de inocencia ante un tratamiento automatizado de datos masivos que sirva para decidir sobre la libertad personal de un individuo sin valorar suficientemente sus circunstancias personales. En este sentido, cabe recordar que el riesgo de reiteración delictiva ha de valorarse en atención a criterios objetivos presentes en el caso concreto, así como en relación con el delito presuntamente cometido, sin que sea suficiente con una valoración de la predisposición a delinquir general del sujeto ni, mucho menos, de una tipología de individuo⁶⁹. De nuevo, como cautela para prevenir estos riesgos de sobre-generalización de ciertas características del encausado o de la causa como elemento predictivo de riesgo, la motivación es clave, debiendo exteriorizarse el análisis particularizado del caso por parte del juzgador. La pérdida de eficacia y rapidez en la toma de decisiones que puede suponer este ejercicio de valoración casuística del asunto, sin duda se

garantizarse una acción judicial efectiva para las partes que hayan sufrido repercusiones negativas derivadas de los sistemas de IA”.

⁶⁷ Ver, por todas, STC 96/2021, de 10 de mayo de 2021.

⁶⁸ En este punto, se hace necesario llamar la atención sobre el riesgo de que la estandarización o automatización de la actividad jurisdiccional conduzca a motivaciones “modelo” que no respeten las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (Véase, sobre esta idea, MARTÍN DIZ, Fernando, op. cit., p. 565).

⁶⁹ Una vez más, cabe referirse, en este punto, a los argumentos de la Corte Suprema de Wisconsin en el tantas veces citado caso Loomis, en el cual se indicó que los jueces, cuando manejan herramientas de predicción de riesgos como COMPAS, deben de aplicar a sus resultados un margen de discrecionalidad, poniéndolos en el contexto del resto de circunstancias particulares propias del caso y del individuo concretos.

ve compensado por las mayores garantías que tal proceder implica para el justiciable, evitando así incurrir en discriminaciones frente a determinados individuos o colectivos⁷⁰. También en este punto resulta relevante hacer hincapié, una vez más, en el carácter meramente auxiliar o asistencial que deben de tener los sistemas de IA en la toma de decisiones que afecten a derechos fundamentales, de tal forma que la valoración humana sirva para aplicar determinados controles y ponderaciones que aseguren un uso ético y no sesgado del resultado algorítmico⁷¹.

CONCLUSIONES

El uso de sistemas de IA en la toma de decisiones cautelares presenta enormes potencialidades, en tanto que permite realizar valoraciones de los riesgos que integran el *periculum in mora* fundamentadas en el manejo de muchos más datos que aquellos que la memoria y/o experiencia del juzgador puede gestionar. En principio, a mayor cantidad de datos, mejores decisiones serán ofrecidas por el sistema, a condición de que los datos recogidos tengan una calidad suficiente. En este sentido, respondiendo al principal interrogante planteado en este trabajo, cabe afirmar que el uso de la IA puede mejorar la eficacia del proceso de toma de decisiones en el ámbito de la justicia cautelar y, concretamente, puede servir de elemento de auxilio relevante en lo que se refiere a la valoración de los riesgos o peligros que justifican la adopción de la prisión provisional.

Sin embargo, al igual que el razonamiento humano, los algoritmos no están exentos de sesgos y riesgos de discriminación. Algunos de los sesgos presentes en el razonamiento judicial, a través de los denominados

⁷⁰ En este sentido, tal y como indica MARTÍN DIZ, Fernando, op. cit., p. 542, “*la IA no puede estar diseñada, ni ser aplicada, generando discriminaciones, creación de perfiles con sesgo, marginación o exclusión de colectivos especialmente vulnerables*”. Es por ello que el tratamiento de aquellos datos que puedan aportar información sobre aspectos tales como “*orígenes raciales, genéticos o étnicos, datos biométricos o sanitarios, posiciones socioeconómicas, opiniones políticas o religiosas, pertenencia a determinados sindicatos o grupos u orientación sexual*” resulta especialmente sensible y debe manejarse con elementos correctores que permitan limitar o neutralizar el riesgo de discriminación.

⁷¹ BUENO DE MATA, Federico, op. cit., pp. 28-29.

heurísticos -o atajos del pensamiento humano-, se encuentran presentes en el funcionamiento de los sistemas de IA y, especialmente, en los datos de los que tales sistemas se nutren.

Las correlaciones que se establecen entre determinados parámetros o caracteres desvinculados de la comisión de delitos, pero que terminan por vincularse con el nivel de riesgo de reincidencia o con el riesgo de fuga, junto con la opacidad en el funcionamiento de los algoritmos, pueden terminar por producir resultados injustos y difícilmente controvertibles por quienes los sufren. A esto se suma la inercia del fiscal y el juzgador que, en un contexto de incertidumbre y ausencia de elementos de convicción suficientes, podrían tender a dejarse llevar por los resultados del sistema algorítmico, incluso acomodando su razonamiento y motivación a los mismos⁷².

Ante la situación descrita, es necesario adoptar ciertas cautelas o garantías que aseguren una introducción de la IA en el sistema procesal penal respetuosa con los derechos de los investigados, partiendo de la base de que toda introducción de nuevas tecnologías en el ámbito de la actividad procesal que busque mejoras en su eficacia ha de pasar necesariamente por el debido respeto a los derechos fundamentales en juego⁷³. En este sentido, y como principales salvaguardas a adoptar, cabe destacar la importancia de que el uso de la IA en el sistema de justicia penal sea previsto a nivel legal con cierta precisión; que se asegure la transparencia en cuanto al funcionamiento de los algoritmos, así como a los datos de los que estos se nutren; que se exteriorice en la motivación judicial el uso de estos instrumentos, así como su peso relativo en la decisión final del juzgador, de tal forma que se garantice el derecho del justiciable a un recurso efectivo; que el resultado algorítmico sea empleado solo como complemento a las decisiones judiciales, sin llegar a sustituir, en ningún caso, el juicio jurisdiccional; y que, precisamente, ese control

⁷² Incluso en el estadio actual de sistemas no vinculantes y semiautomáticos de toma de decisiones, el proceso de alcanzar una decisión se modifica. Se modifica también la percepción de responsabilidad por la decisión final. Y el decisor se ve inclinado a retorcer sus propias valoraciones para que coincidan con las del modelo (ZAVRŠNIK, Aleš, op. cit., p. 13). Sobre esta idea, tan inquietante como sugerente, véase GORDON, Faith, op. cit., pp. 162-164.

⁷³ MARTÍN DIZ, Fernando, op. cit., p. 538.

judicial sirva para relativizar el peso del algoritmo en una decisión que ha de ser necesariamente humana, en tanto humano es el problema que encierra el proceso⁷⁴.

Además de tratar de implementar cautelas que contrarresten los referidos sesgos – ya en la construcción del algoritmo y en la recogida de datos, ya en la interpretación que se haga de los resultados que el sistema arroje– hay que tener presente la limitación de la IA como herramienta apta para la reconstrucción de hechos y la valoración casuística del *fumus commisi delicti*, juicio de imputación reforzado, esencial para la adopción de toda medida cautelar, que no ha de verse contaminado por los resultados entorno a los riesgos de reiteración delictiva, al perfil criminológico del acusado o a la apreciación del riesgo de fuga. Por lo tanto, una vez más, cabe hacer hincapié en el uso limitado que la IA puede tener en las decisiones cautelares de prisión provisional.

En definitiva, para que las decisiones que afectan a la libertad del individuo puedan ser consideradas respetuosas con los derechos procesales fundamentales y, en última instancia, con la dignidad humana es absolutamente imprescindible que tales decisiones sean tomadas respetando el principio de legalidad y asegurando la transparencia del proceso valorativo y decisonal, el cual ha de desarrollarse de modo individualizado, atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto y de quienes sufren tales restricciones de derechos, lo que implica, en último término, que la decisión final, más o menos influida por la máquina, ha de ser tomada por aquel individuo en que se ha depositado la potestad jurisdiccional de forma exclusiva y excluyente, que no es otro que el juez.

⁷⁴ En este punto resulta interesante recordar las palabras de VÁZQUEZ SO-TELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 470-479, esp. 478-479, al señalar que “*si al perito toca resolver un problema científico, o una duda técnica, al juez corresponde resolver el problema del proceso, que es siempre un problema humano y de proyección social*”. Pues bien, llevando este razonamiento al ámbito de esta investigación, cabría señalar que, si al algoritmo corresponde resolver un problema estadístico, al juez le corresponde interpretar y aplicar ese resultado a la resolución del asunto sometido a su consideración, que, efectivamente, siempre será un problema humano y de proyección social.

REFERENCIAS

BALCELLS, Marc. Luces y sombras del uso de la inteligencia artificial en el sistema de justicia penal. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí; PEGUERA POCH, Miquel (coords.). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, pp. 145-159.

BANACH-GUTIERREZ, Joanna Beata. Globalized Criminal Justice in the European Union Context. How Theory Meets Practice. *New Journal of European Criminal Law*, v. 4, n. 1-2, 2013. <https://doi.org/10.1177/203228441300400110>

BORGES BÁZQUEZ, Raquel. El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius et scientia*, v. 6, n. 2, pp. 54-71, 2020. <https://doi.org/10.12795/ietscientia.2020.i02.05>

BORRÀS ANDRÉS, Núria. La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal. En: CONDE FUENTES, Jesús; SERRANO HOYO, Gregorio (dirs.). *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 31-39.

BUENO DE MATA, Federico. Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 51, 2020.

CHAPMAN, Loren James. Illusory correlation in observational report. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, v. 6, n. 1, pp. 151-155, 1967. [https://doi.org/10.1016/S0022-5371\(67\)80066-5](https://doi.org/10.1016/S0022-5371(67)80066-5)

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como 'sector del riesgo', *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 76, pp. 9-44, 2020.

DIETRICH, William; MENDOZA, Christina; BRENNAN, Tim COMPAS Risk Scales: Demonstrating accuracy equity and predictive parity. Northpointe Inc. Research Department, 2016. Disponible en: https://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf. Último acceso: 03/09/2021.

DRESSEL, J; FARID, H. The accuracy, fairness and limits of predicting recidivism. *Science advances*, n. 4, 2018. <https://doi.org/10.1126/sciadv.aao5580>

ESTÉVEZ MENDOZA, Lucana. Algoritmos policiales basados en IA derechos fundamentales a la luz de Hart y Valcri. En JIMÉNEZ CONDE, Fernando; BELLIDO PENADÉS, Rafael (coords.). *Justicia: garantías vs. Eficacia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 665-674.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa. Extranjeros sospechosos, condenados y ex condenados: Un mosaico de exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19-15, 2017. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-15.pdf>. Último acceso: 03/09/2021.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial. En CONDE FUENTES, Jesús; SERRANO HOYO, Gregorio (dirs.). *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 191-206.

GIALUZ, Mitja. Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, pp. 19-20. Disponible en: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6903-gialuz2019b.pdf>. Último acceso: 03/09/2021.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. 2ª ed. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2018.

GÓMEZ ORBANEJA, Eduardo. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1947.

GORDON, Faith. Book Review on EUBANKS, Virginia. Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor, *Law, Technology and Humans*, St Martin's Press, New York, v. 1, pp. 162-164, 2018. <https://doi.org/10.5204/lthj.v1i0.1386>

GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial de prisión preventiva*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, María. Inteligencia artificial y Derecho Penal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10 bis, pp. 792-843, junio 2019.

JENNINGS, Dennis L.; AMABILE, Teresa M.; ROSS, Lee. Informal covariation assessment: Data-based versus theory-based judgment. En: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 211-230. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511809477.016>

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511809477>

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, "Judgments of and by representativeness". En: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under*

Uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 84-98. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511809477.007>

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. En KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 163-178. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511809477.012>

KEHL, Danielle; GUO, Priscilla; KESSLER, Samuel. Algorithms in the Criminal Justice System: assessing the use of risk assessment in sentencing, Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School. Disponible en: <https://dash.harvard.edu/handle/1/33746041>. Último acceso: 03/09/2021.

KLEINBERG, Jon; LAKKARAJU, Himabindu; LESKOVEC, Jure; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil. Human Decisions and Machine Predictions. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 133, n. 1, pp. 237-293, 2018. <https://doi.org/10.3386/w23180>

LJUNGQUIST, Thomas. Mutual Recognition of Non-Custodial Pre-Trial Supervision Measures in the European Union. *Revue internationale de droit pénal*, v. 77, n. 1-2, 2006. <https://doi.org/10.3917/ridp.771.0169>

MARTÍN DIZ, Fernando. Aplicaciones de inteligencia artificial en procesos penales por delitos relacionados con la corrupción. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARIIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (eds.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 533-568.

MARTÍNEZ GARAY Lucía. Peligrosidad, Algoritmos y *Due Process*: el Caso *State V Loomis*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n. 20, pp. 485-502, julio de 2018. <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26484>

MIRÓ LLINARES, Fernando. Inteligencia artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, pp. 87-130, 2018. <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26446>

MIRÓ LLINARES, Fernando. “El modelo policial que viene: mitos y realidades del impacto de la inteligencia artificial y la ciencia de datos en la prevención policial del crimen”. En MARTÍNEZ ESPASA, José (coord.). *Libro blanco de la prevención y seguridad local valenciana: Conclusiones y propuestas del Congreso Valenciano de Seguridad Local: la prevención del siglo XXI, celebrado en Benidorm del 16 al 18 de noviembre de 2018*, Valencia: Agència Valenciana de Seguretat i Resposta a les Emergències; Agència Valenciana de Seguretat i Resposta a les Emergències,

Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, 2019, pp. 98-113. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=739767>. Último acceso: 03/09/2021.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, Ana Belén. El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 36, pp. 695-728, 2020. Último acceso: 03/09/2021. <https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.695>

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016.

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías. En: BARONA VILAR, Silvia (ed.) *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 235-154.

RAFARACI, Tomasso. The Application of the Principle of Mutual Recognition to Decisions on Supervision Measures as an Alternative to Provisional Detention. En: RUGGERI, Stefano (ed.). *Liberty and Security in Europe*, Osnabruck: Universitätsverlag, 2013.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*. Barcelona: Atelier, 2011.

RECIO JUÁREZ, Matías. Nuevos Instrumentos para el Cumplimiento Transnacional de las Medidas Cautelares Alternativas a la Prisión Provisional en la Unión Europea. *Revista Direito e Inovação*, v. 2, n. 2, pp. 198-213, 2014.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Inteligencia artificial, derechos fundamentales y proceso penal. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n. 89, pp. 253-271, enero-abril de 2020.

SIGNORATO, Silvia. Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo. *Rivista di diritto processuale*, v. 75, n. 2, pp. 605-616, 2020.

SIMON CASTELLANO, Pere. *Justicia cautelar e inteligencia artificial*. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales Barcelona: Bosch, 2021.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. Inteligencia artificial en la justicia penal: los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos. En: SOLAR CAYÓN, José Ignacio (ed.).

Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2020, pp. 125-172.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1985.

VEALE, Michael; EDWARDS, Lilian. Clarity, surprises, and further questions in the Article 29. Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling. *Computer Law & Security Review*, n. 34, pp. 398–404, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.12.002>

ZAVRŠNIK, Aleš. Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice setting. *European Journal of criminology*, pp. 1-20, pp. 13-14, septiembre de 2019. <https://doi.org/10.1177/1477370819876762>

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 15/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 18/07/2021
- Review 1: 27/07/2021
- Review 2: 30/07/2021
- Preliminary editorial decision: 01/09/2021
- Correction round return: 08/09/2021
- Final editorial decision: 01/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

NEIRA PENA, Ana María. Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1897-1933, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.618>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Le impugnazioni cautelari nel recente “attivismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione

Appeals against precautionary measures in the recent “activism” of the Joint Chambers of the Court of Cassation

Marta Bargis¹

Università del Piemonte Orientale, Alessandria, Italia

marta.bargis@uniupo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-9913-7124>

ABSTRACT: Il saggio si occupa delle impugnazioni cautelari esaminandole da uno specifico angolo visuale, quello del bilanciamento fra le esigenze di celerità e la tutela del diritto di difesa dell’indagato e dell’imputato. A questo fine, vengono analizzate tre recenti decisioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che documentano posizioni oscillanti della Suprema Corte e richiederebbero interpretazioni autentiche da parte del legislatore.

PAROLE CHIAVE: *impugnazioni cautelari; esigenze di celerità; diritto di difesa dell’indagato e dell’imputato; assenza della vittima; recenti pronunce delle Sezioni unite della Corte di cassazione.*

ABSTRACT: *The paper examines appeals against precautionary measures from the specific standpoint of the balance between promptness and right to defence for suspect and accused. For this purpose, three recent judgments of the Joint Chambers of the Court of Cassation are analyzed: the oscillating solutions adopted by the Supreme Court would require an authentic legislative interpretation.*

KEYWORDS: *appeals against precautionary measures; promptness; right to defence for suspect and accused; victim’s absence; recent judgments of the Joint Chambers of the Court of Cassation.*

SOMMARIO: Premessa; 1. Lo stato dell’arte: le impugnazioni cautelari al bivio tra esigenze di celerità e tutela del diritto di difesa dell’imputato.

¹ Professore emerito di diritto processuale penale – Università degli Studi del Piemonte Orientale.

L'assenza della vittima; 2. Gli ultimi nodi sciolti dalle Sezioni unite della Corte di cassazione: riesame e comparizione personale dell'indagato/imputato (art. 309 commi 6 e 8-*bis* c.p.p.); 3. Segue: misura cautelare coercitiva disposta su appello del pubblico ministero (art. 310 commi 1 e 3 c.p.p.) e interrogatorio di garanzia; 4. Segue: giudizio di riesame in sede di rinvio e decorrenza del termine di dieci giorni dalla «ricezione degli atti» per la decisione (art. 311 comma 5-*bis* c.p.p.); Conclusioni; Bibliografia.

PREMESSA

Le impugnazioni cautelari costituiscono un importante banco di prova nel sistema delle misure restrittive della libertà individuale, come è dimostrato dall'attenzione loro riservata dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, che, nell'introdurre rilevanti modifiche alla disciplina del microcosmo cautelare, è specificamente intervenuta in tema di riesame (art. 309 c.p.p.), di appello (art. 310 c.p.p.) e di ricorso per cassazione (art. 311 c.p.p.)².

L'applicazione pratica della riforma del 2015, dall'angolo visuale qui prescelto, non è andata esente da criticità interpretative. Nel presente saggio se ne esamineranno alcune, che si sono tradotte in altrettante questioni sulle quali le Sezioni unite della Corte di cassazione sono state chiamate a pronunciarsi nel corso del 2020³; ad esse vanno affiancate altre questioni non dipendenti dalla riforma *de qua* e, pertanto, non sottoposte ad analisi in questa sede⁴. A un globale sguardo d'insieme, si è così concretizzato un notevole "attivismo" del Supremo consesso.

² Per un quadro generale v. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211 ss. e, più di recente, MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, *passim*.

³ Si tratta delle questioni illustrate *infra*, §§ 2, 3 e 4.

⁴ Il riferimento va a due pronunce delle Sezioni unite. La prima è Cass., Sez. un., 23 aprile 2020, n. 19214, p.m. in c. Giacobbe, che ha affermato il principio di diritto secondo cui sussiste «l'interesse del pubblico ministero ad impugnare il provvedimento con il quale il tribunale del riesame, rilevata l'incompetenza

Prima di vagliare i profili affrontati dalle Sezioni unite – concernenti, da varie prospettive, tutti i rimedi cautelari – non si può che muovere dall’odierno stato dell’arte di tali rimedi⁵: il *fil rouge* che li percorre sembra tracciare un percorso ancipite, nel difficile bilanciamento fra le esigenze di celerità che connotano il procedimento di impugnazione cautelare e la tutela del diritto di difesa dell’indagato/imputato.

Solo dopo avere analizzato le pronunce delle Sezioni unite, sarà possibile, in sede conclusiva, verificare come un simile *fil rouge* sia stato dipanato dalla Suprema Corte nella sua massima composizione.

1. LO STATO DELL’ARTE: LE IMPUGNAZIONI CAUTELARI AL BIVIO TRA ESIGENZE DI CELERITÀ E TUTELA DEL DIRITTO DI DIFESA DELL’IMPUTATO. L’ASSENZA DELLA VITTIMA

Come detto nella Premessa, la riforma del 2015 ha interessato anche la tematica delle impugnazioni cautelari: numerose e incisive le

del giudice per le indagini preliminari, annulli, per carenza delle condizioni di applicabilità, l’ordinanza con cui quello stesso giudice ha disposto la misura cautelare della custodia in carcere, se l’impugnazione è funzionale a garantire il tempestivo intervento del giudice competente» (per un commento v. ALVINNO, Francesco. Incompetenza per territorio, urgenza cautelare e interesse del pubblico ministero alle relative contestazioni nelle impugnazioni *de libertate*. *Sistema penale*, n. 9, p. 125 ss., 2020; BLEFARI, Chiara Rosa. Le Sezioni Unite si pronunciano sull’interesse a ricorrere del Pubblico ministero, nel caso in cui il Giudice del riesame, rilevata l’incompetenza del Giudice che ha emesso l’ordinanza, la annulli. *Processo penale e giustizia*, p. 106 ss., 2021). La seconda è Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 1626, Bottari, a parere della quale «il ricorso cautelare per cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame o, in caso di ricorso immediato, del giudice che ha emesso la misura, deve essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del tribunale che ha emesso la decisione o, nel caso indicato dall’art. 311 comma 2 c.p.p., del giudice che ha emesso l’ordinanza, ponendosi a carico del ricorrente il rischio che l’impugnazione, presentata ad un ufficio diverso da quello indicato dalla legge, sia dichiarata inammissibile per tardività, in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività è quella in cui l’atto perviene all’ufficio competente a riceverlo» (per un commento v. DI DOMENICO, Alessia. Le Sezioni Unite sul deposito del ricorso in sede cautelare: un’occasione per chiarire la corretta interpretazione dell’art. 311 c.p.p. *Sistema penale*, 4 febbraio 2021; GERARDI Alessandro. Il luogo delle impugnazioni cautelari di legittimità: la stretta delle Sezioni unite. *Archivio penale* [web], n. 1, p. 1 ss., 2021).

⁵ Cfr. *infra*, § 1.

incursioni nella disciplina del riesame (art. 309 c.p.p.)⁶, più circoscritte e attenuate quelle incidenti sull'appello cautelare (art. 310 c.p.p.)⁷, comunque di rilievo la novità che attiene al giudizio di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione (art. 311 c.p.p.)⁸.

In linea generale, il problema di fondo è costituito, oggi come in passato, dal rapporto fra «gli spazi assicurati alla difesa e la tempestività del sindacato sull'ordinanza cautelare»⁹. Cominciando dal riesame, la prima innovazione concerne il riconoscimento del diritto dell'imputato a partecipare personalmente all'udienza di riesame (art. 309 commi 6 primo periodo e 8-bis secondo periodo c.p.p.)¹⁰ ed è stata sottoposta allo scrutinio delle Sezioni unite della Corte di cassazione¹¹. L'altra novità, per certi versi collegata alla precedente (le stesse Sezioni unite ne valorizzano il legame), è contenuta nel nuovo comma 9-bis dell'art. 309 c.p.p., che

⁶ L'art. 11 l. n. 47 del 2015 ha infatti operato nell'art. 309 c.p.p. interpolazioni (commi 6, 8-bis e 9), inserimenti (nuovo comma 9-bis) e sostituzioni (comma 10).

⁷ L'art. 12 l. n. 47 del 2015 si è limitato a interpolare il comma 2 dell'art. 310 c.p.p., trasponendo – con variazioni – quanto stabilito per il riesame nell'art. 309 comma 10 secondo e terzo periodo c.p.p.

⁸ L'art. 13 l. n. 47 del 2015 ha aggiunto nell'art. 311 c.p.p. il nuovo comma 5-bis.

⁹ Così MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211. Sulle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno ritenuto necessaria la tempestività della decisione in sede di rimedi preordinati al controllo sulla legalità della detenzione cautelare v. MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 59-62; RAFARACI, Tommaso. Le garanzie del procedimento de libertate: il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale. In: BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 271 ss. Per un quadro d'insieme delle garanzie minime elaborate dalla giurisprudenza di Strasburgo a tutela della libertà personale dell'imputato v. altresì GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova: Cedam, 2012, p. 190-198.

¹⁰ Su questo aspetto v. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 217-224; nonché MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 209-212.

¹¹ V. *infra*, § 2.

consente all'imputato di formulare personalmente, entro due giorni dalla notificazione dell'avviso, la richiesta di differimento¹² della data dell'udienza, da un minimo di cinque a un massimo di dieci giorni, «se vi siano giustificati motivi»¹³: l'accoglimento della richiesta comporta che il termine per la decisione e quello per il deposito dell'ordinanza siano prorogati in eguale misura. Pare evidente che il legislatore abbia in tal modo perseguito un bilanciamento fra la celerità che dovrebbe caratterizzare l'impugnazione cautelare e l'effettiva realizzazione del diritto di difesa, riconoscendo all'imputato la facoltà di chiedere una diversa tempistica del procedimento di riesame.

Infine, nel testo del comma 10 dell'art. 309 c.p.p. si è previsto un altro termine perentorio inerente al deposito dell'ordinanza del tribunale della libertà («trenta giorni dalla decisione salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni», nei quali il giudice «può disporre per il deposito un termine più lungo, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione»)¹⁴. Nel medesimo

¹² Sull'istituto v. ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1157 s., 2015; MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 226-230; nonché MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 229-231.

¹³ Silente la disposizione sull'ambito di tali «giustificati motivi», si è suggerito che le ragioni del differimento «debbano essere rinvenute principalmente nella necessità di una tempistica meno serrata per procedere agli opportuni approfondimenti nello studio e nell'analisi del materiale probatorio»: MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 229; cfr. ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1157, 2015. Sul punto, per alcune esemplificazioni, v. SPANGHER, Giorgio. *Un restyling per le misure cautelari*. *Diritto penale e processo*, p. 532, 2015. V. anche *infra*, § 2 e nota 51.

¹⁴ In argomento v. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 231-234; nonché MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 356 s.

comma 10 dell'art. 309 c.p.p. è poi stata regolamentata in modo rigido l'evenienza di una rinnovazione del provvedimento nei casi di perdita di efficacia dell'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva per inosservanza dei termini prescritti per la trasmissione degli atti *ex art.* 309 comma 5 c.p.p., per la decisione sulla richiesta di riesame e per il deposito dell'ordinanza in cancelleria¹⁵.

Passando all'appello cautelare, la riforma del 2015 ha introdotto nell'art. 310 comma 2 c.p.p. la previsione secondo cui l'ordinanza va depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione, salvi i casi in cui «la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni», nei quali «il giudice può indicare nel dispositivo un termine più lungo, non eccedente comunque il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione»¹⁶. L'apparentamento con l'analoga previsione relativa al riesame è solo parziale¹⁷: quanto all'appello, infatti, i termini per il deposito dell'ordinanza non sono perentori ma ordinatori¹⁸, in armonia, del resto, con il carattere ordinatorio del termine di venti giorni dalla ricezione degli atti entro il quale il tribunale della libertà decide in veste di giudice di appello.

Va inoltre sin d'ora osservato che, non essendo richiamati dall'art. 310 comma 2 primo periodo c.p.p. i commi 6 primo periodo,

¹⁵ Su questo profilo v. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 235 ss.

¹⁶ Per un commento v. BARGIS, Marta. L'appello cautelare: un innesto per rifrazione. Disponibile in: <http://www.laegislazionepenale.eu>, 22 settembre 2015.

¹⁷ Circa talune disarmonie v. BARGIS, Marta. L'appello cautelare: un innesto per rifrazione. Disponibile in: <http://www.laegislazionepenale.eu>, 22 settembre 2015, p. 3, nota 12.

¹⁸ Cfr. BARGIS, Marta. L'appello cautelare: un innesto per rifrazione. Disponibile in: <http://www.laegislazionepenale.eu>, 22 settembre 2015, p. 4-6; ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1160, 2015; MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 246; MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 232 e nota 81; SPANGHER, Giorgio. Un *restyling* per le misure cautelari. *Diritto penale e processo*, p. 534, 2015.

8-bis secondo periodo e 9-bis dell'art. 309 c.p.p., l'imputato non ha il diritto di comparire personalmente all'udienza (varranno comunque le forme previste dall'art. 127 c.p.p., come stabilisce l'art. 310 comma 2 terzo periodo c.p.p.)¹⁹ o di chiederne il differimento. Altresì con riguardo all'appello cautelare si sono pronunciate le Sezioni unite²⁰: sebbene il profilo venuto in evidenza non sia stato toccato dalla riforma del 2015, vedremo che a tale riforma il Supremo consesso si è riferito, sia in generale, sia reputando, discutibilmente, che l'imputato abbia il diritto di comparire di persona all'udienza dell'appello cautelare.

Di precipuo risalto è infine l'intervento operato dalla l. n. 47 del 2015 sull'art. 311 c.p.p.: il nuovo comma 5-bis, che concerne il giudizio di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione²¹, su ricorso dell'imputato, di un'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva ai sensi dell'art. 309 comma 9 c.p.p., statuisce che il giudice di rinvio «decide entro dieci giorni dalla ricezione degli atti e l'ordinanza è depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione»; se la decisione o il deposito non intervengono nei termini prescritti, «l'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva perde efficacia, salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'articolo 310, comma 3, e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata». Non c'è dubbio che con l'innovato testo dell'art. 309 comma 10 c.p.p. e con l'inserimento del nuovo comma 5-bis nell'art. 311 c.p.p. (al primo ispirato), la l. n. 47 del 2015 «abbia inteso affrontare in maniera unitaria la tematica delle impugnazioni cautelari, in modo da rendere più certa la

¹⁹ In tal senso MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 224 s. e nota 52. Per considerazioni critiche v. MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 247 s.

²⁰ V. *infra*, § 3.

²¹ Per un commento v. BARGIS, Marta. Le novità nella disciplina del giudizio di rinvio: una replica imperfetta. Disponibile in: <http://www.lalegislazionepe-nale.eu>, 22 settembre 2015. V. altresì MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 495 ss.; MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 243 ss.

tempistica del giudizio di riesame (anche in sede di rinvio) ed effettiva la previsione della perdita di efficacia conseguente all'inosservanza dei termini perentori fissati»²².

Pure il comma 5-*bis* dell'art. 311 c.p.p. è approdato sotto la lente delle Sezioni unite²³, al fine di interpretare la locuzione «ricezione degli atti», momento dal quale si computa il termine perentorio di dieci giorni per la decisione del giudice di rinvio.

Per ragioni di completezza, prima di concludere questa breve carrellata sullo stato dell'arte delle impugnazioni cautelari, va ricordato che sul proscenio non compare la vittima del reato. È una esclusione che desta perplessità, se posta a confronto con la disciplina della revoca e della sostituzione delle misure cautelari, dove si configura invece un coinvolgimento della persona offesa e del suo difensore (art. 299 commi 2-*bis*, 3 secondo, terzo e quarto periodo e 4-*bis* secondo periodo c.p.p.), con riguardo alle misure coercitive previste dagli artt. 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286 c.p.p., applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona. In tal caso, il difensore e la persona offesa possono, nei due giorni successivi alla notifica della richiesta di revoca o di sostituzione delle predette misure coercitive, «presentare memorie» ai sensi dell'art. 121 c.p.p. (art. 299 comma 3 terzo periodo c.p.p.)²⁴: condivisibile l'opinione,

²² In questi termini BARGIS, Marta. Le novità nella disciplina del giudizio di rinvio: una replica imperfetta. Disponibile in: <http://www.laegislazionepenale.eu>, 22 settembre 2015, p. 11. Opinione ripresa da Corte cost., 21 settembre 2016-3 novembre 2016, n. 233 (punto 4 del Considerato in diritto), che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 309 comma 10 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3, 101 comma 2 e 104 comma 1 Cost., «nella parte in cui prevede che l'ordinanza che dispone una misura coercitiva – diversa dalla custodia in carcere – che abbia perso efficacia non possa essere reiterata salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate»: per un commento v. ANGIOLINI, Giulia. Il “nuovo” art. 309 comma 10 c.p.p. supera l'esame di costituzionalità (ma non ancora quello della prassi applicativa). *Diritto penale contemporaneo*, 6 dicembre 2016.

²³ V. *infra*, § 4.

²⁴ Rilievi critici sulla disciplina, in relazione tanto alla persona offesa quanto all'imputato, sono espressi da ZACCHÈ, Francesco. Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 675-677, 2015.

espressa in dottrina, che, se si consente di «incidere sull'esito di una richiesta di revoca con la presentazione di memorie», sembrerebbe ragionevole prevedere «facoltà analoghe» allorché l'imputato «cerca di raggiungere il medesimo risultato liberatorio con la proposizione dell'istanza di riesame»²⁵.

2. GLI ULTIMI NODI SCIOLTI DALLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE: RIESAME E COMPARIZIONE PERSONALE DELL'INDAGATO/ IMPUTATO (ART. 309 COMMI 6 E 8-BIS C.P.P.)

Come già sappiamo²⁶, la riforma del 2015 ha previsto per l'imputato²⁷ la possibilità di chiedere la comparizione personale in udienza: infatti, l'art. 309 comma 6 primo periodo c.p.p. stabilisce che «con la richiesta di riesame» l'imputato «può chiedere di comparire personalmente», mentre il comma 8-bis secondo periodo del medesimo articolo dispone che l'imputato il quale «ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente». Il combinato disposto ha dato origine in giurisprudenza a due orientamenti interpretativi²⁸, che hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni unite.

Secondo l'orientamento di gran lunga maggioritario, che risale al periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della l. n.

²⁵ In tale direzione v. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 225. Adesivamente cfr. MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 212 s.; PAULESU, Pier Paolo. Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele). In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 158.

²⁶ Cfr. *supra*, § 1.

²⁷ La previsione si estende alla persona sottoposta alle indagini (art. 61 comma 1 c.p.p.).

²⁸ Descritti nell'ordinanza di rimessione, Cass., sez. V, ord. 13 settembre 2019, n. 43406, Ramondo. *Sistema penale*, 5 febbraio 2020. A commento v. GATTO, Antonio. Il diritto dell'imputato detenuto di presenziare all'udienza di riesame al vaglio delle Sezioni unite. *Sistema penale*, n. 2, p. 17 ss., 2020.

47 del 2015 ma è stato ribadito in tempi più recenti²⁹, la richiesta in discorso va formulata esclusivamente con l'istanza di riesame (anche dal difensore, se quest'ultima è da lui presentata), mentre non sono più applicabili le disposizioni degli artt. 127 comma 3 c.p.p. e 101 disp. att. c.p.p., che prevedono il diritto dell'interessato detenuto o internato fuori dal circondario a essere sentito dal magistrato di sorveglianza. In altri termini, il *novum* normativo ha introdotto, senza alcuna distinzione, il diritto dell'interessato di comparire all'udienza camerale, ancorandone tuttavia l'esercizio «ad un dato obiettivo ed incontrovertibile», in modo da rispettare i «ritmi snelli e serrati» del procedimento di riesame, sottrarre alla discrezionalità del giudice «l'apprezzamento della “tempestività” della richiesta di comparizione» e scoraggiare «atteggiamenti dilatori od ostruzionistici da parte del ristretto». D'altro canto, se l'espressione della volontà di partecipare all'udienza non fosse soggetta a limiti temporali, l'effettiva tutela di questo diritto fondamentale finirebbe con il dipendere «dalla capacità organizzativa dell'ufficio giudiziario», con le inevitabili disomogeneità sul piano territoriale. Viceversa, l'aver agganciato la richiesta alla presentazione di quella di riesame realizza un «equilibrato bilanciamento tra la tutela del diritto di partecipazione e l'istanza acceleratoria che connota il procedimento di riesame», nel rispetto del principio di eguaglianza.

Negli anni più vicini, peraltro, alcune pronunce hanno espresso un diverso parere³⁰. Muovendo dalla premessa che la riforma del 2015 ha inteso rafforzare il diritto dell'interessato a comparire nell'udienza del procedimento di riesame, rispetto a un sistema che lo riconosceva al

²⁹ Per i necessari richiami (ai quali *adde* Cass., sez. V, 26 giugno 2019, n. 34181, Basso) v. Cass., sez. V, ord. 13 settembre 2019, n. 43406, Ramondo. *Sistema penale*, 5 febbraio 2020, punto 3 del Considerato in diritto, cui si riferiscono le citazioni nel testo. Quanto all'analisi di tale orientamento e alla indicazione di ulteriori sentenze v. la decisione delle Sezioni unite citata *infra*, nota 31. Numerose segnalazioni, relative a pronunce non massimate, sono fornite da GATTO, Antonio. Il diritto dell'imputato detenuto di presenziare all'udienza di riesame al vaglio delle Sezioni unite. *Sistema penale*, n. 2, p. 21, nota 13, 2020.

³⁰ L'orientamento appare peraltro minoritario: per gli opportuni richiami v. Cass., sez. V, ord. 13 settembre 2019, n. 43406, Ramondo. *Sistema penale*, 5 febbraio 2020, punto 2 del Considerato in diritto, al quale si collegano le citazioni nel testo.

solo soggetto detenuto o internato nell'ambito della circoscrizione, si è ritenuto che tale diritto non sia sottoposto «a limitazioni o decadenze», purché la relativa richiesta sia stata presentata in modo tempestivo, «così da permettere, senza interruzioni, il regolare ed ordinato svolgimento» del procedimento di riesame. In specie, questo indirizzo giurisprudenziale ha affermato che il rinvio contenuto nell'art. 309 comma 8-*bis* periodo secondo c.p.p. alla richiesta formulata ai sensi del precedente comma 6 non assume carattere vincolante, sia per l'utilizzo, nel comma appena richiamato, della «formula verbale “può”, in luogo di “deve”, che avrebbe avuto più chiara funzione predicativa della obbligatorietà della richiesta contestuale» (del resto, non si prevede alcuna sanzione processuale espressa nel caso che quest'ultima richiesta non abbia luogo), sia per la mancanza di «statuizioni certe» su tempi e forme della richiesta di comparire all'udienza: insomma, il legislatore del 2015 avrebbe inteso concedere all'imputato *in vinculis* la possibilità di chiedere di comparire all'udienza «già nell'atto introduttivo dell'incidente cautelare, ma non necessariamente in concomitanza con esso».

In ultima analisi, nel bilanciamento fra l'*intentio legis* di individuare un momento preciso per la formulazione della richiesta di comparire all'udienza e la significatività difensiva di una simile partecipazione, l'orientamento *de quo* reputa che il diritto partecipativo non possa venire compreso cristallizzandone l'esercizio «in un momento – la presentazione dell'atto di riesame – che potrebbe essere ancora connotato da fluidità delle strategie difensive». Di conseguenza, la richiesta potrebbe venire formulata anche a seguito dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale, purché – come accennato – in modo tempestivo.

Le Sezioni unite³¹ sono pervenute alla risoluzione della questione controversa prendendo le mosse dai capisaldi dell'orientamento

³¹ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, con nota critica di GRISONICH, Elisa. Il diritto dell'imputato detenuto a partecipare personalmente all'udienza di riesame: le Sezioni Unite delineano le modalità di esercizio della garanzia dopo la l. n. 47 del 2015. Più di recente, sempre in chiave critica, v. TECCE, Raffaele. Il diritto del detenuto a partecipare all'udienza di riesame. *Processo penale e giustizia*, p. 1412 ss., 2020.

giurisprudenziale maggioritario³², ma valorizzando, al contempo, la facoltà dell'imputato di chiedere personalmente il differimento dell'udienza (art. 309 comma 9-bis c.p.p.), al fine di venire sentito su specifici temi.

Nella motivazione della pronuncia viene innanzitutto compiuto un *excursus* della disciplina anteriore alle modifiche apportate dalla riforma del 2015, richiamando, sia pure solo a grandi linee, gli orientamenti giurisprudenziali contrapposti³³: la regolamentazione previgente emergeva, oltre che dal comma 6 dell'art. 309 c.p.p.³⁴, dal successivo comma 8 primo periodo e dal rinvio ivi contenuto «alle forme previste dall'articolo 127» c.p.p., il cui comma 3 secondo periodo stabilisce che, se «l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice e ne fa richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo». Il *discrimen* nell'interpretazione dell'art. 127 comma 3 secondo periodo c.p.p. è senz'altro dovuto alla sentenza costituzionale n. 45 del 1991³⁵, con la quale i giudici delle leggi decisero che la disposizione andava interpretata nel senso che il tribunale del riesame fosse tenuto ad assicurare la presenza dell'interessato davanti a sé, qualora questi avesse presentato una specifica richiesta, e il cui *dictum* è stato seguito da tre pronunce delle Sezioni unite³⁶. Tuttavia, le

³² All'analisi di tale orientamento è dedicato il punto 5.1 del Considerato in diritto, mentre il punto 5.2 illustra l'indirizzo minoritario. Per un inquadramento della problematica v. GIULIANI, Livia. Art. 309. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 1434 s.

³³ In ordine ai quali v. Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punti 3-3.3.3 del Considerato in diritto.

³⁴ Prima dell'interpolazione operata dalla l. n. 47 del 2015, l'art. 309 comma 6 c.p.p. stabiliva che con la richiesta di riesame «possono essere enunciati anche i motivi. Chi ha proposto la richiesta ha, inoltre, facoltà di enunciare nuovi motivi davanti al giudice del riesame facendone dare atto a verbale prima dell'inizio dell'udienza».

³⁵ Corte cost., 17 gennaio 1991-31 gennaio 1991, n. 45: si tratta di una sentenza interpretativa di rigetto, con cui la Corte dichiarò non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità del combinato disposto degli artt. 309 comma 8 e 127 comma 3 c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 24 comma 2 Cost.

³⁶ V., in proposito, Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punti 3.1-3.2 del Considerato in diritto, dove sono richiamate, rispettivamente, due pronunce del 1995 e del 1998 (sulle quali v.

indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, pur dopo il loro recepimento ad opera delle Sezioni unite, non avevano sortito l'effetto di stabilizzare la giurisprudenza, con il risultato che, in epoca prossima alla riforma del 2015, ancora si fronteggiavano orientamenti diversificati «circa la riconoscibilità – e in quali termini – del diritto dell'imputato detenuto fuori dalla circoscrizione del giudice a partecipare all'udienza di riesame»³⁷. Accanto all'orientamento maggioritario, il quale, allineandosi alla pronuncia costituzionale sopra ricordata, riteneva che la richiesta di essere sentito avanzata dal detenuto fuori circoscrizione fosse vincolante per il giudice del riesame, purché risultasse tempestiva rispetto al momento in cui egli aveva ricevuto la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza³⁸, si registravano altresì indirizzi radicalmente negativi (che ammettevano il solo diritto a essere sentito dal magistrato di sorveglianza)³⁹ e altri che, pur riconoscendo il diritto dell'interessato a presenziare all'udienza di riesame, ne condizionavano l'esercizio a un duplice dato contenutistico. Sarebbe stato necessario, infatti, che si versasse in ipotesi nelle quali dovessero essere esaminate questioni di fatto riguardanti la condotta dell'interessato o quest'ultimo intendesse contestare le risultanze probatorie e indicare eventualmente circostanze a sé favorevoli, anche mediante la produzione di documenti⁴⁰. Si comprende pertanto che la riforma del 2015 mirasse a superare le suddette divergenze giurisprudenziali, ma lo scopo non è stato purtroppo conseguito e le difficoltà interpretative hanno propiziato *ex novo* le contrapposizioni già rammentate.

GIULIANI, Livia. Art. 309. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia [diretto da]. *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 1433 s.), e una pronuncia del 2010, concernente la partecipazione al giudizio camerale di appello.

³⁷ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 3.3 del Considerato in diritto.

³⁸ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 3.3.1 del Considerato in diritto.

³⁹ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 3.3.2 del Considerato in diritto.

⁴⁰ Per questo indirizzo, dunque, il giudice del riesame avrebbe avuto la facoltà di disattendere richieste formulate genericamente o a fini meramente defattigatori (cfr. Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 3.3.3 del Considerato in diritto).

Prima di dare conto degli argomenti letterali e sistematici posti a fondamento della soluzione accolta dalle Sezioni unite, va posto in luce come esse abbiano puntualizzato che la disciplina sull'esercizio del diritto di comparire personalmente all'udienza di riesame si applica solo «nei confronti dell'imputato detenuto o internato ovvero sottoposto a misura coercitiva in concreto limitativa della possibilità di partecipare all'udienza», in quanto, al di fuori di questi casi, «la necessità stessa di disciplinare l'esercizio del diritto di comparizione risulterebbe del tutto irragionevole e, in buona sostanza, estranea al sistema»⁴¹. Operata questa premessa sull'ambito applicativo delle disposizioni in parola, le Sezioni unite hanno considerato indispensabile tracciare un quadro dell'evoluzione, legislativa e giurisprudenziale, che ha coinvolto il procedimento cautelare in epoca successiva alla sentenza costituzionale n. 45 del 1991: la regolamentazione del «segmento della complessiva vicenda cautelare che intercorre tra l'esecuzione della misura e la richiesta di riesame consegna un assetto» grazie al quale «alla difesa è assicurata un'ampia conoscenza degli atti e degli elementi posti a sostegno dell'applicazione della misura coercitiva, conoscenza per di più stimolata dall'espressa indicazione contenuta nella comunicazione scritta destinata ad accompagnare l'ordinanza cautelare». Ed è appunto in questo quadro che si colloca «l'ancoraggio della richiesta di comparire all'udienza camerale alla presentazione della richiesta di riesame»: è fornita, «in quel momento, la conoscenza degli elementi in base ai quali operare la scelta sulla comparizione dell'imputato»⁴². Le Sezioni unite hanno poi aggiunto che l'art. 299 comma 3-ter c.p.p. (inserito dalla l. 8 agosto 1995, n. 332), prevedendo che, se l'istanza di revoca o di sostituzione della misura cautelare è basata su elementi nuovi o diversi da

⁴¹ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 6.1 del Considerato in diritto. In dottrina aveva segnalato il problema MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 222, notando come il mancato riferimento alla condizione detentiva dell'interessato avrebbe potuto condurre, sulla scorta di una interpretazione letterale, a risultati paradossali; v. pure MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 210 s.

⁴² Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, Ramondo, n. 11803. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 7.2 del Considerato in diritto (per la disamina dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale v. i punti 7 e 7.1).

quelli già valutati, il giudice deve assumere l'interrogatorio dell'imputato che lo richiama, rappresenta «una sorta di “valvola di garanzia”, che, anche dopo la definizione del procedimento incidentale di riesame, consente all'imputato», in presenza dei presupposti stabiliti, di «far valere, attraverso il contatto diretto con il giudice, le proprie ragioni»⁴³.

Venendo agli argomenti letterali su cui le Sezioni unite hanno fondato la propria decisione, il Supremo collegio ha affermato – sulla scia dell'orientamento maggioritario – che, indipendentemente dal luogo dove il detenuto si trova, la richiesta di riesame è «la sede esclusiva» in cui l'imputato, magari per mezzo del difensore, «non trattandosi di atto personalissimo», deve esercitare il diritto di comparire personalmente⁴⁴. Non convincenti sono apparse le argomentazioni utilizzate dall'orientamento minoritario per svalutare la lettera della legge: in primo luogo, la locuzione verbale «può», che compare nell'art. 309 comma 6 periodo primo c.p.p., possiede una mera «valenza ricognitiva», confermando «la collocazione del procedimento di riesame nell'ampia categoria dei procedimenti in camera di consiglio a partecipazione eventuale delle parti»; in secondo luogo, il comma 8-bis secondo periodo dell'art. 309 c.p.p. ribadisce «una correlazione in termini di contestualità tra richiesta di riesame e richiesta di comparizione personale»⁴⁵. Inoltre, le Sezioni unite, sulla scorta delle evidenze letterali, hanno affrontato due ulteriori questioni. Quanto alla prima, una volta riconosciuto dalla nuova normativa, in modo non equivoco, il diritto dell'interessato di comparire all'udienza camerale, anche se detenuto fuori dalla circoscrizione del giudice, ne deriva l'inapplicabilità degli artt. 309 comma 9 e 127 comma 3 (nella sola parte riferita a tale diritto) c.p.p. e 101 disp. att. c.p.p.: infatti, mantenere la possibilità di rendere dichiarazioni al magistrato di sorveglianza⁴⁶ finirebbe con il

⁴³ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 7.3 del Considerato in diritto.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 8 del Considerato in diritto.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 8.1 del Considerato in diritto: le Sezioni unite hanno addotto, a conforto, che in altre disposizioni (come l'art. 666 comma 4 c.p.p.) si attribuisce al detenuto la facoltà di comparire a sua richiesta «senza specificazioni».

⁴⁶ A favore di una simile possibilità v., invece, GATTO, Antonio. Il diritto dell'imputato detenuto di presenziare all'udienza di riesame al vaglio delle

ripristinare «profili di distinzione tra le modalità di esercizio del diritto di comparizione che la nuova disciplina ha voluto superare *in toto*, ferma restando, naturalmente, la possibilità, sussistendone le condizioni di legge, di procedere all'esame a distanza»⁴⁷ ex art. 45-bis disp. att. c.p.p. Quanto alla seconda, le Sezioni unite hanno negato che la necessaria contestualità fra richiesta di riesame e richiesta di comparizione personale introduca «una decadenza dalla facoltà di comparire all'udienza di riesame», dato che tale istituto presuppone la previsione e l'inosservanza di termini (art. 172 c.p.p.), assenti nella disciplina di nuovo conio. Più semplicemente, i commi 6 e 8-bis dell'art. 309 c.p.p. si limitano a disciplinare le modalità di esercizio di un diritto seguendo un modello che ne prescrive «la contestualità con una domanda o una richiesta, già previsto a proposito di altri istituti codicistici»⁴⁸.

In ordine agli argomenti sistematici atti a supportare la tesi accolta, le Sezioni unite – sempre sulla falsariga dell'indirizzo maggioritario – hanno ribadito la «configurazione del tutto particolare del procedimento di riesame», che si svolge «secondo una serrata scansione temporale presidiata dalla comminatoria della perdita di efficacia della misura coercitiva in caso di superamento dell'arco temporale previsto per ciascun segmento procedimentale»⁴⁹: la contemporaneità fra richiesta di riesame e richiesta

Sezioni unite. *Sistema penale*, n. 2, p. 38 ss., 2020; MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 211; SPANGHER, Giorgio. Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, n. 4, p. 6, 2015.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 8.2 del Considerato in diritto: per le Sezioni unite si verifica l'incompatibilità sopravvenuta pure degli artt. 309 comma 8 e 127 comma 4 c.p.p., nella parte in cui quest'ultimo esclude il detenuto fuori circoscrizione dalla disciplina del rinvio dell'udienza per legittimo impedimento. In dottrina, nello stesso senso, MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 222 s.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 8.3 del Considerato in diritto, portando ad esempio l'art. 461 comma 3 c.p.p.

⁴⁹ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 9 del Considerato in diritto.

di partecipare all'udienza camerale si inserisce in maniera armonica in tale contesto, perché elimina il potere discrezionale del giudice del riesame nell'individuare il carattere tempestivo della richiesta, ancorandola a un dato certo, obiettivo e incontrovertibile, e consente, sin dal momento di fissazione dell'udienza (o delle udienze, nel caso di pluralità di detenuti richiedenti), «una programmazione tendenzialmente affidabile del lavoro dei giudici del riesame», in modo da assicurare l'osservanza dei termini perentori stabiliti per la decisione e per il deposito della motivazione, «a tutela della certezza dei tempi della decisione stessa e della sua eventuale impugnazione»⁵⁰. L'interpretazione così delineata valorizza, secondo le Sezioni unite, l'attribuzione all'imputato della possibilità di ottenere il differimento dell'udienza a norma dell'art. 309 comma 9-bis c.p.p.⁵¹: a

⁵⁰ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 9.2 del Considerato in diritto (sul profilo della programmazione del lavoro v. anche il punto 11 del Considerato in diritto).

⁵¹ Per le Sezioni unite, con l'istanza di differimento l'imputato può chiedere di «essere sentito su specifici temi (riguardanti eminentemente la *quaestio facti*)»; in ogni caso, i «giustificati motivi» devono attenere a «esigenze di difesa sostanziale» e non rivelarsi «meramente pretestuosi»: v. Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 10 del Considerato in diritto, citando Cass., sez. VI, 3 marzo 2016, n. 13050, Dall'Acqua, nella quale si è precisato che, salvo «casi di minima consistenza del materiale probatorio da consultare, tali da rendere giustificabile l'affermazione che è pretestuosa la richiesta di ritardare la decisione, il Tribunale non può sindacare la «qualità» dei motivi; non gli spetta affermare se sia adeguato o meno il termine ordinario per lo studio degli atti depositati, se sia necessario attendere il completamento delle indagini difensive, se sia opportuno consentire al nuovo difensore appena nominato di avere il tempo per una adeguata preparazione» (punto 2 del Considerato in diritto).

In altri termini, la «ragione dell'indicazione generica dei «giustificati motivi» è, quindi, il fatto che si deve solo dare atto della loro esistenza e della loro «non pretestuosità», tenuto conto che l'art. 309 comma 9-bis c.p.p. «costituisce una eccezionale ipotesi di dilazione di un termine di decisione che è così breve ed assistito da forte sanzione processuale solo e soltanto nell'interesse del soggetto destinatario della misura cautelare ad avere una tempestiva decisione», essendo, pertanto, «ben ragionevole che al destinatario della misura venga riconosciuto il diritto ad una breve dilazione per le sue esigenze difensive» (punto 3 del Considerato in diritto; in senso conforme v. Cass., sez. II, 29 maggio 2018, n. 51932, Talevi, in tema di sequestro preventivo). Secondo le due ultime pronunce citate, l'«unico ambito di piena scelta discrezionale» riconosciuto al tribunale della libertà consiste nel valutare l'entità della dilazione temporale da cinque a dieci giorni, valutazione che potrebbe basarsi

parere del Supremo collegio, l'istituto riconosce all'imputato la facoltà di chiedere di essere sentito nell'udienza camerale, offrendogli «uno strumento per far valere le ragioni alla base della rivalutazione – rispetto al momento della richiesta di riesame – dell'opzione relativa al suo intervento all'udienza»⁵².

Valutando la pronuncia delle Sezioni unite, non si può fare a meno di constatare come la soluzione adottata abbia privilegiato l'esigenza di celerità del procedimento di riesame, di certo posta anch'essa a tutela dell'imputato. Allo scopo di operare un bilanciamento fra l'esigenza in discorso e il diritto del medesimo imputato a comparire nell'udienza camerale (strumento essenziale per realizzare effettivamente il diritto di difesa), le Sezioni unite hanno ancorato la richiesta *de qua* a quella di riesame, con una scelta che in dottrina è stata definita troppo rigida, assumendo che «sarebbe stato preferibile lasciare, in ogni caso, salva la facoltà di avanzare l'istanza di partecipazione anche con un atto distinto da quello di riesame, pur, eventualmente, formulato nella cornice temporale imposta per la proposizione dell'impugnazione»⁵³, e ripresentando così similari letture della disciplina avanzate all'indomani della novella del 2015⁵⁴. Si noti, peraltro, che, tranne i casi – con ogni probabilità non

altresì su esigenze organizzative dell'ufficio: in argomento, per considerazioni critiche, v. ROMANELLI, Bartolomeo. Il differimento dell'udienza di riesame tra esigenze di difesa sostanziale e limiti all'impugnazione. *Diritto penale contemporaneo*, 8 giugno 2016, p. 5. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. GIULIANI, Livia. Art. 309. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 1433.

⁵² Cass., Sez. un., 27 febbraio 2020, n. 11803, Ramondo. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, punto 10 del Considerato in diritto.

⁵³ Così GRISONICH, Elisa. Il diritto dell'imputato detenuto a partecipare personalmente all'udienza di riesame: le Sezioni Unite delineano le modalità di esercizio della garanzia dopo la l. n. 47 del 2015. *Sistema penale*, 24 aprile 2020.

⁵⁴ Cfr. MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 211; MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 223 s.; MITTICA, Francesca Romana. La partecipazione all'udienza di riesame dopo la l. n. 47 del 2015. *Processo penale e giustizia*, n. 3, p. 100 ss., 2016; v. inoltre, ma in termini problematici, ILLUMINATI, Giulio. Verso il

così diffusi nella prassi, pur non esistendo dati statistici in proposito – di richiesta di riesame proposta dall’indagato/imputato senza essersi consultato con il proprio difensore e priva della contestuale richiesta di comparire, in tutte le altre ipotesi, alla luce della sentenza delle Sezioni unite (che ormai costituisce un precedente per le sezioni semplici, le quali, se non condividono il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, devono rimettere loro la decisione del ricorso *ex art. 618 comma 1-bis c.p.p.*)⁵⁵, il difensore – qualora la richiesta di riesame venga proposta non da lui bensì dall’interessato – si assicurerà che contestualmente sia presentata la richiesta di comparizione personale, alla quale d’altro canto sarà sempre possibile rinunciare⁵⁶. Nelle ipotesi residuali in cui l’interessato, sprovvisto della necessaria preparazione tecnica, abbia ommesso di contestualizzare la richiesta di riesame e quella di comparire personalmente, potrà venire utilizzata – su *input* del difensore⁵⁷ – la richiesta di differimento dell’udienza *ex art. 309 comma 9-bis c.p.p.*⁵⁸:

ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell’imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1157, 2015. Più di recente, MARANDOLA, Antonella. Partecipazione personale al riesame: una lettura in linea con la Costituzione. *Giurisprudenza italiana*, p. 1932 ss., 2019.

⁵⁵ Sulla novità normativa v. il quadro tracciato da DEL COCO, Rosita. Art. 618. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 3050 s.

⁵⁶ Cfr. Cass., sez. I, 19 luglio 2019, n. 41935, Azzouz.

⁵⁷ Per il rilievo che, «al di là della forma, l’iniziativa» *ex art. 309 comma 9-bis c.p.p.* «dipenda da considerazioni del difensore più che da scelte dell’assistito», v. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 229. Secondo ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell’imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1158, 2015, la richiesta di differimento deve essere formulata personalmente dall’imputato «anche per evidenziare che la scelta non può essere determinata esclusivamente dalle esigenze professionali dell’avvocato».

⁵⁸ Sul punto v. però GRISONICH, Elisa. Il diritto dell’imputato detenuto a partecipare personalmente all’udienza di riesame: le Sezioni Unite delineano le modalità di esercizio della garanzia dopo la l. n. 47 del 2015. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, per la quale «l’istituto del differimento dell’udienza, circoscritto ai casi in cui l’interessato manifesti la volontà di essere sentito su specifici temi, non pare far fronte a quelle esigenze difensive» che «potrebbero

dai responsi giurisprudenziali si evince che il rigetto di una tale richiesta si rivela oltremodo circoscritto⁵⁹.

Una critica ulteriore alla pronuncia delle Sezioni unite fa leva sulla mancata considerazione del rapporto fra la normativa interna e l'art. 5 § 4 c.e.d.u., con riguardo alle caratteristiche che devono contraddistinguere il rimedio giurisdizionale ivi assicurato a ogni persona «privata della libertà mediante arresto o detenzione», perché lo si possa ritenere effettivo. Dalla recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in un caso italiano⁶⁰,

palesarsi nel corso dell'udienza camerale e non già, ed esclusivamente, al momento dell'istanza». In senso critico v. pure TECCE, Raffaele, Il diritto del detenuto a partecipare all'udienza di riesame. *Processo penale e giustizia*, p. 1419 s., 2020, che, *de iure condendo*, propone (p. 1420 s.) di prevedere la possibilità della partecipazione a distanza sull'esempio di quanto stabilisce l'art. 678 comma 3.2 c.p.p. per il detenuto o l'internato nel procedimento di sorveglianza.

⁵⁹ Per l'orientamento della giurisprudenza v. *supra*, nota 51. Nei casi di rigetto dell'istanza di differimento, piuttosto, si prospetta il problema della non impugnabilità, data la mancanza di una specifica previsione: in proposito v. ROMANELLI, Bartolomeo. Il differimento dell'udienza di riesame tra esigenze di difesa sostanziale e limiti all'impugnazione. *Diritto penale contemporaneo*, 8 giugno 2016, p. 6-8.

⁶⁰ Corte eur., sez. I, 5 settembre 2019, *Rizzotto c. Italie* (N° 2), §§ 50-51 e 59-60. Sebbene il caso concreto (riferito sia all'art. 309 c.p.p. sia all'art. 299 c.p.p.) concernesse un imputato latitante e presentasse quindi determinate specificità, ai nostri fini rilevano alcune affermazioni generali: in specie, la Corte ha ricordato che «*la première garantie fondamentale découlant naturellement de l'article 5 § 4 de la Convention est le droit d'être effectivement entendu par le juge saisi d'un recours contre une détention*» (§ 51 e, per precedenti pronunce, § 46 lett. f; v. altresì Corte eur., sez. II, 3 marzo 2020, *Baş c. Turchia*, §§ 212, 215, 230-231). Per commenti alla pronuncia v. CARDAMONE, Daniela. Il sistema dei rimedi *de libertate* alla luce della giurisprudenza della Cedu nella sentenza *Rizzotto c. Italia* (5 settembre 2019). *Questione giustizia*, 1° ottobre 2019; COLAIACOVO, Guido. Latitanza e riesame (appunti a margine di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo). *Cassazione penale*, p. 768 ss., 2020; PRESSACCO, Luca. Latitanza e "giusto processo cautelare". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 363 ss., 2020; TARALLO, Antonio. "Unicità dell'impugnazione", "giudicato cautelare" e tutela dei latitanti: qualche perplessità sulle scelte della Corte e.d.u. *Processo penale e giustizia*, p. 418 ss., 2020.

In certi casi la Corte di Strasburgo ha collegato la partecipazione personale dell'interessato al principio della parità delle parti (Corte eur., sez. III, 24 giugno 2004, *Frommelt c. Liechtenstein*, § 29; Corte eur., sez. I, 7 dicembre 2017, *Stergiopoulos c. Grecia*, § 48, su cui v. CASSIBBA, Fabio. Impugnazioni

emerge, infatti, «la necessità di garantire il diritto dell'imputato di essere effettivamente sentito dal giudice», il che postulerebbe una interpretazione più flessibile rispetto a quella fatta propria dalle Sezioni unite⁶¹.

3. SEGUE: MISURA CAUTELARE COERCITIVA SU APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO (ART. 310 COMMI 1 E 3 C.P.P.) E INTERROGATORIO DI GARANZIA

Un contrasto interpretativo di non particolare consistenza numerica⁶² si è verificato nella situazione in cui il tribunale della libertà, operando come giudice di appello adito dal pubblico ministero che lamenta il rigetto della propria richiesta di misura cautelare coercitiva da parte del

de libertate e garanzie minime dell'equità processuale. Rivista italiana di diritto e procedura penale, p. 968-970, 2018), mentre in altre occasioni ha posto l'accento sulla conoscenza diretta dei fatti da parte del detenuto (Corte eur., sez. I, 1° giugno 2006, *Mamedova c. Russia*, § 91). Tuttavia, talora la Corte europea ha affermato che nell'udienza ove si decide l'impugnazione cautelare il diritto di difesa può venire tutelato ascoltando le ragioni dell'interessato «*either in person or through some form of representation*» (Corte eur., Grande Camera, 22 maggio 2012, *Idalov c. Russia*, § 161).

Quanto all'art. 6 c.d.f.u.e. («Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza»), secondo la Spiegazione relativa a quest'ultimo (leggibile in NASCIMBENE, Bruno [a cura di]. *Unione europea. Trattati*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 381 s.) i diritti in esso garantiti corrispondono a quelli garantiti dall'art. 5 c.e.d.u., e, ai sensi dell'art. 52 § 3 della Carta, «hanno pari significato e portata».

⁶¹ In questa direzione v. GRISONICH, Elisa. Il diritto dell'imputato detenuto a partecipare personalmente all'udienza di riesame: le Sezioni Unite delineano le modalità di esercizio della garanzia dopo la l. n. 47 del 2015. *Sistema penale*, 24 aprile 2020, a parere della quale l'accoglimento della soluzione propugnata dall'indirizzo minoritario «avrebbe riconsegnato un assetto legislativo (...) più rispondente ai principi costituzionali e convenzionali»; cfr. TECCE, Raffaele, Il diritto del detenuto a partecipare all'udienza di riesame, in *Processo penale e giustizia*, p. 1420, 2020.

⁶² Come emerge dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite (Cass., sez. VI, ord. 18 dicembre 2019, n. 1243, Salvati, punti 2 e 3 del Considerato in diritto), il contrasto è infatti sorto inizialmente all'interno della stessa sesta sezione, che, dopo avere in una prima pronuncia sostenuto l'orientamento restrittivo, in una successiva decisione ha aderito a quello più ampio. L'indirizzo restrittivo è stato poi accolto da Cass., sez. II, 25 maggio 2017, n. 38828, Savina.

giudice per le indagini preliminari, applichi tale misura: il *punctum dolens* da risolvere è se, in una evenienza del genere, vada effettuato oppure no l'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.*

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale più restrittivo⁶³, non è necessario procedere all'interrogatorio in discorso perché «il provvedimento emesso in sede di appello cautelare è preceduto dall'instaurazione di un contraddittorio pieno, finalizzato ad approfondire anticipatamente tutti i temi dell'azione cautelare anche attraverso i contributi forniti dalla difesa»: sussiste quindi una inversione rispetto all'ordinaria ipotesi nella quale il contraddittorio risulta differito in rapporto alla misura cautelare già disposta. In quest'ottica, dunque, impone l'interrogatorio di garanzia dopo l'applicazione della misura coercitiva in sede di appello cautelare si tradurrebbe, addirittura, in una «superfetazione difensiva», trasformando l'atto *de quo* in «una formalità superflua, ampiamente assorbita dalla dinamica dell'attività processuale che la precede».

Per la tesi giurisprudenziale più ampia⁶⁴, viceversa, l'interrogatorio di garanzia si connota come imprescindibile (a meno che sia già iniziata la fase dibattimentale), e di conseguenza il suo mancato o tardivo espletamento comporta la perdita di efficacia della misura cautelare. A sostegno si sono innanzitutto adottati gli artt. 294 e 302 comma 1 primo periodo c.p.p., dai quali emerge come il giudice che abbia emesso un provvedimento limitativo della libertà personale deve interrogare la persona sottoposta alla misura, a pena di inefficacia di quest'ultima, a meno che all'interrogatorio si sia già proceduto in sede di convalida della misura precautelare oppure che sia iniziato il dibattimento, dove l'imputato può chiedere di essere sottoposto a interrogatorio (*rectius*, esame), nel contraddittorio fra le parti. Ne deriva che, non essendo prevista alcuna eccezione per l'ipotesi in cui il provvedimento cautelare sia stato emesso dal tribunale della libertà a seguito di appello del pubblico ministero avverso l'ordinanza reiettiva del giudice per le indagini preliminari, conserva validità la regola generale; sulla stessa linea si colloca, del resto,

⁶³ In proposito v. Cass., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 1243, Salvati, punti 2-2.2 del Considerato in diritto, ai quali si riferiscono le citazioni riportate nel testo.

⁶⁴ Per le argomentazioni a fondamento di questa tesi v. Cass., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 1243, Salvati, punti 3-3.4 del Considerato in diritto, cui rimanda-no le citazioni che compaiono nel testo.

pure l'art. 302 comma 1 secondo periodo c.p.p., che, nell'eventualità di caducazione della misura cautelare per omesso o intempestivo interrogatorio ai sensi dell'art. 294 c.p.p., impone «la rinnovazione dell'interrogatorio a piede libero, a conferma dell'assoluta inderogabilità dell'incombente processuale, pena l'inapplicabilità del provvedimento coercitivo». Si è al contempo rimarcato che l'interrogatorio di garanzia non ha una «finalità istruttoria», bensì «squisitamente difensiva», mirando a consentire al giudice di «verificare, alla luce delle stesse parole della persona assoggettata a vincolo, la sussistenza *ab origine* e la persistenza, in quel momento, delle condizioni di applicabilità della misura». Di specifica pregnanza l'osservazione che l'interrogatorio di garanzia non può essere surrogato dalla facoltà della persona interessata di rendere dichiarazioni spontanee nel corso dell'udienza dell'appello cautelare: molteplici, infatti, i discostamenti fra i due atti che li rendono «ontologicamente diversi», senza contare che le dichiarazioni spontanee intervengono quando «la cautela personale non è in atto e costituisce solo un'ipotesi, seppure concreta e da contrastare», mentre nell'interrogatorio di garanzia la persona è chiamata a difendersi in relazione «ad un titolo coercitivo già in esecuzione e, dunque, concreto». Infine, si è rilevato che, nella prassi, fra l'applicazione della misura cautelare da parte del tribunale della libertà a norma dell'art. 310 c.p.p. e la sua effettiva esecuzione può frapporsi un lasso di tempo durevole⁶⁵: il pressoché scontato ricorso per cassazione

⁶⁵ L'art. 311 comma 5 c.p.p. stabilisce che la «corte di cassazione decide entro trenta giorni dalla ricezione degli atti», osservando le forme previste dall'art. 127 c.p.p.: ma il termine di trenta giorni ha carattere ordinatorio e i dati statistici relativi all'anno 2019 documentano che la durata media (dall'iscrizione in cancelleria penale all'udienza) dei ricorsi definiti in tema di misure cautelari personali corrisponde a 63 giorni (v. *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio di statistica, La Cassazione penale – Annuario statistico 2019*, Tab. 5.2). In caso di annullamento con rinvio, inoltre, possono verificarsi dei “tempi morti” fra la decisione della Suprema Corte e la trasmissione degli atti al giudice di rinvio e bisogna poi calcolare la (innovata) tempistica del giudizio di rinvio (v. *infra*, § 4 e nota 109). Quanto all'ammontare dei ricorsi, dalla Tab. 3.1 emerge che nel 2019 sono stati iscritti 4.166 ricorsi in materia di misure cautelari personali, pari all'8,2% del totale dei procedimenti iscritti (50.801) e dalla Tab. 4.7 risulta che ne sono stati definiti 4.188, pari all'8,1% del totale dei procedimenti definiti (51.420). Nel 2020 la durata media è salita a 89 giorni (v. *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio di statistica, La Cassazione penale – Annuario statistico 2020*, Tab. 6.2), ma l'aumento dipende

ex art. 311 c.p.p. produce, infatti, la sospensione dell'esecuzione della decisione finché quest'ultima non sia divenuta definitiva (art. 310 comma 3 c.p.p.), e pertanto solo l'interrogatorio dopo l'esecuzione della misura cautelare può garantire il controllo del giudice sulla persistenza delle condizioni di applicabilità della misura stessa.

L'ordinanza di rimessione ha considerato preferibile il secondo orientamento⁶⁶: oltre a ribadire i capisaldi sui quali esso si fonda, in particolare definendo «non superabile»⁶⁷ il rilievo secondo cui l'interrogatorio di garanzia non può venire surrogato dalla facoltà della persona di rendere dichiarazioni spontanee nell'udienza di discussione dell'appello cautelare, l'ordinanza si è soffermata sulle argomentazioni avanzate dai giudici costituzionali in ormai risalenti pronunce che hanno dichiarato la parziale illegittimità degli artt. 294 comma 1 e 302 c.p.p.⁶⁸. Tirando le somme, la Corte costituzionale ha ritenuto che la conoscenza degli atti delle indagini preliminari, la possibilità di fornire elementi a proprio favore tramite la difesa tecnica e la facoltà per l'indagato/imputato di essere sentito dal tribunale del riesame non eliminano la necessità dell'interrogatorio di garanzia: perciò, la doverosità di tale interrogatorio sussiste, per identità di *ratio*, anche se la misura cautelare sia stata emessa in sede di appello proposto dal pubblico ministero ex art. 310 c.p.p.⁶⁹. Conclusione alla quale non è d'ostacolo la circostanza che l'art. 294 comma 1 c.p.p. individui come competente a compiere l'interrogatorio di garanzia il giudice «che ha deciso in ordine all'applicazione della

esclusivamente dalla sospensione processuale disposta *ex lege* a causa della pandemia da Covid-19 (CURZIO, Piero. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*. Roma, 29 gennaio 2021, p. 73). Dai dati statistici si ricava che nell'anno 2020 sono stati iscritti (Tab. 2.1) 3.947 ricorsi concernenti le misure cautelari personali, pari al 10,2% del totale dei procedimenti iscritti (38.508) e ne sono stati definiti (Tab. 5.6) 3.738, pari al 10,0% del totale dei procedimenti definiti (37.344).

⁶⁶ Orientamento che, come si è detto (v. *supra*, nota 62), la sesta sezione aveva già abbracciato (Cass., sez. VI, 20 novembre 2014, n. 6088, Lo Nardo).

⁶⁷ Cass., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 1243, Salvati, punto 5.1 del Considerato in diritto.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., 24 marzo 1997-3 aprile 1997, n. 77 e Corte cost., 10 febbraio 1999-17 febbraio 1999, n. 32.

⁶⁹ Cass., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 1243, Salvati, punto 5.5 del Considerato in diritto.

misura cautelare», in quanto la giurisprudenza della Suprema Corte si è già espressa nel senso che – nella situazione in oggetto – competente a procedere all’interrogatorio è sempre il giudice per le indagini preliminari⁷⁰.

Le Sezioni unite⁷¹, all’opposto, hanno aderito all’interpretazione restrittiva, assumendo che la tesi sostenuta nell’ordinanza di rimessione, pur utilizzando «argomenti suggestivi», basati sulla valorizzazione dell’interrogatorio come momento fondante del diritto di difesa, «riguarda situazioni specifiche estranee» a quella che viene in gioco. A detta del Supremo consesso, infatti, l’art. 294 c.p.p. (come riletto dalla Corte costituzionale) «non è esportabile» *tout court* alla fattispecie della misura adottata in sede di appello cautelare, perché le finalità difensive sono tutelate dal contraddittorio che si esplica nel procedimento camerale, non rilevando, d’altra parte, la facoltatività delle dichiarazioni spontanee, bensì la circostanza che l’interessato sia «posto nelle condizioni di esercitare appieno le proprie difese»⁷², essendone riservato il *quomodo* alla sua scelta discrezionale. *Ad adiuvandum*, le Sezioni unite hanno addotto che la l. n. 47 del 2015 ha allargato la possibilità di partecipazione personale dell’indagato alla fase dell’impugnazione cautelare, richiamando l’art. 309 comma 6 c.p.p. e il relativo diritto di comparire personalmente all’udienza di riesame⁷³: ma (si ritornerà sul punto più avanti), in realtà, tale diritto non è estensibile all’udienza dell’appello cautelare, visto che il comma 6 dell’art. 309 c.p.p. non è ricompreso tra le disposizioni da osservare alle quali l’art. 310 comma 1 primo periodo c.p.p. rinvia⁷⁴.

⁷⁰ Cass., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 1243, Salvati, punto 6.1 del Considerato in diritto, cui si rinvia per gli opportuni richiami giurisprudenziali.

⁷¹ Cass., Sez. un., 26 marzo 2020, n. 17274, Salvati. *Sistema penale*, 15 giugno 2020, con nota adesiva di DE ROBBIO, Costantino. Applicazione di misura cautelare da parte del tribunale del riesame e interrogatorio di garanzia: la sentenza delle Sezioni unite. Per rilievi critici v., invece, MARANDOLA, Antonella. Misura cautelare applicata dal tribunale della libertà in sede d’appello: negato l’interrogatorio di garanzia. *Cassazione penale*, p. 4038 ss., 2020; PERONI, Francesco. Davvero superfluo l’interrogatorio di garanzia in caso di cautela adottata in sede d’appello?. *Diritto penale e processo*, p. 65 ss., 2021.

⁷² Cass., Sez. un., 26 marzo 2020, n. 17274, Salvati. *Sistema penale*, 15 giugno 2020, punto 4 del Considerato in diritto, anche per la precedente citazione.

⁷³ V. ancora Cass., Sez. un., 26 marzo 2020, n. 17274, Salvati. *Sistema penale*, 15 giugno 2020, punto 4 del Considerato in diritto.

⁷⁴ V. *supra*, § 1, nel testo e nota 19.

L'architrova su cui poggia il ragionamento delle Sezioni unite è che la disciplina dell'interrogatorio di garanzia stabilita dall'art. 294 c.p.p., certamente «essenziale in taluni contesti procedurali», non è sempre «ineliminabile e insostituibile per l'esercizio pieno delle facoltà difensibili»⁷⁵. Accanto a situazioni, assimilabili a quella colà regolata, dove tale interrogatorio è presente (artt. 299 comma 3-ter e 302 c.p.p.), se ne annoverano altre nelle quali l'interrogatorio è invece previsto *prima* dell'adozione della misura (art. 289 c.p.p. e art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di responsabilità amministrativa degli enti), avendo il legislatore inteso «valorizzare un momento di conoscenza anticipata delle ragioni difensive, a fronte della potenziale “invasività” qualitativa» della misura stessa, e altre ancora – vi appartiene quella che si sta esaminando – in cui l'interrogatorio non è previsto e non è necessario poiché «il contraddittorio è veicolato in altra equipollente maniera»⁷⁶.

Con particolare riferimento a quest'ultima tipologia di ipotesi, le Sezioni unite hanno portato ad esempio, da un canto, la custodia cautelare disposta dopo la sentenza di condanna e, dall'altro, la sostituzione o il cumulo della misura trasgredita con altra più grave (art. 276 c.p.p.). Nella prima eventualità, la mancanza dell'interrogatorio di garanzia non priva l'imputato del suo pieno diritto di difesa perché lo svolgimento della fase dibattimentale gli ha consentito di «prospettare al giudice tutte le ragioni difensive, anche attraverso l'esame o le dichiarazioni spontanee»; nella seconda, l'interrogatorio si è già svolto in occasione della misura applicata *ab origine* e poi trasgredita, mentre la sostituzione o il cumulo conseguono alla ritenuta violazione delle prescrizioni collegate alla misura, “attaccabile” con l'impugnazione del provvedimento⁷⁷.

In conclusione, le Sezioni unite hanno sottolineato che appunto «la diversità di meccanismi procedurali» atti a garantire il diritto di difesa

⁷⁵ Cass., Sez. un., 26 marzo 2020, n. 17274, Salvati. *Sistema penale*, 15 giugno 2020, punto 5.1 del Considerato in diritto.

⁷⁶ Cass., Sez. un., 26 marzo 2020, n. 17274, Salvati. *Sistema penale*, 15 giugno 2020, punto 5.1 del Considerato in diritto. Per una disamina delle prime due categorie di situazioni v., rispettivamente, punti 6 e 7 del Considerato in diritto.

⁷⁷ Cass., Sez. un., 26 marzo 2020, n. 17274, Salvati. *Sistema penale*, 15 giugno 2020, punto 8 del Considerato in diritto.

conferma la non estensibilità dell'interrogatorio disciplinato nell'art. 294 c.p.p., qualora si rifletta che «il provvedimento emesso in sede di appello cautelare è preceduto da un contraddittorio pieno, finalizzato ad anticipare tutti i temi dell'azione cautelare, anche attraverso i contributi forniti dalla difesa», e che al giudice possono venire prospettate «le ragioni a supporto dell'auspicato diniego della richiesta cautelare del pubblico ministero». Anzi, «una semplicistica estensione dell'obbligo di interrogatorio» si tradurrebbe in «un vuoto formalismo» e, in chiusura, le Sezioni unite giungono a domandarsi «quale significato e valenza potrebbe avere» la previsione di un interrogatorio che «dovrebbe espletare, di fatto, almeno nella fase delle indagini, quello stesso giudice che, in prima battuta, ha negato l'applicabilità della misura»⁷⁸.

La soluzione sposata dalle Sezioni unite non appare convincente per varie ragioni, alcune ben evidenziate dalla stessa ordinanza di rimessione. Va innanzitutto sgombrato il campo – lo si è anticipato – dall'assunto che la facoltà di rendere dichiarazioni spontanee nell'udienza di appello cautelare sia divenuta oggi più intensa sulla base dell'art. 309 comma 6 primo periodo c.p.p., a norma del quale con la richiesta di riesame «l'imputato può chiedere di comparire personalmente»: la disposizione (analogamente al comma 8-bis secondo periodo del medesimo art. 309 c.p.p.) non è applicabile all'appello cautelare, non essendo richiamata dall'art. 310 comma 2 primo periodo c.p.p.⁷⁹; continua perciò a valere l'art. 127 comma 3 secondo periodo c.p.p., in virtù del rinvio alle forme previste da tale ultimo articolo operato dall'art. 310 comma 2 terzo periodo c.p.p.⁸⁰.

⁷⁸ Cass., Sez. un., 26 marzo 2020, n. 17274, Salvati. *Sistema penale*, 15 giugno 2020, punto 9 del Considerato in diritto.

⁷⁹ Nel senso del testo v. VARONE, Fabio. A proposito della fungibilità delle garanzie: le Sezioni unite negano il diritto dell'accusato all'interrogatorio in caso di applicazione delle misure coercitive a seguito di appello del pubblico ministero. *Archivio penale* (web), n. 2, p. 12, nota 30, 2020. CASSIBBA, Fabio. Impugnazioni *de libertate* e garanzie minime dell'equità processuale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 971, 2018, osserva che, nel valutare la compatibilità costituzionale degli artt. 310 comma 2 e 127 comma 3 c.p.p. sotto l'aspetto illustrato, «occorrerebbe, almeno, distinguere fra le ipotesi in cui vengono in gioco questioni di merito e quelle in cui vengono in gioco questioni di puro diritto».

⁸⁰ Su tale rinvio v. PERONI, Francesco. Davvero superfluo l'interrogatorio di garanzia in caso di cautela adottata in sede d'appello?. *Diritto penale e processo*,

Ciò premesso, paiono in effetti difficili da superare i divari tra dichiarazioni spontanee e interrogatorio di garanzia, che rendono i due atti non surrogabili⁸¹: oltre alla loro ontologica differenza, vanno enumerate la mera eventualità delle dichiarazioni spontanee, «le eterogenee modalità di espletamento (giusta l'assenza di uno scambio “domanda e risposta” e, soprattutto, di una contestazione degli elementi a carico, che contraddistinguono l'interrogatorio), la diversità dei tempi dedicabili all'uno o all'altro segmento processuale». Si aggiunga che la situazione in cui viene a trovarsi l'indagato nell'udienza di discussione dell'appello cautelare (allorché la restrizione della sua libertà è solo ipotetica) non è certo paragonabile a quella in cui egli versa dopo l'emissione del provvedimento cautelare da parte del tribunale della libertà, operante come giudice di appello, a titolo esecutivo già eseguito⁸².

Pur riconoscendo che di solito il titolo non viene immediatamente eseguito perché la proposizione del ricorso per cassazione ex art. 311 c.p.p. ne sospende l'esecuzione (art. 310 comma 3 c.p.p.), le riserve sulla soluzione patrocinata dalle Sezioni unite non sfumano: è vero che, in questo caso, la libertà personale non è compressa, tuttavia non rappresenta la soluzione migliore limitarsi ad attendere la sentenza definitiva della Corte di cassazione (destinata a intervenire a vari mesi di distanza), che non può comunque avere effettuato un controllo di merito sulla legalità della misura cautelare, con evidenti frizioni sul piano dell'art. 5 § 4 c.e.d.u.⁸³.

p. 66, 2021, dove rileva come, traducendo «il rinvio in dato normativo, ne emerge che, in sede di appello cautelare, l'indagato/imputato è “sentito” e non “interrogato”: espressioni, all'evidenza, non riducibili a sinonimo».

⁸¹ In proposito v. GREVI, Vittorio; CERESA-GASTALDO, Massimo. Misure cautelari. In: BARGIS, Marta (a cura di). *Compendio di procedura penale*, X ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 372; PERONI, Francesco. Davvero superfluo l'interrogatorio di garanzia in caso di cautela adottata in sede d'appello?. *Diritto penale e processo*, p. 66, 2021.

⁸² Cass., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 1243, Salvati, punto 5.1 del Considerato in diritto, altresì per la precedente citazione.

⁸³ Sul punto v. VARONE, Fabio. A proposito della fungibilità delle garanzie: le Sezioni unite negano il diritto dell'accusato all'interrogatorio in caso di applicazione delle misure coercitive a seguito di appello del pubblico ministero. *Archivio penale (web)*, n. 2, p. 15 s., 2020.

Per qualcuno⁸⁴ l'interrogatorio di garanzia risponderebbe a due esigenze: permettere alla persona interessata di difendersi nel merito sulle ragioni che hanno supportato il provvedimento emesso in sede di appello cautelare; consentire a un giudice, diverso da quello che ha adottato la misura, di rivalutarne i presupposti applicativi, «anche alla luce del tempo trascorso tra la decisione dell'appello e la sua definitività», che può determinare «un'incidenza notevole sul permanere delle esigenze cautelari», da verificare al momento dell'effettiva esecuzione della misura. Sebbene non possa sottacersi – come da altri si è osservato – che, «in siffatto scenario, il *dies a quo*, imposto dall'art. 294 c.p.p. a far tempo dall'esecuzione del provvedimento *de libertate*, si troverebbe a decorrere ben oltre il fisiologico, con inesorabile sacrificio di quella prossimità cronologica, atta ad assicurare, nella dinamica ordinaria, l'efficienza del contraddittorio e l'efficacia del controllo giudiziale»⁸⁵. Escluso che sia

⁸⁴ Cfr. VARONE, Fabio. A proposito della fungibilità delle garanzie: le Sezioni unite negano il diritto dell'accusato all'interrogatorio in caso di applicazione delle misure coercitive a seguito di appello del pubblico ministero. *Arch. pen. (web)*, n. 2, p. 16, 2020; URBINATI, Francesco. Interrogatorio di garanzia e misure cautelari: configurazioni processuali. *Archivio penale (web)*, n. 2, p. 22, 2020, il quale ritiene opportuno un intervento legislativo che preveda «la obbligatorietà dell'interrogatorio di garanzia per la prima applicazione di misura cautelare in fase di appello, così colmando una *vacatio* di tutela di notevole rilievo»; per identica conclusione ARASI, Simona. L'interrogatorio di garanzia in caso di applicazione di misura cautelare coercitiva da parte del Tribunale del riesame in accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero: obbligo o facoltà?. *Processo penale e giustizia*, p. 93, 2021. In senso critico v. inoltre MARANDOLA, Antonella. Misura cautelare applicata dal tribunale della libertà in sede d'appello: negato l'interrogatorio di garanzia. *Cassazione penale*, p. 4039, 2020, dove si sottolinea come non possa «essere trascurato il rilievo che l'atto di garanzia è forma di tutela “personale” del soggetto sottoposto alla misura, non surrogabile con l'esercizio della difesa tecnica, ma espressione dell'autodifesa». Qualche riserva, sebbene in un quadro di generale adesione alla pronuncia delle Sezioni unite, avanza pure DE ROBBIO, Costantino. Applicazione di misura cautelare da parte del tribunale del riesame e interrogatorio di garanzia: la sentenza delle Sezioni unite. *Sistema penale*, 15 giugno 2020.

⁸⁵ PERONI, Francesco. Davvero superfluo l'interrogatorio di garanzia in caso di cautela adottata in sede d'appello?. *Diritto penale e processo*, p. 66 s., 2021, secondo il quale si tratta della «contraddizione con cui fatalmente viene a scontrarsi la soluzione interpretativa più aderente, insieme, all'intelaiatura del codice e alla tutela del contraddittorio nell'incidente cautelare».

percorribile «il tentativo di ritenere integrato il contraddittorio ogni qual volta, nel contesto dell'udienza, l'interessato sia stato sentito con modalità dialettiche assimilabili a quelle tipiche dell'interrogatorio di garanzia: vale a dire nell'osservanza delle forme di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p.»⁸⁶, si è auspicato un intervento legislativo che introduca una deroga espressa all'interrogatorio di garanzia «ogni qual volta il tribunale della libertà vi abbia proceduto, nelle forme rituali, prima di adottare la cautela all'esito dell'udienza ex art. 310 c.p.p.»⁸⁷.

Certo è, comunque, che nella vicenda risolta dalle Sezioni unite, al bivio tra esigenze di celerità e diritto di difesa dell'indagato, il *vulnus* ha inficiato il secondo termine del binomio.

4. SEGUE: GIUDIZIO DI RIESAME IN SEDE DI RINVIO E DECORRENZA DEL TERMINE DI DIECI GIORNI DALLA «RICEZIONE DEGLI ATTI» PER LA DECISIONE (ART. 311 COMMA 5-BIS C.P.P.)

L'introduzione nell'art. 311 c.p.p. del nuovo comma 5-bis – sul quale ci siamo già soffermati⁸⁸ – ha condotto *per tabulas* al superamento di quell'indirizzo giurisprudenziale che, in epoca anteriore alla riforma del 2015, riteneva inoperanti nel giudizio di rinvio davanti al tribunale della libertà i termini perentori stabiliti nell'art. 309 comma 10 c.p.p. per il giudizio di riesame⁸⁹. Come si è puntualizzato in dottrina, l'idea alla

⁸⁶ PERONI, Francesco. Davvero superfluo l'interrogatorio di garanzia in caso di cautela adottata in sede d'appello?. *Diritto penale e processo*, p. 67, 2021, pone l'accento soprattutto sulla «probabile controvertibilità della pretesa metamorfosi delle dichiarazioni spontanee in interrogatorio, passibile di letture contrapposte e, in definitiva, di una perniciosa instabilità dell'epilogo decisivo *de libertate*».

⁸⁷ PERONI, Francesco. Davvero superfluo l'interrogatorio di garanzia in caso di cautela adottata in sede d'appello?. *Diritto penale e processo*, p. 67, 2021.

⁸⁸ Cfr. *supra*, § 1.

⁸⁹ In proposito v. BARGIS, Marta. Le novità nella disciplina del giudizio di rinvio: una replica imperfetta. Disponibile in: <http://www.laegislazionepenale.eu>, 22 settembre 2015, p. 7 s. (v. pure p. 13 s., per l'assunto che il nuovo comma 5-bis dell'art. 311 c.p.p. è applicabile anche se l'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva sia stata emessa in sede di appello cautelare attivato dal pubblico ministero avverso il rigetto della propria richiesta; in senso

base di un simile indirizzo, cioè quella che nel giudizio di rinvio non si ponessero problemi di urgenza nell'assumere la decisione, si scontrava con il principio di inviolabilità della libertà personale, non appena si considerasse che dopo la pronuncia di annullamento, seppure con rinvio, del provvedimento restrittivo veniva «a mancare un titolo valido atto a giustificare la limitazione della libertà personale» e che l'esigenza di tempestività della decisione sussisteva *in re ipsa*, essendo «già trascorsi periodi significativi dall'inizio della coercizione personale»⁹⁰.

Se, dunque, questo aspetto della riforma non può che essere apprezzato, la formulazione del comma in oggetto ha dato luogo – per quel che qui importa – a un contrasto interpretativo rimesso alle Sezioni unite⁹¹, vertente sul significato della locuzione «ricezione degli atti», da cui inizia a decorrere il termine perentorio di dieci giorni per la decisione. L'orientamento *ab initio* formatosi reputava che la locuzione *de qua* andasse riferita alla ricezione da parte del giudice di rinvio degli atti nuovamente richiesti dal presidente del tribunale all'autorità giudiziaria procedente, posto che anche la decisione da adottare in tale giudizio – al pari di quella nel giudizio ordinario di riesame – presuppone sia la disponibilità di tutti gli atti presentati dal pubblico ministero a fondamento della richiesta di applicazione della misura cautelare sia l'esame degli elementi eventualmente sopravvenuti nel frattempo⁹². Interveniva poi una pronuncia di segno contrario⁹³, secondo la quale il termine per la decisione sarebbe

conforme MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia [a cura di]. *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 247 s.).

⁹⁰ Per questi rilievi MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 245 s.; cfr. ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1160, 2015.

⁹¹ Cfr. Cass., sez. VI, ord. 16 gennaio 2020, n. 4125, Calella. *Sistema penale*, 15 luglio 2020, con nota di ALONZI, Fabio. L'importanza della celerità per l'assunzione delle decisioni *de libertate*.

⁹² Per la necessaria ricostruzione v. Cass., sez. VI, ord. 16 gennaio 2020, n. 4125, Calella. *Sistema penale*, 15 luglio 2020, punto 4 del Considerato in diritto.

⁹³ Cass., sez. I, 29 gennaio 2018, n. 23707, Battaglia, sulle cui argomentazioni v. Cass., sez. VI, ord. 16 gennaio 2020, n. 4125, Calella. *Sistema penale*, 15 luglio

decorso dal momento in cui perviene al tribunale il fascicolo inoltrato dalla Corte di cassazione con la sentenza rescindente: nell'art. 311 comma 5-*bis* c.p.p. non compare, infatti, alcun espresso riferimento a una nuova richiesta degli atti all'autorità giudiziaria procedente, che corrisponda a quella prevista nell'art. 309 comma 5 c.p.p. per il giudizio di riesame, lettura, quest'ultima, corroborata da due considerazioni. Innanzitutto, essa sarebbe coerente con l'art. 623 lett. a c.p.p., a norma del quale l'annullamento dell'ordinanza impugnata comporta la trasmissione degli atti al giudice che l'ha pronunciata, con la conseguenza che la disponibilità degli atti per il giudice di rinvio sarebbe assicurata dalla loro presenza nel fascicolo trasmesso dalla Suprema Corte. In secondo luogo, andrebbe mutuato da una pronuncia delle Sezioni unite, attinente ad altro aspetto controverso dell'art. 311 comma 5-*bis* c.p.p.⁹⁴, il principio di una rigorosa interpretazione del comma in oggetto, che predispone per la fase di rinvio una disciplina specifica, da considerare autonoma rispetto a quella dettata per il giudizio di riesame: in quest'ottica, la mancanza di un rimando alla richiesta di trasmissione degli atti all'autorità procedente esprimerebbe la volontà legislativa di escluderla nel giudizio di rinvio.

In seguito, peraltro, si è riproposto il pregresso orientamento – senz'altro maggioritario – che, nel ribadire l'assunto di base, ha altresì sottoposto a critica la pronuncia che se ne era discostata⁹⁵: quanto al richiamo all'art. 623 lett. a c.p.p., è stato giudicato inconferente, dovendosi tenere conto della natura incidentale del procedimento di riesame e della non disponibilità del fascicolo da parte del giudice di rinvio (non

2020, punti 2-2.4 del Considerato in diritto.

⁹⁴ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 47970, Rezmuvés. *Processo penale e giustizia*, p. 254, 2018. In senso adesivo v. ALONZI, Fabio. Un richiamo al rigore nell'interpretazione delle norme *de libertate*. *Processo penale e giustizia*, p. 259 ss., 2018. Con tale decisione, le Sezioni unite hanno affermato che il deposito in cancelleria dell'ordinanza del giudice del rinvio deve avvenire entro trenta giorni dalla decisione e non nel più lungo termine, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno, previsto dall'art. 309 comma 10 c.p.p.

⁹⁵ V., in specie, Cass., sez. II, 26 giugno 2019, n. 31281, Montante. *Sistema penale*, 21 gennaio 2020, con nota favorevole di COLAIACOVO, Guido. I tempi del giudizio di rinvio in materia cautelare (a margine di una recente sentenza della Suprema Corte).

esistendo disposizioni che prevedano di trattenere gli atti presso il tribunale del riesame in pendenza del giudizio di cassazione), cui non può sopperire la restituzione degli atti ad opera della Corte di cassazione, visto che l'art. 100 disp. att. c.p.p. dispone l'invio alla Suprema Corte, con il ricorso, solo degli atti necessari per la decisione sull'impugnazione, non sempre coincidenti con tutti gli atti valutati ai fini della decisione poi annullata con rinvio. Anche il raccordo con la sentenza delle Sezioni unite Rezmuves è stato svalutato, e si è concluso che l'art. 311 comma 5-bis c.p.p., occupandosi solo del «segmento conclusivo» del giudizio di rinvio, non interviene sulle precedenti «scansioni procedurali», conseguendone che la disciplina descritta nell'art. 309 comma 5 c.p.p. si estende alla fase del giudizio di rinvio.

Le Sezioni unite⁹⁶ hanno aderito all'orientamento prevalente, muovendo dal rilievo che appare centrale risolvere il problema relativo «all'accertamento della necessità, per il corretto svolgimento del giudizio di rinvio nel procedimento di riesame, di una nuova richiesta di atti all'autorità procedente», in virtù di «un implicito richiamo» a quanto disposto dall'art. 309 comma 5 c.p.p. per il giudizio ordinario di riesame⁹⁷. Da questo angolo visuale, i giudici di legittimità hanno premesso che l'interpolazione dell'art. 311 c.p.p. si è innestata in un contesto nel quale la fase del rinvio «era disciplinata, come quella ordinaria», dall'art. 309 c.p.p., espletando così la sola «funzione» di «regolare la conclusione di detta fase, ossia quella della decisione»: ne deriva che i «precedenti passaggi procedurali» sono tuttora regolamentati dall'art. 309 c.p.p.⁹⁸. Insomma, il giudizio di rinvio è condotto sulla base dei medesimi «criteri valutativi propri del giudizio ordinario, che presuppongono un pieno esame del materiale probatorio disponibile al momento in cui il giudizio si svolge»; e

⁹⁶ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27104, Calella. *Processo penale e giustizia*, p. 426 ss., 2021. Per un commento, con taluni accenti critici, v. NOCERINO, Wanda. *Il dies a quo per la pronuncia del giudizio di rinvio cautelare. Processo penale e giustizia*, p. 434 ss., 2021.

⁹⁷ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27104, Calella. *Processo penale e giustizia*, p. 430, 2021, punto 3 del Considerato in diritto.

⁹⁸ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27104, Calella. *Processo penale e giustizia*, p. 430 s., 2021, punto 4 del Considerato in diritto, al quale sono riferite le citazioni nel testo.

la «sequenza procedurale» si snoda lungo le identiche linee direttrici, tra le quali è compresa la richiesta all'autorità precedente affinché trasmetta nuovamente gli atti che a suo tempo avevano sostenuto la richiesta di misura cautelare e gli eventuali elementi favorevoli sopravvenuti (art. 309 comma 5 c.p.p.). Solo questo incumbente, infatti, assicura al giudice di rinvio la disponibilità di tutto il materiale utile per la decisione: non si può dire lo stesso per il fascicolo inviato dalla Corte di cassazione insieme alla sentenza rescindente, perché gli atti ivi contenuti coincidono con quelli trasmessi per la decisione del ricorso ai sensi dell'art. 100 disp. att. c.p.p. e quindi, considerati i limiti propri del giudizio di legittimità, non sono sufficienti ai fini della più ampia valutazione insita nel giudizio di rinvio; inoltre, il riferimento a tali atti ai fini della decisione e della decorrenza del termine per la relativa pronuncia impedirebbe all'autorità precedente di trasmettere al giudice di rinvio gli elementi sopravvenuti durante lo svolgimento del giudizio di cassazione⁹⁹.

Le Sezioni unite – rispondendo a un dubbio espresso nell'ordinanza di rimessione¹⁰⁰ – hanno ulteriormente chiarito che l'applicabilità nel giudizio di rinvio dell'art. 309 comma 5 c.p.p. comporta altresì la sanzione di inefficacia della misura cautelare nel caso di inosservanza del termine indicato dal disposto appena richiamato¹⁰¹.

Infine, a parere delle Sezioni unite, la soluzione accolta non è infirmata dalla rilevanza delle esigenze di celerità del procedimento cautelare: queste ultime vanno, infatti, bilanciate con l'esigenza della «completezza degli elementi valutabili per il giudizio, anch'essa rilevante in materia cautelare ed assicurata dall'aggiornamento della disponibilità degli atti, per effetto della trasmissione degli stessi da parte dell'autorità precedente»¹⁰².

⁹⁹ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27104, Calella. *Processo penale e giustizia*, p. 431, 2021, punto 5 del Considerato in diritto, cui sono collegate le citazioni nel testo.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., sez. VI, ord. 16 gennaio 2020, n. 4125, Calella. *Sistema penale*, 15 luglio 2020, punto 5.2 del Considerato in diritto.

¹⁰¹ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27104, Calella. *Processo penale e giustizia*, p. 432, 2021, punto 5 del Considerato in diritto.

¹⁰² Cfr. ancora Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27104, Calella. *Processo penale e giustizia*, p. 431, 2021, punto 5 del Considerato in diritto.

Il parallelismo istituito tra giudizio ordinario di riesame e giudizio di rinvio si riflette sugli atti introduttivi, cioè rispettivamente la richiesta di riesame per la procedura ordinaria e gli atti inviati dalla Corte di cassazione per quella di rinvio: in entrambi i casi, infatti, la ricezione produce come effetto immediato l'inizio della decorrenza del termine di cinque giorni assegnato all'autorità procedente per la trasmissione degli atti su richiesta del presidente del tribunale del riesame. Come per la procedura ordinaria la decorrenza inizia dalla presentazione della richiesta di riesame, così per il giudizio di rinvio la decorrenza inizia quando gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione pervengono alla cancelleria centrale del tribunale, non rilevando «il tempo impiegato per il successivo passaggio del fascicolo alla cancelleria della sezione del riesame», costituente «uno dei passaggi burocratici interni all'ufficio giudiziario i cui tempi di espletamento non possono prolungare» la sequenza del procedimento cautelare, che deve essere caratterizzata da «cadenze segnate da tempi certi, che consentano di giungere ad una sollecita definizione»¹⁰³.

In questa pronuncia, le Sezioni unite hanno privilegiato la più compiuta realizzazione del diritto di difesa dell'interessato rispetto all'esigenza di celerità del giudizio di rinvio. Non si può negare, infatti, che, agganciando il *dies a quo* del termine perentorio stabilito per la decisione alla ricezione degli atti nuovamente richiesti all'autorità procedente, invece che alla ricezione degli atti trasmessi dalla Corte di cassazione, «si provoca inevitabilmente un allungamento del tempo della detenzione della persona sottoposta a misura cautelare»¹⁰⁴: va, tuttavia, considerato che, da un canto, l'inosservanza del termine perentorio per l'invio degli atti da parte dell'autorità procedente produce l'inefficacia della misura cautelare; e, dall'altro, la trasmissione degli atti "originari" si accompagna a quella degli elementi favorevoli eventualmente sopravvenuti. Quand'anche si volesse aggiornare l'interpretazione dell'art. 100 disp. att. c.p.p. proprio alla luce dell'art. 311 comma 5-*bis* c.p.p., sostenendo che si possa oggi giustificare «un invio in Cassazione, quantomeno per i casi che rientrano nello spettro

¹⁰³ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27104, Calella. *Processo penale e giustizia*, p. 432 s., 2021, punto 7 del Considerato in diritto.

¹⁰⁴ In questi termini, criticamente, ALONZI, Fabio. L'importanza della celerità per l'assunzione delle decisioni *de libertate*. *Sistema penale*, 15 luglio 2020.

applicativo» di quest'ultimo disposto, «dell'intero fascicolo della cautela per garantire che, in ipotesi di annullamento, il giudice del rinvio possa adottare tempestivamente la propria decisione seguendo le nuove scansioni temporali»¹⁰⁵, rimarrebbe sempre aperta la questione delle modalità attraverso cui porre a disposizione di tale giudice gli elementi sopravvenuti favorevoli all'interessato. Secondo l'orientamento minoritario – non avallato dalle Sezioni unite – le «sopravvenienze conoscitive» potrebbero venire depositate in sede di udienza ai sensi dell'art. 309 comma 9 periodo primo c.p.p.¹⁰⁶, ma in tal modo si applicherebbe l'art. 309 c.p.p. al giudizio di rinvio “*ad usum delphini*”.

Va da ultimo evidenziato un altro profilo, non giunto all'esame delle Sezioni unite, che incide, a monte, sulla celerità del procedimento cautelare pervenuto davanti alla Corte di cassazione¹⁰⁷. Poiché la riforma del 2015 non ha introdotto modifiche su questo piano, una volta che la Suprema Corte abbia annullato con rinvio¹⁰⁸ si applica la disposizione generale di

¹⁰⁵ V. ancora ALONZI, Fabio. L'importanza della celerità per l'assunzione delle decisioni *de libertate*. *Sistema penale*, 15 luglio 2020, per il quale i vari problemi pratici potrebbero venire risolti attraverso l'impiego della «gestione telematica» degli atti (nello stesso senso NOCERINO, Wanda. *Il dies a quo per la pronuncia del giudizio di rinvio cautelare. Processo penale e giustizia*, p. 445, 2021). Una simile modalità, d'altra parte, è ammessa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione quanto alla trasmissione degli atti al tribunale del riesame ad opera dell'autorità procedente: v. GIULIANI, Livia. Art. 309. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 1423; GIULIANI, Livia. Art. 309. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale. Appendice di aggiornamento*. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 186, con particolare riguardo alla trasmissione di copia degli atti mediante la posta elettronica certificata.

¹⁰⁶ Cass., sez. I, 29 gennaio 2018, n. 23707, Battaglia.

¹⁰⁷ Per la durata media di tale procedimento v. *supra*, § 3, nota 65.

¹⁰⁸ Nel 2019 sono stati definiti mediante annullamento con rinvio 630 ricorsi in materia di misure cautelari personali, pari al 15% del totale (4.188). Quanto agli altri esiti, si sono avuti 134 annullamenti senza rinvio (3,2%), 2.351 inammissibilità (56,1%), 1.042 rigetti (24,9%) e 31 altre decisioni (0,7%): v. *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio di statistica, La Cassazione penale – Annuario statistico 2019*, Tab. 4.7 dettaglio uno e Tab. 4.7 dettaglio due. Nel 2020 sono stati definiti mediante annullamento con rinvio 513 ricorsi riguardanti le misure cautelari personali, pari al 13,7% del totale (3.738). Circa gli

cui all'art. 625 comma 1 c.p.p. e pertanto la cancelleria «trasmette senza ritardo gli atti del processo con la copia della sentenza al giudice che deve procedere al nuovo giudizio»: ovviamente, la locuzione «senza ritardo» «non rientra nella categoria dei termini e, se la trasmissione non fosse tempestiva, i “tempi morti” si ribalterebbero sul *dies a quo* da cui inizia a decorrere il termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione degli atti, assegnato al giudice di rinvio per la decisione»¹⁰⁹.

CONCLUSIONI

Nel riannodare le fila del discorso, per sciogliere il quesito posto nella Premessa, bisogna concludere che neppure le Sezioni unite hanno evitato le oscillazioni da cui sono permeati gli orientamenti delle sezioni semplici, a dimostrazione – se ce ne fosse stato bisogno – che non è facile orientarsi nel bilanciare le esigenze di celerità del giudizio di impugnazione cautelare e la tutela del diritto di difesa dell'indagato/imputato. Si deve, d'altra parte, riconoscere come le tesi giurisprudenziali contrapposte si basino su argomenti solidi, rendendo dunque insoddisfacente, a seconda del punto di vista che si intende privilegiare, l'opzione poi adottata dal Supremo consesso.

Certo, quanto alle pronunce delle Sezioni unite Ramondo e Calella, può osservarsi che i profili da vagliare promanavano da un dato

altri esiti, si sono registrati 93 annullamenti senza rinvio (2,5%), 2.186 inammissibilità (58,5%), 917 rigetti (24,5%) e 29 altre decisioni (0,8%): v. *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio di statistica, La Cassazione penale – Annuario statistico 2020*, Tab. 5.6 dettaglio uno e Tab. 5.6 dettaglio due.

¹⁰⁹ Cfr. BARGIS, Marta. Le novità nella disciplina del giudizio di rinvio: una replica imperfetta. Disponibile in: <http://www.lalegislazionepenale.eu>, 22 settembre 2015, p. 9 (v. pure p. 14-16). In senso adesivo MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 497 s.; MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 246, nota 124. Affrontano il problema, più di recente, COLAIACOVO, Guido. I tempi del giudizio di rinvio in materia cautelare (a margine di una recente sentenza della Suprema Corte). *Sistema penale*, 21 gennaio 2020; NOCERINO, Wanda. *Il dies a quo per la pronuncia del giudizio di rinvio cautelare. Processo penale e giustizia*, p. 446, 2021.

letterale non felice introdotto dalla riforma del 2015, che ha reso perciò inevitabile il tentativo di coniugarlo con il contesto sistematico. Se gli approdi rimangono opinabili, solo il legislatore potrebbe porre mano alle dovute precisazioni, fornendo in altre parole una sorta di interpretazione autentica – poco importa che avalli oppure no il *dictum* delle Sezioni unite – al fine di sopire le questioni interpretative controverse.

Ma il discorso non muta per la pronuncia delle Sezioni unite Salvati riguardante la misura cautelare disposta in sede di appello e la necessità o no dell'interrogatorio di garanzia: pure qui un intervento legislativo – del resto variamente auspicato in dottrina¹¹⁰ – si rivelerebbe oltremodo opportuno.

BIBLIOGRAFIA

ALONZI, Fabio. Un richiamo al rigore nell'interpretazione delle norme *de libertate*. *Processo penale e giustizia*, p. 259-268, 2018.

ALONZI, Fabio. L'importanza della celerità per l'assunzione delle decisioni *de libertate*. *Sistema penale*, 15 luglio 2020.

ALVINO, Francesco. Incompetenza per territorio, urgenza cautelare e interesse del pubblico ministero alle relative contestazioni nelle impugnazioni *de libertate*. *Sistema penale*, n. 9, p. 125-143, 2020.

ANGIOLINI, Giulia. Il “nuovo” art. 309 comma 10 c.p.p. supera l'esame di costituzionalità (ma non ancora quello della prassi applicativa). *Diritto penale contemporaneo*, 6 dicembre 2016.

ARASI, Simona. L'interrogatorio di garanzia in caso di applicazione di misura cautelare coercitiva da parte del Tribunale del riesame in accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero: obbligo o facoltà? *Processo penale e giustizia*, p. 84-93, 2021.

BARGIS, Marta. L'appello cautelare: un innesto per rifrazione. Disponibile in: <http://www.la legislazione penale.eu>, 22 settembre 2015, p. 1-7.

BARGIS, Marta. Le novità nella disciplina del giudizio di rinvio: una replica imperfetta. Disponibile in: <http://www.la legislazione penale.eu>, 22 settembre 2015, p. 1-16.

¹¹⁰ Cfr. *supra*, § 3, nel testo e note 84 e 87.

BLEFARI, Chiara Rosa. Le Sezioni Unite si pronunciano sull'interesse a ricorrere del Pubblico ministero, nel caso in cui il Giudice del riesame, rilevata l'incompetenza del Giudice che ha emesso l'ordinanza, la annulli. *Processo penale e giustizia*, p. 106-113, 2021.

CARDAMONE, Daniela. Il sistema dei rimedi *de libertate* alla luce della giurisprudenza della Cedu nella sentenza *Rizzotto c. Italia* (5 settembre 2019). *Questione giustizia*, 1° ottobre 2019.

CASSIBBA, Fabio. Impugnazioni *de libertate* e garanzie minime dell'equità processuale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 968-971, 2018.

COLAIACOVO, Guido. I tempi del giudizio di rinvio in materia cautelare (a margine di una recente sentenza della Suprema Corte). *Sistema penale*, 21 gennaio 2020.

COLAIACOVO, Guido. Latitanza e riesame (appunti a margine di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo). *Cassazione penale*, p. 768-772, 2020.

CURZIO, Piero. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*. Roma, 29 gennaio 2021, p. 73.

DE ROBBIO, Costantino. Applicazione di misura cautelare da parte del tribunale del riesame e interrogatorio di garanzia: la sentenza delle Sezioni unite. *Sistema penale*, 15 giugno 2020.

DEL COCO, Rosita. Art. 618. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 3050 s.

DI DOMENICO, Alessia. Le Sezioni Unite sul deposito del ricorso in sede cautelare: un'occasione per chiarire la corretta interpretazione dell'art. 311 c.p.p. *Sistema penale*, 4 febbraio 2021.

GATTO, Antonio. Il diritto dell'imputato detenuto di presenziare all'udienza di riesame al vaglio delle Sezioni unite. *Sistema penale*, n. 2, p. 17-45, 2020.

GERARDI, Alessandro. Il luogo delle impugnazioni cautelari di legittimità: la stretta delle Sezioni unite. *Archivio penale (web)*, n. 1, p. 1-23, 2021.

GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova: Cedam, 2012, p. 190-198.

GIULIANI, Livia. Art. 309. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale*. III ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 1423 e 1433 ss.

GIULIANI, Livia. Art. 309. In: ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia (diretto da). *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale. Appendice di aggiornamento*. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 186.

GREVI, Vittorio; CERESA-GASTALDO, Massimo. Misure cautelari. In: BARGIS, Marta (a cura di). *Compendio di procedura penale*, X ed. Milano: Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 372.

GRISONICH, Elisa. Il diritto dell'imputato detenuto a partecipare personalmente all'udienza di riesame: le Sezioni Unite delineano le modalità di esercizio della garanzia dopo la l. n. 47 del 2015. *Sistema penale*, 24 aprile 2020.

ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1156-1162, 2015.

MAGGIO, Paola. *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

MARANDOLA, Antonella. Partecipazione personale al riesame: una lettura in linea con la Costituzione. *Giurisprudenza italiana*, p. 1932 ss., 2019.

MARANDOLA, Antonella. Misura cautelare applicata dal tribunale della libertà in sede d'appello: negato l'interrogatorio di garanzia. *Cassazione penale*, p. 4036-4040, 2020.

MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211-248.

MITTICA, Francesca Romana. La partecipazione all'udienza di riesame dopo la l. n. 47 del 2015. *Processo penale e giustizia*, n. 3, p. 94-106, 2016.

NASCIMBENE, Bruno (a cura di). *Unione europea. Trattati*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 381 s.

NOCERINO, Wanda. Il *dies a quo* per la pronuncia del giudizio di rinvio cautelare. *Processo penale e giustizia*, p. 434-446, 2021.

PAULESU, Pier Paolo. Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele). In: BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 158.

PERONI, Francesco. Davvero superfluo l'interrogatorio di garanzia, in caso di cautela adottata in sede d'appello?. *Diritto penale e processo*, p. 60-67, 2021.

PRESSACCO, Luca. Latitanza e “giusto processo cautelare”. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 363-367, 2020.

RAFARACI, Tommaso. Le garanzie del procedimento *de libertate*: il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale. In: BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 271-291.

ROMANELLI, Bartolomeo. Il differimento dell'udienza di riesame tra esigenze di difesa sostanziale e limiti all'impugnazione. *Diritto penale contemporaneo*, 8 giugno 2016, p.1-10.

SPANGHER, Giorgio. Un *restyling* per le misure cautelari. *Diritto penale e processo*, p. 531-534, 2015.

SPANGHER, Giorgio. Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015. *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, n. 4, p. 6, 2015.

TARALLO, Antonio. “Unicità dell'impugnazione”, “giudicato cautelare” e tutela dei latitanti: qualche perplessità sulle scelte della Corte e.d.u. *Processo penale e giustizia*, p. 418 ss., 2020.

TECCE, Raffaele, Il diritto del detenuto a partecipare all'udienza di riesame. *Processo penale e giustizia*, p. 1412-1421, 2020.

URBINATI, Francesco. Interrogatorio di garanzia e misure cautelari: configurazioni processuali. *Archivio penale (web)*, n. 2, p. 1-22, 2020.

VARONE, Fabio. A proposito della fungibilità delle garanzie: le Sezioni unite negano il diritto dell'accusato all'interrogatorio in caso di applicazione delle misure coercitive a seguito di appello del pubblico ministero. *Archivio penale (web)*, n. 2, p. 1-18, 2020.

ZACCHÈ, Francesco. Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 675 ss., 2015.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 13/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Final editorial decision: 04/08/2021
- Final version: 04/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Autrice invitata

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BARGIS, Marta. Le impugnazioni cautelari nel recente “attivismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1935-1976, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.629>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**


Fundamentals of Criminal Procedure

Suspect's access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights

Direito do imputado à defesa técnica nas etapas iniciais da persecução penal na perspectiva da Corte Europeia de Direitos Humanos

Andrzej Sakowicz¹

University of Białystok, Poland
sakowicz@uwb.edu.pl

 <http://orcid.org/0000-0001-6599-4876>

ABSTRACT: Access to a lawyer at the pre-trial stage of proceedings is an essential component of the right to defense in criminal proceedings and the right to a fair trial. Access to a lawyer enables the accused to make a good decision for his/her defence. At present, there is no doubt that prompt access to a lawyer constitutes an important counterweight to the vulnerability of suspects in police custody, ensures equality of arms and provides a fundamental safeguard against coercion. This study analyses a suspect's right to access to a lawyer at the initial stage of criminal proceedings in the case law of the European Court of Human Rights. The first part of the article provides an analysis of the understanding of the right to a lawyer at the pre-trial stage as applied by the ECtHR prior to the *Salduz* case. This period in the ECtHR's case law was characterized by a lack of precision as to the temporal limits of the right laid down in Article 6 § 3 (c) of the ECHR. The next part shows the changes brought about by the judgment in the *Salduz* case regarding the protection of suspects and ensuring their right to counsel. It is argued that the *Salduz* doctrine not only covered the suspect's access to a lawyer at the initial stage of the pre-trial proceedings, but also stressed the obligation to inform the suspect of his or her rights, including the right to remain silent.

¹ Professor at the University of Białystok, Poland; the Faculty of Law; the Department of Criminal Procedure.

An important element of the *Salduz* doctrine was the possibility to eliminate evidence obtained during an interrogation conducted at an early stage of the pre-trial proceedings in the absence of a defense counsel. Further, the paper argues that the standard set out in the judgment in the *Salduz v. Turkey* case was confirmed in a number of rulings. The fourth part of the paper draws attention to the erosion of the *Salduz* standard that occurred with the judgment in the *Ibrahim and Others v. the UK* case. The article also brings into focus recent judgments of the ECtHR which have reinforced the view expressed in the *Ibrahim and Others v. the UK* case concerning a test of fairness of a trial as whole. It is underlined in the conclusions that recent ECtHR's case law does not provide any cause for optimism regarding legal assistance at an early stage of criminal proceedings.

KEYWORDS: access to a lawyer; criminal proceedings; the European Court of Human Rights; *Salduz* doctrine.

RESUMO: O acesso a um advogado na fase anterior ao julgamento é um componente essencial do direito de defesa no processo penal e do direito a um julgamento justo. O acesso a um advogado permite que o imputado tome uma boa decisão em relação à sua defesa. Atualmente, não há dúvida de que o acesso imediato à defesa técnica constitui um contrapeso importante à vulnerabilidade dos suspeitos sob custódia policial, garante a igualdade de armas e fornece uma salvaguarda fundamental contra a coerção. Este estudo analisa o direito do imputado a um advogado na fase inicial da persecução penal na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A primeira parte do artigo apresenta uma análise da compreensão sobre o direito a um advogado na fase anterior ao julgamento, conforme aplicado pelo TEDH antes do caso *Salduz*. Esse período foi caracterizado por uma falta de precisão quanto aos limites temporais do direito previsto no artigo 6.º, n.º 3, alínea c, da CEDH. O item subsequente apresenta as mudanças trazidas pelo julgamento do caso *Salduz* no que diz respeito à proteção dos suspeitos e à garantia de seu direito à defesa técnica. Argumenta-se que a doutrina *Salduz* não apenas abrangia o acesso do suspeito a um advogado na fase inicial do procedimento prévio ao julgamento, mas também enfatizava a obrigação de informar o suspeito sobre os seus direitos, incluindo o direito de permanecer em silêncio. Um elemento importante da doutrina *Salduz* era a possibilidade de excluir as provas obtidas durante um interrogatório em investigação preliminar conduzido na ausência de um advogado de defesa. Além disso, argumenta-se que o standard estabelecido no julgamento no caso *Salduz v. Turquia* foi confirmado em uma série de decisões posteriores. A quarta parte do artigo chama a atenção para a erosão do padrão *Salduz* que ocorreu com o julgamento no caso *Ibrahim*

e outros vs. Reino Unido. O artigo também destaca os recentes acórdãos do TEDH, que reforçaram a opinião expressa no caso Ibrahim e outros c. Reino Unido a respeito de uma verificação de legitimidade do julgamento como um todo. Salienta-se nas conclusões que a jurisprudência recente do TEDH não oferece qualquer motivo para otimismo em relação à assistência jurídica na fase inicial da persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: *direito à defesa técnica; processo penal; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; doutrina Salduz.*

I. INTRODUCTION

A suspect's access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings and use of a suspect's statements as evidence are controversial issues in literature on the criminal process. Without a doubt, this is also an important practical issue which the judiciary faces on a daily basis. Participation of a defense counsel in the criminal process not only guarantees the right to defense, in particular protection the right against self-incrimination, but also prevents all forms of ill-treatment of the suspect during interrogation, like the use of intimidation or even violence. The right to consult a lawyer also constitutes implementation of the principle of equality of arms from the earliest stage of the proceedings and provides psychological support to the suspect. Information obtained from a suspect at the initial stage of criminal proceedings may be crucial for the final outcome of the detainee's case.

What also must not be overlooked is that the first procedural steps, in particular the presentation of charges and the first interrogation, involve stress on the part of the suspect, which can result in rash decisions that may have a negative impact on the suspect's subsequent outcomes.

Such benefits of assistance of a lawyer as psychological support or protection against any forms of intimidation go beyond the formalistic formula of the right to a lawyer but are inscribed within the concept of procedural justice², which is one of the key principles of a law-abiding

² Information on procedural justice can be found in: NEUMANN, Ulfrid. Materielle und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 101, n. 1, 1989, p. 52-74; SCHWEIGER,

state. Justice in this sense is when a person against or for whom a trial is being held becomes convinced that the authorities conducting the proceedings have done everything in their power to ensure that the law is complied with by acting in accordance with the law, conscientiously, and in the best interests of that person³. Thus, the process must be fair and based on law, but only if the law respects the dignity of an individual, enables an effective exercise of their subjective rights, and seeks to ensure equality of arms, which is an inherent feature of a fair trial. However, this will not happen when the authorities conducting the process take advantage of the defendant's lack of knowledge, mental state, or lack of awareness of their rights. Achievement of such goals as establishing the truth⁴, bringing the guilty person to justice, or freeing an innocent person are not the only values in a criminal process; the way in which substantive justice is achieved is also important. The need to find the balance between substantive justice and formal justice is obvious. While sharing W. Hassemer's view that the search for truth in a criminal process is a tool that protects and enhances human dignity, it should be pointed out that finding the truth when the dignity of a person is violated is unacceptable⁵. The authorities conducting a process should take the utmost care to ensure that the dignity and procedural rights of individuals are respected. Against this background, it becomes clear that statutory safeguards should be established to protect accused persons

F. Theresa. *Prozedurales Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 29-188; HÖRNLE, Tatjana; KREMNIETZER, Mordechai. Human dignity as a protected interest in criminal law, *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, 2011, p. 148-153. SKORUPKA, Jerzy. O sprawiedliwości procesu karnego. Warszawa: WoltersKluwer, 2013, p. 64-87.

³ WALTOŚ, Stanisław; HOFMAŃSKI, Piotr. *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020, p. 27.

⁴ WEIGEND, Thomas. Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, 2003, p. 157-193.

⁵ More information can be found in: HASSEMER, Winfried. Human Dignity in the Criminal Process: The Example of the Truth-Finding. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, 2011, p. 187-188; WEIGEND, Thomas; GHANAYIM, Khalid. Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, 2011, p. 198-228; LAGODNY, Otto. Human Dignity and Its Impact on German Substantive Criminal Law and Criminal Procedure. *Israel Law Review*, v. 33, n. 3, p. 575-591.

against actions of law enforcement authorities. These can take the form of positive measures, such as informing suspects or accused persons detention of suspects of their rights or of the possibility of exercising their right to remain silent, or creating a statutory procedure for access to a lawyer (defense counsel), as well as negative measures as exclusionary rules concerning statements obtained without access to a lawyer.

The purpose of this paper is to reconstruct and assess the standard of a suspect's access to a lawyer at the initial stage of criminal proceedings in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). This Court, which enforces the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms⁶, is the most important institution of the Council of Europe and plays a significant role in the protection of human rights in Europe. At present, the jurisdiction of the ECtHR has been recognized to date by all 47 member states of the Council of Europe. The ECHR envisages that final judgments of the ECtHR shall be binding only on the parties to the proceedings. As transpires from Article 46(1) of the Convention, Contracting States undertook to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. Thus, the judgments of the Court are formally binding only *inter partes*. However, it can be inferred from Article 1 of the ECHR the Contracting States must take into account the ECtHR's interpretation of the Convention. They therefore have an obligation to "safeguard" Convention rights, as provided in Article 1 of the Convention. It is not surprising, therefore, that Contracting states sometimes draw conclusions also from judgments issued against another state, and therefore give an *erga omnes* effect to the case-law of the ECtHR. It also proves that the judgments of the ECtHR enjoy a preventive effect, because other states have amended their laws or practices following judgments of the ECtHR against other states⁷.

⁶ The European Convention on Human Rights is the oldest international treaty in the field of regional human rights protection. It entered into force on 3 September 1953.

⁷ POLAKIEWICZ, Jörg: The execution of judgments of the European Court of Human Rights. In: BLACKBURN, Robert; POLAKIEWICZ, Jörg (eds). *Fundamental rights in Europe: the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 73. See also generally ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect*

The aim of this paper is not only to show the Strasbourg system of access to a lawyer, but also to describe its evolution and answer the question of whether *de lege lata* it ensures effective exercise of the right to defense. This approach is particularly important for the 47 member states of the Council of Europe, as the standard of access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings should be similar in their legal systems. This is because any difference in the standards of legal protection of individuals undermines mutual trust between countries with different justice systems and hinders implementation of procedural instruments based on mutual recognition of decisions⁸. Finally, differences in recognizing a suspect's statements made in the absence of a lawyer as admissible evidence can

to the Judgments of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 3, 2017, p. 830-834; GERARDS, Janneke: The European Court of Human Rights and the national courts: giving shape to the notion of 'shared responsibility. In: GERARDS, Janneke; FLEUREN, Joseph (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014, p. 21-34; BODNAR, Adam: 'Res Interpretata: The Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for Other States Than Those Which Were Party to the Proceedings. In: HAECK, Yves; BREMS, Eva (eds.). *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer Netherlands, 2014, p. 223.

⁸ It must be noted that the 27 states-parties of the Convention are EU member states which cooperate according to the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions. Moreover, the European Union's standard regarding access of a suspect to a lawyer at the pre-trial phase of proceedings may not be weaker than that provided in Article 6 of the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights that is based on it. As provided in Article 52 § 3 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: "In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection". About the right of access to a lawyer in European Union law, see e.g. DZIERŻANOWSKA, Joanna. Access to a Lawyer for a Suspect at Early Stage of Criminal Proceedings and Its Participation in Investigative Acts. *Review of European and Comparative Law*, v. 41, n. 2, 2020, p. 109-127; SOO, Anneli. Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the uk (13th of September 2016). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v.25, n. 4, 2017, p. 300-303.

lead to problems in the use of such information in different states or in the recognition of the final judgments. This problem occurs if incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.

II. SUSPECT'S ACCESS TO LAWYERS IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS BEFORE THE JUDGMENT IN THE *SALDUZ V. TURKEY* CASE

Access of a criminal suspect to a lawyer is governed by Article 6 § 3 (c) of the ECHR. It provides that “everyone charged with a criminal offense has the following minimum rights (...) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require.” Originally, the right to a lawyer was strictly interpreted within the temporal limits of Article 6(1) of the Convention, which provides that everyone has the right to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. The question arises whether Article 6 of the Convention covers the right of access to a lawyer only at the stage of the court proceedings or whether it also applies at the pre-trial stage. Already in the 1990s, the Court rejected the narrow understanding of Article 6 § 3 (c) of the ECHR and in the judgment in the *Imbrioscia v. Switzerland* case assumed that the right of access to a lawyer must be ensured at the pre-trial stage⁹. Since that judgment, there has no longer been any doubt that the right of access to a lawyer must be ensured at the pre-trial stage. However, the way in which the requirements of Article 6 § 3 (c) of the ECHR are to be respected in pre-trial proceedings should depend to a large extent on the particular circumstances of the specific trial. The ECtHR's case law emphasizes the need to ensure access to a lawyer during the pre-trial

⁹ The ECtHR judgement of 24 November 1993 in the case of *Imbrioscia v. Switzerland*, application no. 13972/88, § 36, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57852>; see HARRIS, J. David; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Chris. *Law of the European Convention on Human Rights*. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995, p. 256.

phase, usually during interrogations that take place at this stage of the procedure, but also provides for the possibility of limiting this right¹⁰. One example is the judgment in the *John Murray v. the UK* case¹¹ in which the Court underlined that the right of access to a lawyer, which is not explicitly set out in the Convention, may be subject to restrictions for “good cause”. The Court stated that each assessment of such restrictions should be made in the light of the entirety of the proceedings. However, this position of the ECtHR was very general and did not explain anything. First of all, the jurisprudence of the ECtHR does not provide any precise guidance on how to understand the concept of “good cause.” Secondly, by assuming that restrictions of the right of access to a lawyer should be assessed from the standpoint of compliance with the requirement of a fair trial as a whole, the ECtHR significantly weakened the essence of this right. Proof of its breach required detailed answers to the questions of whether the rights of defense have been respected and whether an effective defense by a lawyer is possible in the context of the criminal proceedings as a whole. Applying this approach, even in cases of obvious violation of the right of access to a lawyer, the Court ruled out a violation of Article 6 of the ECHR¹². For example, in *Sarikaya v. Turkey*, it was

¹⁰ However, it should be noted “the right of access to a lawyer arises not only when a person is taken into custody or questioned by the police but may also be relevant during procedural actions, such as identification procedures or reconstruction of the events and on-site inspections”, see the ECtHR judgement of 17 February 2009 in the case of *İbrahim Öztürk v. Turkey*, application no. 16500/04, §§ 48-49, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-91370>; the ECtHR judgement of 23 October 2009 in the case of *Mehmet Duman v. Turkey*, application no. 38740/09, § 41, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187244>; the ECtHR judgement of 5 September 2017 in the case of *Türk v. Turkey*, application no. 22744/07, § 47, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-176760>.

¹¹ See the ECtHR judgement of 9 February 1996 in the *John Murray v. the United Kingdom* case, application no. 18731/91, § 63, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57980>; the ECtHR judgement of 16 October 2001 in *Brennan v. the United Kingdom*, application no. 39846/98, § 45, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59722>.

¹² For example, in the case of *Mamaç and others v. Turkey* the Court held that the applicants had not proven that the absence of their lawyer during police custody had affected their rights, see the ECtHR judgement of 20 April 2004 in the case of *Mamaç and others v. Turkey*, application no. 29486/95, 29487/95 and 29853/96, § 43. See also SCHLEGEL, Stephan; WOHLERS, Wolfgang.

found that no such violation occurred despite the fact that the suspect was denied contact with an attorney for 20 days. In this case the Court held that the applicant enjoyed “overall fairness” by benefitting from legal assistance at the trial.

In contrast, the ECtHR had a different opinion about the violation of the right to access to legal assistance at the pre-trial stage when the national legislation permitted to draw adverse inferences from the suspect’s silence at police questioning, and the applicant’s right of access to a lawyer had been restricted.

For example, in *John Murray v. the UK*, the ECtHR pointed out that access to a lawyer is of paramount importance for the rights of the defense at the initial stage of police interrogation, where exercising the right to silence may lead to adverse inferences. If the suspect chooses to remain silent, adverse inferences may be drawn against him. Therefore, it is not surprising that the ECtHR’s stated that “to deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defense may well be irretrievably prejudiced, is - whatever the justification for such denial - incompatible with the rights of the accused under Article 6.”¹³ A similar conclusion of the Court can be found in the *Kolu v. Turkey* case¹⁴. It seems that reasons behind the different approach of the ECtHR to the right of access to a lawyer in a situation

Der »Anwalt der ersten Stunde« in der Schweiz. *Strafverteidiger*, n. 5, 2012, p. 308-309.

¹³ The ECtHR judgement of 9 February 1996 in the case of *John Murray v. the United Kingdom*, application no. 18731/91, § 66. About the right to silence before the ECtHR, see SAKOWICZ, Andrzej. Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European Court of Human Rights case law. *Ius Novum*, n. 2, 2018, p. 128-136; OWUSU-BEMPAH, Abenaa, Silence in suspicious circumstances. *Criminal Law Review*, n. 2, 2014, pp. 126-135.

¹⁴ In that judgment, the ECtHR assumed that the lack of access to a lawyer when the applicant made an incriminating statement during an interrogation by police and the circumstances of the case did not indicate that he had been advised of the right to be assisted by a lawyer and the right to remain silent, resulted in an infringement of the right under Article 6 § 3 (c) of the ECtHR judgement of 2 August 2005 in the *Kolu v. Turkey* case, application no. 35811/97, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70013>; see also the ECtHR judgement of 6 June 2000 in the *Magee v. the United Kingdom*, application no. 28135/95, §§ 44-45, “<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58837>.”

of violation of the right to silence is due to the high rank of this right. In numerous rulings, the ECtHR has expressed that this right is a “generally recognized international standard which lies at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 of the ECHR.”¹⁵ Unsurprisingly, the ECtHR asserted the right to silence as a rationale for the right to early access to a lawyer, because the latter right is considered to be a safeguard of the enjoyment of others rights.

When summarizing the above observations, it must be said that in the pre-*Salduz* jurisprudence, the ECtHR recognized the importance of the right of defense during the first interrogation of a suspect by an investigating officer, a member of the public prosecutor’s office, or an investigating judge. In many judgments the ECtHR perceived that a lawyer is the one who explains to the suspect their rights, presents the legal situation. Moreover, his presence during the interrogation is a guarantee against ill-treatment of the suspect. However, there have not been any judgments which defined the point in time at which the right to legal assistance arises, or which would precise the scope of admissible restrictions on the right of access to a lawyer (in particular due to the undefined nature of the term “good cause”). The then jurisprudence of the ECtHR also did not define the admissibility of using as evidence statements of a suspect given without access to a lawyer. Consequently, this meant that the assessment of a violation of the fairness of the proceedings in which the right of access to a lawyer was not ensured required account to be taken of the specific circumstances of each case and the legal system¹⁶. Thus, the failure to provide access to a lawyer at the initial stage of a criminal prosecution did not necessarily automatically mean that the ECtHR found a breach of Article 6 § 3 (c) in conjunction with Article

¹⁵ GORDON, Van Kessel. European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence. *West Virginia Law Review*, vol. 100, 1999, p. 804. See also BERGER, Mark. Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence. *European Human Rights Law Review*. v. 5, 2007, p. 531.

¹⁶ See the ECtHR judgement of 9 February 1996 in the case of *John Murray v. the United Kingdom*, application no. 18731/91, § 63; the ECtHR judgement of 16 October 2001 in the case of *Brennan v. the United Kingdom*, application no. 39846/98, §. 45; the ECtHR judgement of 6 June 2000 in the case of *Magee v. the United Kingdom*, application no. 28135/95, § 44.

6 § 1 of the ECHR, since that right, which is not expressly provided for in Article 6 of the ECHR, could be the subject of justified restrictions which, however, in the context of the proceedings as a whole, should not deprive the accused of a fair trial¹⁷.

III. THE JUDGMENT IN THE *SALDUZ v. TURKEY* CASE

A breakthrough in the case-law of the ECtHR in terms of its approach to the issue of access of a suspect to a lawyer at the initial stage of criminal prosecution was the ruling in the *Salduz v. Turkey* case¹⁸. The

¹⁷ Sometimes it was even claimed that Article 6 § 3 (c) does not specify the manner of exercising the right of access to a lawyer or its content, see, the ECtHR judgement (Grand Chamber) of 12 May 2005 in the case of *Öcalan v. Turkey*, application no. 46221/99, § 135, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69022>; On the internal structure of Article 6 and the relationship between Article 6 § 1 and Article 6 § 3 of the Convention. More on this issue see in GOSS Ryan, *Out of Many, One? Strasbourg's Ibrahim decision on Article 6*, *The Modern Law Review*, v. 80, no 6, 2017, p. 1137-1163.

¹⁸ See, the ECtHR judgement (Grand Chamber) of 27 November 2008 in the case of *Salduz v. Turkey*, application no. 36391/02, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893>. Some scholars say that the *Salduz* judgement is not clear on this point, see BEIJER, Annemarieke. *False confessions during police interrogations and measures to prevent them*. *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, n. 18, 2010, pp. 312–313; OGORODOVA, Anna; SPRONKEN, Taru. *Legal Advice in Police Custody: From Europe to a Local Police Station*. *Erasmus Law Review*, v. 4, 2014, p. 191-205. Although the wording of the judgment in the *Salduz* case may not be very clear, it has resulted in a number of changes in the interrogation rules of several European countries, see GINTER, Jaan; SOO, Anneli. *The Right of the Suspect to Counsel in Pre-trial Criminal Proceedings, Its Content, and the Extent of Application*. *Juridica International*, v. XIX, 2012, p. 172; GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. *Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale of the Right to Custodial Legal Assistance in Five Countries*. *Human Rights Law Review*, v. 16, n. 1, 2016, p. 103-129; SCHLEGEL, Stephan; WOHLERS, Wolfgang. *Der »Anwalt der ersten Stunde« in der Schweiz*. *Strafverteidiger*, v. 5, 2012, p. 309-310. It is even claimed that the *Salduz* case “represented a milestone in safeguarding the suspect’s rights in criminal proceedings at the European level”, see BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, C. Stephen. *A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications*. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, C. Stephen; LYNN, Veronica (eds.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*. Springer International Publishing, 2020,

ruling articulated the principle that any suspect has a right of access to a lawyer from the time of his or her first police interview as follows:

“... in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ ..., Article 6 § 1 requires that as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (of the ECHR)”¹⁹.

In the *Salduz* judgment it was found that for the first interrogation of a suspect, the Letter of Rights, including the right to remain silent, is insufficient, but it is necessary to provide the individual with access to a lawyer²⁰. This is due to the belief that “prompt access to a lawyer constitutes an important counterweight to the vulnerability of suspects in police custody, strengthen equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the suspect”²¹, and contributes to the prevention of miscarriages of justice.

p. 17; JASIŃSKI, Wojciech: Dostęp osoby oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą do adwokata na wstępnym etapie ścigania karnego – standard strasburski. *Europejski Przegląd Sądowy*, n. 1, 2019, p. 25-28; Rights in practice: access to a lawyer and procedural rights in criminal and European arrest warrant proceedings, p. 38-57, Available at: <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/rights-practice-access-lawyer-and-procedural-rights-criminal-and-european-arrest>. Access on: August 20, 2021.

¹⁹ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 27 November 2008 in the case of *Salduz v. Turkey*, application no. 36391/02, § 55.

²⁰ See the ECtHR judgement of 14 November 2010 in the case of *Brusco v. France*, application no. 1466/07, § 54, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100969>; the ECtHR judgement of 24 November 2013 in the case of *Navone and Others v. Monaco*, application no. 62880/11, 62892/11 and 62899/11, § 74, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127928>.

²¹ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 27 November 2008 in the case of *Salduz v. Turkey*, application no. 36391/02, § 53-55. The scope of the lawyer’s actions during the initial stages of proceedings was indicated by the Court in *the A.T. v. Luxembourg* case (the ECtHR judgement of 9 April 2015, application no. 30460/13, § 64), which stated that it includes: discussing the

In justifying the judgment in *Salduz* case, the ECtHR stressed that “systematic restriction on the right to be assisted by a lawyer during the pre-trial phase could not constitute a compelling reason”, as a basis for limiting the right to lawyer²². Such restrictions to having a defense counsel at the pre-trial stage are not compensated for either by the fact that the accused has a defense counsel during court proceedings or by the fact that all the evidence against him or her is presented out in conditions of full adversariality at the trial. As a consequence, the Court found that the right to defense will be irretrievably prejudiced if incriminating statements are used for a conviction and the court believes the explanations made during the investigation. This was clearly emphasized by the Court when it stated that: “neither the assistance provided subsequently by a lawyer nor the adversarial nature of the ensuing proceedings could cure the defects which had occurred during police custody.”²³ In this regard, Giannoulououlos rightly points out that the use of confessional evidence obtained during custodial interrogation without access to a lawyer irretrievably prejudices the right to a fair trial and amounts to automatic violation of the Article 6 § 3 (c) of the ECHR²⁴, unless there were compelling reason for the

case; organizing the defense; collecting evidence favorable to the accused; preparing the accused for questioning; supporting the accused in distress; checking the conditions of detention; and helping to ensure respect for the right of the accused not to incriminate himself; see more JACKSON, D. John, Responses to *Salduz*: procedural tradition, change and the need for effective defence. *Modern Law Review*, n. 6, v. 76, 2016, p. 995-996.

²² In most of these cases, the majority against Turkey but some against other States such as Monaco, Luxembourg, Malta, Belgium and France, the Court has not analyzed the overall fairness of the proceedings, but has found an automatic violation on the basis of a systematic statutory restriction; see the ECtHR judgement of 13 October 2009 in the case of *Dayanan v. Turkey*, application no. 7377/03, § 33; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95015>; the ECtHR judgement of 9 February 2010 in the case *Boz v. Turkey*, application no. 2039/04, § 35 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97199>; the ECtHR judgement of 27 October 2011 in the case *Stojković v. France and Belgium*, application no. 25303/08, § 51-57, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107177>; the ECtHR judgement of 12 January 2016 in the case of *Borg v. Malta*, application no. 37537/13, § 59-63, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159924>.

²³ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 27 November 2008 in the case of *Salduz v. Turkey*, application no. 36391/02, § 55.

²⁴ GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*. Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 172.

interview. However, the restrictions applied, even if justified, could not undermine the right to a fair trial, and they must be exceptional²⁵.

The „Salduz” doctrine applies in case of vulnerable suspects. Vulnerability may be caused by various circumstances. In the Salduz case, it was the young age of the suspect. The ECtHR noted that, in the case of suspects who are children as defined by international standards (i.e. persons under the age of 18 at the time of an interrogation as suspects), it is not enough merely to inform them about their right to remain silent and their right to have a lawyer. It stated that juvenile suspects and other persons who can be classified as vulnerable suspects (e.g. the elderly, persons with mental disabilities, or persons with a pre-existing heart condition) are not able to assess their legal situation and knowingly exercise their right to remain silent, even if they have been properly advised about it²⁶.

In short, it seems that the ECtHR decided to depart from its previous holistic approach. This is of particular importance in view of the ECtHR's statement that the rights of the defense will in principle be

²⁵ See the ECtHR judgement (Grand Chamber) of 27 November 2008 in the case of *Salduz v. Turkey*, application no. 36391/02, § 54; the ECtHR judgement of 28 October 2010 in the case *Leonid Lazarenko v. Ukraina*, application no. 22313/04, § 50, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101321;CZERNIKA,Dominika.Prawo%20podejrzanego%20do%20kontaktu%20z%20adwokatem%20\(art.%206%20ust.%203%20lit.%20c%20EKPCz\)%20w%20orzecznictwie%20Europejskiego%20Trybuna%C5%82u%20Praw%20Cz%C5%82owieka%20Europeski%20Przegl%C4%85d%20S%C4%85dowy,%20nr%209,%202017,%20p.%2028-39](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101321;CZERNIKA,Dominika.Prawo%20podejrzanego%20do%20kontaktu%20z%20adwokatem%20(art.%206%20ust.%203%20lit.%20c%20EKPCz)%20w%20orzecznictwie%20Europejskiego%20Trybuna%C5%82u%20Praw%20Cz%C5%82owieka%20Europeski%20Przegl%C4%85d%20S%C4%85dowy,%20nr%209,%202017,%20p.%2028-39).

²⁶ There is a trend in recent case-law to refer to this standard for all suspects, in particular: the ECtHR judgement of 28 October 2010 in the case of *Leonid Lazarenko v. Ukraina*, application no. 22313/04, § 53–59, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101321>; the ECtHR judgement of 17 December 2013 in the case *Potcovăv. Rumunia*, application no. 27945/07, § 25-32, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139272>. PERONI,Lourdes; TIMMER, Alexandra. Vulnerable Groups. The Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law. *International Journal of Constitutional Law*, n. 11, 2013, p. 1056-1085; TIMMER, Alexandra. A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights. En: FINEMAN, Albertson; GREAR, Anna (eds.). *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham: Ashgate, 2013, p. 147-170; WĄSEK-WIADLERER, Małgorzata. Model zakazów dowodowych z perspektywy Konwencji i orzecznictwa ETPCz. En: SKORUPKA, Jerzy; DROZD, Anna (eds.). *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa: C. H. Beck, 2015, p. 38-39.

irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used as evidence and constitute a basis for conviction. It seems that the Court simply considered the first questioning of a suspect by the police to be a crucial moment of great importance for the criminal proceedings as a whole. From this viewpoint, in the case of vulnerable suspects, the use of incriminating explanations given by suspects in the absence of their defense counsels or in situations where suspects are unable to consult their defense counsels before starting the interrogations as evidence has become inadmissible. In such a situation, denial of access to a lawyer cannot be seen as a harmless error, which can be corrected.

However, notwithstanding the fact that the judgment in the *Salduz v. Turkey* case was limited in terms of the object, it can be assumed that it reaffirmed the suspect's right to legal assistance of a lawyer as one of the fundamental characteristics of a fair trial. It also clarified the standard of access to a lawyer for a suspect in police custody. At the same time, it must be added that assigning a counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he or she may afford an accused. In order to exercise their right to defense, a suspect must be possible to consult with his or her lawyer prior to an interview and the lawyer must be physically present during their initial police interviews²⁷.

²⁷ See, the ECtHR judgement of 14 November 2010 in the case of *Brusco v. France*, application no. 1466/07, § 151-153; the ECtHR judgement of 9 April 2015 in the case of *A.T. v. Luxembourg*, application no. 30460/13, § 86-88; the ECtHR judgement of 21 June 2011 in the case of *Mader v. Croatia*, application no. 56185/07, § 151-153, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105293>; the ECtHR judgement of 28 June 2011 in the case of *Šebalj v. Croatia*, application no. 4429/09, § 256-257, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105413>; the ECtHR judgement of 25 April 2013 in the case of *Erkapić v. Croatia*, application no. 51198/08, § 80, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118734>. It is obvious that such physical presence must enable the lawyer to provide assistance that is effective and practical rather than merely abstract; see: the ECtHR judgement of 9 April 2015 in the case of *A.T. v. Luxembourg*, § 87. Moreover, having access to a lawyer ensures that the accused was able to make a good decision for his or her defence, see the ECtHR judgement of 28 October 2010 in the case of *Leonid Lazarenko v. Ukraine*, application no. 22313/04, § 50, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101321>.

IV. POST-SALDUZ CASE-LAW

The standard set out in the judgment in the *Salduz v. Turkey* case was confirmed in the *Tikhonov v. Ukraine* case²⁸. The judgment recognized that suspects are not able to assess their legal position at an early stage of the proceedings and to consciously exercise their right to remain silent, even if they have been properly informed about it. Of a significant influence on this position was the fact that in this case, during detention and before the first interrogation, the suspect was informally questioned by law enforcement officers²⁹. The Court perceived that this form of detention effectively deprived the suspect of prompt judicial review of his detention and exposed him to a risk of unlawful pressure and coercion. Consequently, it could not be assumed that the suspect waived his right to a lawyer in circumstances which were attended by minimum safeguards commensurate to the importance of such a waiver³⁰. A similar opinion was expressed in the *Panovits v. Cyprus*³¹ case where it was found that the applicant's right to a fair trial was violated as a result of failure to allow him to exercise his right to defense in the pre-trial proceedings (Article 6 § 3 (c) in conjunction with Article 6 § 1 of the ECHR) and because of the use as evidence of explanations of the accused obtained in violation of the standards of fair trial (Article 6 § 1 of the ECHR). The key fact of the case was that the 17-year-old suspect was not offered the assistance of a defense counsel before the interrogation and the suggestion that a defense counsel should be sought was given only to the applicant's father when the suspected minor was already being interrogated. In view of

²⁸ See, the ECtHR judgement of 10 December 2015 in the case of *Tikhonov v. Ukraine*, application no. 17969/09, § 50-52, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159054>.

²⁹ See, WĄSEK-WIADERER, Małgorzata: Model zakazów dowodowych z perspektywy Konwencji i orzecznictwa ETPCz. En: SKORUPKA, Jerzy; DROZD, Anna (eds.). Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym, Warszawa: C. H. Beck, 2015, p. 38-39; CZERNIKA, Dominika. Prawo podejrzanego do kontaktu z adwokatem, op.cit, p. 32.

³⁰ See, the ECtHR judgement of 10 December 2015 in the case of *Tikhonov v. Ukraine*, application no. 17969/09, § 51.

³¹ The ECtHR judgement of 11 November 2008 in the case of *Panovits v. Cyprus*, application no. 4268/04, § 67, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90244>.

these circumstances the Court noted that “the right of an accused minor to effective participation in his or her criminal trial requires that he be dealt with due regard to his vulnerability and capacities from the first stages of his involvement in a criminal investigation and, in particular, during any questioning by the police..”³². Thus, under the case law of the ECtHR, the right to counsel as from the initial stages of criminal justice is considered a fundamental value of the right to a fair trial, with particular relevance for the position of minors subjected to police interrogations, as individuals in need of additional protection. Such a position of the ECtHR was based on the assumption that the applicant and his father did not expressly and unequivocal waive appellant’s right to lawyer prior to his interrogation³³.

In the *Panovits v. Cyprus* case, the applicant also raised the claim of use in court proceedings of the applicant’s explanations given in the pre-trial proceedings. With reference to the claim, the Court pointed out that the applicant’s admission of guilt obtained in circumstances that infringed the standards of Article 6 of the Convention was the decisive proof on which the charges in the case were based. This significantly reduced the applicant’s chances of being able to defend himself effectively at the stage of the court proceedings and, consequently, irreparably undermined his rights of defense³⁴. This could only be avoided in one way,

³² The ECtHR judgement of 11 November 2008 in the case of *Panovits v. Cyprus* application no. 4268/04, § 67.

³³ This conclusion was criticized by Judge *ad hoc* Erotocritou, who in his dissenting opinion drew a distinction between the denial of a right to access legal assistance and a failure to inform the individual of the existence of such a right. The ECtHR Judge Erotocritou observed that the applicant, less than 24 hours after his arrest, had the services of a lawyer, who represented him at the remand proceedings the very next day. Within one week he appointed he appointed a second lawyer and, throughout the one and a half years the trial lasted, he was at all legally represented and had the opportunity to test all the evidence, see dissenting opinion of the ECtHR Judge *ad hoc* Erotocritou, the judgement of 11 November 2008 in the case of *Panovits v. Cyprus*, application no. 4268/04. See also OGORODOVA, Anna; SPRONKEN, Taru. Legal Advice in Police Custody: From Europe to a Local Police Station, *op.cit.*, p. 195-199.

³⁴ Most notably, the ECtHR judgement of 11 November 2008 in the case of *Panovits v. Cyprus*, application no. 4268/04..., § 75, 84-86; See SCHABAS, A. William. *The European Convention on Human Rights. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press: 2015, p. 301 and 310.

namely by not allowing the use of self-incriminating statements made by the suspect in the pre-trial proceedings before he had the opportunity to consult his lawyer.

The line of judgments known as the “Salduz doctrine”³⁵ also includes the judgment issued in the *Plonka v. Poland* case³⁶ in which the ECtHR found a violation of Article 6 § 1 in conjunction with Article 6 § 3 of the ECHR. In this case, the applicant signed the report from the interrogation, while being informed about her right to a lawyer and her right to refuse to testify. The applicant was arrested on a charge of murder. The day after her detention, she was presented with the charges and familiarized with the list of procedural rights and obligations, which she confirmed with her handwritten signature. On that day the suspect was interrogated by a prosecutor. In her explanation one day and two days after the arrest, she stated that the victim (the deceased) was a friend of hers from work with whom she used to consume alcohol. She also raised the fact that she had been an alcoholic for 20 years and that she did not remember the whole event exactly, but only that there was an argument between her and the victim while they were drinking alcohol together and that she hit him a few times with scissors. In deciding the case, the ECtHR found that the suspect had not made a clear and unequivocal waiver of her right to a defense counsel, particularly during the interrogation when the applicant pleaded guilty in the absence of her lawyer. Although the applicant withdrew her previous statements in the course of the court proceedings, it was the explanations submitted to the police officers that influenced her conviction and the final judgment.

³⁵ See JACKSON, D. John. Common Law Evidence and the Common Law of Human Rights: Towards a Harmonic Convergence? Towards a Harmonic Convergence?. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 27, n. 3, 2019, p. 690 and 710. VAN DE LAAR, Tom; DE GRAAFF, Regien. Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?. *European Human Rights Law Review*, v. 3, 2011, p. 304–317. About the psychological and humanitarian aspect of the right to a defence in an interesting way writes S. Trechsel, see, TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford New York: Oxford University Press: 2005, p. 245-247.

³⁶ The ECtHR judgement of 31 March 2009 in the case *Plonka v. Poland*, application no. 20310/02, § 42, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91927>.

The Court pointed out that the effectiveness of a waiver of rights under the ECHR depends on whether it takes place in an express and irrevocable manner and is accompanied by the provision of minimum guarantees appropriate to the gravity of the waiver³⁷. According to the Court, in the circumstances of the case, the notification, provided in the rights and obligations form, of the right to remain silent and to have a lawyer cannot be regarded as reliable, since the suspect suffered from an alcoholic disease and, together with the deceased, drank a significant amount of alcohol one day before her detention. There should be no doubt that the suspect was a vulnerable suspect and, therefore, the authorities conducting the process should have taken this fact into account during the interrogation, in particular with regard to the assessment of her right to have a lawyer during that part of the procedure³⁸. Having regard to those circumstances, the Court found that the absence of a defense lawyer at the first hearing undoubtedly had a negative impact on her procedural situation. Consequently, neither the subsequent representation of the applicant by a defense counsel nor the adversarial process of the court proceedings were capable of offsetting the negative consequences of the absence of a lawyer at the first interrogation.

In summary, several conclusions can be drawn from the statements of the ECtHR based on the judgment in the *Salduz v. Turkey* case. First of all, the court clearly emphasized the importance of legal assistance during the pre-trial phase. One might even say, that this constitutes formulation of the principle that as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect. However, the Court did not accept it in an absolute form, by pointing out that if, in the light of the specific

³⁷ The ECtHR judgement of 31 March 2009 in the case *Plonka v. Poland*, application no. 20310/02, § 37, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91927>. See the ECtHR judgement (Grand Chamber) of 25 October 2015 in the case of *Dvorski v. Croatia*, application no. 25703/11, § 100, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158266>

³⁸ The ECtHR judgement of 31 March 2009 in the case *Plonka v. Poland*, application no. 20310/02, § 38, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91927>; see also the ECtHR judgement of 5 September 2017 in the case of *Türk v. Turkey*, application no. 22744/07, § 53- 54, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-176760>;

circumstances of the case there are compelling reasons for restricting that right, that is permissible, although it must be exceptional³⁹.

Secondly, it is not permissible to use self-incriminating statements made by the suspect during the pre-trial proceedings before he or she had the opportunity to consult his lawyer. The ECtHR rightly underlined that a suspect's position at the early stage of criminal proceedings is particularly vulnerable also due to the complexity of rules governing gathering and use of evidence in criminal case⁴⁰.

Thirdly, for *vulnerable suspects*, advising them of their rights is not sufficient. If these persons are unable to assess their situation properly and understand the procedural consequences of waiving their right of access to a lawyer and their right to remain silent, it is the duty of the authorities conducting the proceedings to ensure that they are able to get the assistance of a lawyer before the first interrogation. Fourthly, if the suspect is conscious and there are no other circumstances suggesting that he or she should be considered as a *vulnerable suspect*, he or she may effectively waive the right of access to a lawyer and the right to remain silent, if he or she has been informed of this before the first interrogation⁴¹. He or she must make a free and informed decision to waive his or her rights. The mere fact of proceeding to provide explanations cannot be regarded as an effective and fully informed waiver of the right to have a defense counsel if the suspect has previously, prior to the interrogation,

³⁹ the ECtHR judgement of 21 December 2010 in the case of *Hovanesian v. Bulgaria*, application no. 31814/03, § 34, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102391>; the ECtHR judgement of 9 April 2015 in the case *A.T. v. Luxembourg*, application no. 30460/13..., § 64; the ECtHR judgement of 20 October 2015 in the case 25703/11, § 78, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158266>. GRABENWARTER, Christoph. *European Convention on Human Rights. Commentary*. München: C. H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos; Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, p. 159.

⁴⁰ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 27 November 2008 in the case of *Salduz v. Turkey*, application no. 36391/02, § 54.

⁴¹ A suspect cannot be found to have waived one's right to legal assistance if one has not promptly received information about this right after arrest, see the ECtHR judgement (Grand Chamber) of 12 May 2017 in the case of *Simeonovi v. Bulgaria*, application no. 21980/04, § 118, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172963>.

requested to be given access to his or her defense counsel, which has been ignored by the law enforcement authorities⁴².

The use of the Salduz doctrine in ECtHR's case-law confirm that the right of access to a lawyer does not arise solely in connection with possible interrogation of a suspect by the police and the risk of such a person giving incriminating statements. It applies during the entire interrogation phase and not simply prior to, or during, the questioning of the suspect⁴³. As indicated in the *Dayanan* case⁴⁴, the fairness of proceedings requires that lawyer be to accomplish the fundamental aspects of defense: discussion of the case, organization of the defense, collection of evidence favorable to the accused, preparation for questioning, support of an accused in distress and checking of the conditions of detention⁴⁵.

The applicant in this case remained silent throughout the entire period of police detention as well as during the trial. He was found guilty of belonging to a terrorist group based on other evidence. However, the Court found a breach of Article 6 § 1 of the ECHR in conjunction with Article 6 § 3 (c) in that the accused had no access to a lawyer during the time spent in police custody. The judgment in the *Dayanan* case was a decisive step towards an autonomous understanding of the right to legal assistance and the right to defense in the case law of the ECtHR. Whilst recognizing the importance of this right, the Court was right to conclude

⁴² See, the ECtHR judgement of 24 September 2009 in the case of *Pishchalnikov v. Russia*, application no. 7025/04, § 76-92, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94293>; about the defendant's free will during pre-trial detention, see SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, 2017, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>.

⁴³ On the scope of the concept of the right to legal advice, see LEVERICK, Leverick, Fiona. The Right to Legal Assistance During Detention. *Edinburgh Law Review*, v. 15, 2011, p. 354; GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale of the Right to Custodial Legal Assistance in Five Countries. *Human Rights Law Review*, v. 16, n. 1, 2016, p. 106.

⁴⁴ The ECtHR judgement of 13 October 2009 in the case of *Dayanan v. Turkey*, application no. 7377/03, § 32, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95015>.

⁴⁵ GRABENWARTER, Christoph. European Convention on Human Rights. Commentary, op.cit., p. 158.

that a breach of Article 6 § 3 (c) does not require proof that the absence of a lawyer during the initial police custody harmed the interests of the accused, e.g. by resulting in him giving testimony that incriminated him. In other words, the Court ruled that, generally speaking, restrictions on the right of access to a lawyer automatically constituted a breach of the accused's right to a fair trial

Finally, in *Pishchalnikov v Russia*, the ECtHR removed any doubts concerning the need for about the lawyer's presence at questioning, by holding that "who had expressed his desire to participate in investigative steps only through counsel, should not be subject to further interrogation by the authorities until counsel has been made available to him"⁴⁶. Such firm statements by the ECtHR allow us to assume that the Salduz doctrine also included the rule prohibiting the use of statements obtained during police interrogation in the absence of lawyers at trial, unless the suspect, fully aware of the significance and consequences of his decision, waives the opportunity to consult a counsel and the right to remain silent. The existence of such a prohibition was intended to prevent situations where the right to defense is irretrievably prejudiced. There is no doubt that such prejudice determines the overall fairness of a trial *per se* and is irreparable. It cannot be remedied without the exclusionary rule.

IV. EROSION OF THE SALDUZ DOCTRINE

The Salduz doctrine dominated the ECtHR's case-law for 8 years until the landmark judgment in the *Ibrahim and Others* case⁴⁷. Before any conclusions can be drawn from this case, the facts of the case

⁴⁶ See, the ECtHR judgement of 24 September 2009 in the case of *Pishchalnikov v. Russia*, application no. 7025/04, § 79, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94293>.

⁴⁷ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 11 September 2016 in the case of *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, application no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166680>. On the retreat from the Salduz doctrine, see more, CELIKSOY, Ergul, *Ibrahim and Others v. UK: Watering down the Salduz principles?* *New Journal of European Criminal Law*, v. 9, n. 2, 2019, p. 229-246; JASIŃSKI, Wojciech: Dostęp osoby oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą do adwokata na wstępnym etapie ścigania karnego – standard strasburski..., p. 28-29.

should be described in a few words. This case involved four bombers who planted explosives on the London transport system. The first three suspects were arrested and questioned by the police in urgent “safety interviews”. The interviews were held prior to providing the suspects access to legal advice. Under the Terrorism Act of 2000, interrogation could take place in the absence of a lawyer even before the detainee was given the opportunity to request legal assistance. During the interrogations, the suspects in question denied their involvement in the attacks and their explanations given during the “safety interviews” were counted as evidence for the purpose of the criminal trial. The Court had no doubt that at the time of their initial questioning by the police there was “an urgent need to avert serious adverse consequences for the life and physical integrity of the public”. This allowed the Court to conclude that there were compelling reasons for the temporary restrictions on their right to legal advice. The legal situation of the fourth applicant was different. He was not suspected of detonating a bomb and was initially questioned by police as a witness. During his testimony, however, he began to incriminate himself by confirming his relationship with one of the suspects immediately after the attacks and providing information about the help he gave him. Nevertheless, he was not formally detained or informed of his right to remain silent and his right to legal aid at that time. It was only after the interrogation was completed that he was formally detained and given legal assistance. Under the circumstances, the ECtHR concluded that the overall fairness of fourth applicant’s trial had been prejudiced by restricting his access to legal advice⁴⁸.

An analysis of the justification in the *Ibrahim and Others* case allows to draw the conclusion that for the ECtHR the right to early access to a lawyer is not aim in itself. In this case again the holistic approach was applied providing that each violation of this right must be examined with regard to the development of the proceedings as a whole and “not on the basis of an isolated consideration of one

⁴⁸ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 11 September 2016 in the case of *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, application no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 311.

particular aspect or one particular incident”⁴⁹. Further on, the Court unequivocally stated that “where a respondent government have convincingly demonstrated the existence of an urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity in a given case, this can amount to a compelling reason to restrict access to legal advice for the purposes of Article 6 of the ECHR.”⁵⁰ In allowing an exception to the right of access to counsel, the Court added that the criterion of compelling reasons should be based on domestic law and interpreted narrowly⁵¹.

The ECtHR stressed, however, that even the absence of compelling reasons does not automatically lead to a violation of rights under Article 6. Also in this situation, it is necessary to conduct to overall fairness test in order to decide on the violation of Article 6 rights. An important consequence of the judgment in the *Ibrahim and Others* case was that the ECtHR clarified the test on whether a restriction on access to a lawyer is compatible with the right to a fair trial. The test set out in *Salduz* was composed of two stages. In the first stage the Court must assess whether or not there were compelling reasons to justify the restriction on the right of access to a lawyer. In the second stage, it must examine the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings. Unfortunately, in the *Ibrahim and Others* case the Court confirmed the need for both the two-stage test and accepted the possibility that evidence obtained from a suspect in violation of his right of access could be used to his prejudice at his trial. Moreover, in this case a non-exhaustive list of factors to be taken into account when assessing the proceedings as a whole was adopted defined, i.e.: the age or mental capacity, the legal framework governing the pre-trial proceedings and the admissibility of evidence at trial, the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use, the use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed significant part of the probative evidence upon which the conviction was based, whether the assessment of guilt was

⁴⁹ *Ibid.*, § 251.

⁵⁰ *Ibid.*, § 259.

⁵¹ *Ibid.*, § 258.

performed by professional judges, and the weight of the public interest in the investigation⁵².

The adoption of the above “non-exhaustive list” of factors to be taken into account in order to assess the impact of procedural failings at the pre-trial stage resulted in a departure from the standard of access to a lawyer at the pre-trial stage as proposed in the *Salduz* case. The list of circumstances, presented by the ECtHR, is arbitrary. Consequently, the predictability of the Strasbourg Court’s decisions is limited. Depending on the failing that is found to be decisive, it may turn out that obtaining incriminating evidence in the absence of a lawyer and its use in the trial is not decisive for verification of procedural fairness. Moreover, the very selection of the failings that occurred at the pre-trial stage is unclear. It is unreasonable to place in the same category the infringement of the rights of a vulnerable suspect, with the possibility of using incriminating statements obtained from an interrogated person who has been deprived of any contact with a lawyer, and a situation where the assessment of an accused person’s guilt was made by a professional judge or a jury and the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offense in issue. Nor can it be concluded that adjudication of a case by a jury or the possibility of challenging in a trial the incriminating statements obtained from a suspect when his or her right to be assisted by a lawyer had been restricted is in any way likely to “heal” the criminal process as a whole when one of the main determinants of fairness of the criminal proceedings, i.e. the right to a lawyer, has been violated in the pre-trial proceedings. This is true regardless of how we view the rules of analysis of failings that occur at the pre-trial stage that were adopted in the *Ibrahim and Others* case and in what configuration they occur. This is because, the right to defense is always irreversibly compromised when incriminating testimony given without access to a defense counsel is used in criminal proceedings. Finally, it should be added that the negative effect of the ECtHR’s approach is that, in principle, there is no clear country-specific guidance on how to create national rules for ensuring effective

⁵² The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 11 September 2016 in the case of *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, application no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, , § 274.

access of suspects to lawyers. The ECtHR's imprecise way of assessing the fairness of the proceedings requires a case-by-case approach and makes it difficult to decide in general way that could serve as a binding guide on how the various factors affect the assessment of compliance with the procedural fairness requirement.⁵³

The judgment in the *Ibrahim and Others* case, due to the large number and the variety of the criteria for assessing the fairness of the proceedings as a whole, opened the possibility to reduce the guaranteed protection as regards access to a lawyer. Also not without significance was the ECtHR's conclusion that even where there has been an unjustified restriction of the right of access to a lawyer and the suspect has made incriminating statements and these have been used against him or her, a breach of Article 6 § 3 (c) of the ECHR does not have to have taken place. After *Ibrahim and Others* case, the erosion of the Salduz doctrine quickly began, with the consequent weakening of the suspect's rights at the initial stage of criminal proceedings. This is evidenced by the judgments issued following the judgment in the *Ibrahim and Others* case in which the Court found no infringement of Article 6 § 3 (c) of the ECHR, even though the applicant was unjustifiably denied access to a lawyer and made incriminating statements that were used against him⁵⁴. On the basis of

⁵³ The only advantage that results from the judgment in *the Ibrahim and Others* case appears to be the fact that the ECtHR expressly confirmed that the right to be assisted by a lawyer applies from the moment a person is accused of an offense in the autonomous sense of the term given to it by the ECtHR case law. Therefore, the right does not apply from the time of the first interrogation, when the person is formally presented with charges, but from the time of the first action of the authorities conducting the process that is aimed to prosecute the person. See also the discussion on *the Ibrahim and Others* case, GOSS Ryan, Out of Many, One? Strasbourg's Ibrahim decision on Article 6, *The Modern Law Review*, v. 80, no 6, 2017, p. 1137-1163; CELIKSOY, Ergul. *Ibrahim and Others v. UK: Watering down the Salduz principles?* *New Journal of European Criminal Law*, v. 9, n. 2, 2019, p. 229-246; GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*. Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 165-199.

⁵⁴ In this case, the ECtHR has done away with the automatic exclusion of statements received in a context of the unlawful restriction of the right of access to a lawyer, see SOO, Anneli. *Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the uk* (13th of September 2016). *European Journal of Crime, Criminal*

recent judgments of the Court⁵⁵, it must be assumed that the aim is no longer to ensure that every suspect has access to a lawyer before the first questioning and, in the event of a failure to fulfill that obligation, to declare a breach of Article 6 § 3 (c) of the ECHR. The exclusion of incriminating statements obtained during such a questioning as evidence in the trial is also less important. What becomes more and more important is the right to be informed about the content of the charges and the right to remain silent, and not to be forced to make statements in the absence of a lawyer if the suspect has refused to make them or has stated that he or she would not make any statements until he or she has consulted a lawyer. The ECtHR stresses that in principle there can be no justification for a failure to notify a suspect of these rights.

Such a conclusion can be reached by reading of the judgment in the *Simeonovi v. Bulgaria* case⁵⁶, which argues that the lack of information about rights, the fact that advantage was taken of a person's insufficient awareness of his rights, and the violation of the right not to incriminate oneself violates the fairness of the proceedings more than a temporary restriction of contact with a lawyer.

The Court's position expressed in the *Ibrahim and Others* case is also followed in the *Beuze v. Belgium* case⁵⁷. In the *Beuze* case, a two-step test was introduced, in accordance with which the Court ought first of all to consider whether there are compelling reasons that justify restricting

Law and Criminal Justice, v.25, n. 4, 2017, p. 335. See also the ECtHR judgement of 16 February 2017 in the case of *Artur Parkhomenko v. Ukraine*, application no. 40464/05, § 83-91, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171473>.

⁵⁵ See, the ECtHR judgement (Grand Chamber) of November 2018 in the case of *Beuze v. Belgium*, application no. 71409/10, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187802>; the ECtHR judgment of 27 April 2017 in the case of *Zherdev v. Ukraine*, application no. 34015/07; he ECtHR judgement (Grand Chamber) of 12 May 2017 in the case of *Simeonovi v. Bulgaria*, application no. 21980/04, § 118, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172963>.

⁵⁶ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 12 May 2017 in the case of *Simeonovi v. Bulgaria*, application no. 21980/04, § 138-143.

⁵⁷ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of November 2018 in the case of *Beuze v. Belgium*, no. 71409/10.. See more CELIKSOY, Ergul. Overruling 'the Salduz Doctrine' in *Beuze v Belgium*: The ECtHR's further retreat from the Salduz principles on the right to access to lawyer. *New Journal of European Criminal Law*, v. 10, n. 4, 2019, p. 342-362.

an applicant's access to a lawyer. In the absence of such compelling reasons, the Court should merely apply a "strict scrutiny" to the second stage of the test, which requires an assessment of the overall fairness of the proceedings, using the criteria from the *Ibrahim and Others* case⁵⁸. In this judgment, the ECtHR departed from its earlier assumption that a restriction on access to a lawyer of a systemic nature (i.e. where national legislation prohibits contact with a defense counsel) results in automatic violation of Article 6 § 1 and § 3 (c) of the ECHR.

The above position was quite soon confirmed in the *Zherdev v. Ukraine*⁵⁹ and *Doyle v. Ireland* case⁶⁰. In the first judgement, the ECtHR pointed out that the courts deciding the case did not rely on an admission made in the absence of alawyer. The defendant was also allowed to challenge the authenticity of the incriminating evidence at the trial, he did not withdraw his guilty plea, and there was other decisive evidence that determined the conviction. Given that the case involved murder, the ECtHR had no doubt that there was a public interest in holding the perpetrator criminally liable. Consequently, the ECtHR assumed, despite the applicant's age, that there had been no violation of Article 6 § 1 and § 3 (c) of the ECHR. The significance of inculpatory evidence other than the confession and the defendant's procedural position in the main proceedings weighed on this decision.

A similar conclusion was reached by the ECHR, in the *Doyle v. Ireland* case. In that judgment the Court concluded that there had been no breach of Article 6 § 3 (c) of the ECHR, although the total time for interrogation of the suspect in the pre-trial phase was 31 hours and the duration of the contact with a lawyer at that stage of the criminal proceedings was 42 minutes. It is a fact that there was contact with a lawyer, but two circumstances must be highlighted. Firstly, the time of contact with the lawyer was disproportionately short in relation to the

⁵⁸ The ECtHR judgement (Grand Chamber) of 11 September 2016 in the case of *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* application no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 145.

⁵⁹ The ECtHR judgment of 27 April 2017 in the case of *Zherdev v. Ukraine* application no. 34015/07 § 161–169.

⁶⁰ See, the ECtHR judgment of 24 May 2019 in the case of *Doyle v. Ireland*, application no. 51979/17, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193083>.

total length of the several interrogations and it took place before and never during the interrogations. The question of whether it is possible to provide effective legal assistance in such a short period of time should be considered to be rhetorical⁶¹. One must agree with the critical view of this judgment, which was expressed in a dissenting opinion to the judgment in the *Doyle v. Ireland* case by judge Ganna Yudkivska. She stated that in that case, not only is it impossible to speak (regardless of the reasons for such a duration of the contacts) of provision of any effective legal assistance, but “in principle the circumstances constituted a complete mockery of legal assistance.”

The *Doyle v. Ireland* case involved factual circumstances similar to the *Salduz* case, in which the applicant’s restricted access to a lawyer arose from a systemic, mandatory, and general restriction of suspects’ access to a lawyer in the respondent state’s national law. Such a restriction was determined to have irreparably prejudiced the proceedings and thereby constituted a violation of Article 6 § 1 and § 3 (c) of the Convention. This case thus illustrates that the Court has made a dramatic U-turn from one of its most progressive judgments, the *Salduz* case, with its unequivocal prohibition of any blanket restriction on defense rights. The cases presented above demonstrate that a mere violation of the right to contact a counsel does not automatically give rise to a finding of unfairness of the pending proceedings. Such a conclusion can be reached only after it has been established that the conduct as a whole violated the standards arising under Article 6 § 1 and § 3 (c) of the Convention. The vagueness of the criteria set out in the *Ibrahim and Others* case not only makes the jurisprudence of the ECHR far from consistent, but also undermines the rights of the defense and the fairness of the proceedings. Those cases in which, in the absence of a counsel, evidence was admittedly obtained, but was not incriminating, do not appear to be

⁶¹ In her dissenting opinion, ECtHR judge Ganna Yudkivska raises further questions: Did the length of contact between the suspect and the lawyer allow for consideration of different defense strategies? Can we allege that a thorough discussion of the applicant’s previous interview and preparation for the subsequent one took place each time? It is noteworthy that even during the applicant’s crucial 15th interview, prior to making his confession, his communication with his solicitor lasted for only 4 minutes. More information can be found in the ECtHR judgment of 24 May 2019 in the case of *Doyle v. Ireland*, application no. 51979/17.

controversial. Of concern are those cases where incriminating evidence was obtained in the absence of a counsel and the ECtHR did not find a violation of the general fairness of the proceedings.

V. CONCLUSION

The case law of the ECtHR sets the standard of protection of rights and freedoms in the territory of those Member States of the Council of Europe that have ratified the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950. The analysis carried out showed the clear evaluation of the case law of the ECtHR in relation to the standard of access of a suspected offender to an advocate at the initial stage of criminal prosecution. The first breakthrough was the judgment in the *Salduz* case, which defined the scope of the right to lawyer and the fairness of the proceedings. First, suspects must be able to enter into contact with a lawyer from the time when they are taken into custody. In particular, this possibility should exist before the suspect is questioned. Second, suspects have the right to the physical presence of an attorney during initial police interrogation. This opportunity should also exist when they are questioned in the subsequent pre-trial proceedings. And third, it is forbidden to use incriminating statements obtained during an interrogation held in the absence of a lawyer.

The standard of access to a lawyer adopted in the *Salduz* and post-*Salduz* case-law increased the protection of a defendant and strengthen his/her position in the criminal proceedings, building up clear European standard of access to a lawyer. This standard was also beneficial to the adversarial model of criminal procedure. It forced the prosecutorial organs to find convincing evidence of guilt instead of simply relying on self-incriminating statements of a suspect provided without prior consultation with a lawyer. It appeared that the judgment in the *Salduz* case, which was a Strasbourg equivalent of the US Supreme Court's 1963 judgment in the *Miranda v. Arizona* case, would become a permanent part of the case law of the ECtHR⁶². Unfortunately, in the subsequent case-law the Court

⁶² WEISSELBERG, D. Charles. Exporting and importing *Miranda*. *Boston University Law Review*, v. 97, 2017, s. 1258-1279.

decided to water down the strict approach applied in *Salduz* case. After 8 years of the Salduz doctrine, the Court took a significant step backwards in 2016 with its judgment in the *Ibrahim and Others* case. It withdrew from the previous assumption that the absence of reasonable grounds for restricting access to a lawyer automatically results in a violation of the right to a fair trial. Instead, the ECtHR adopted an open and imprecise list of failings that should be taken into account when assessing the fairness of the criminal proceedings as a whole. This approach prevents the formulation of clear country-specific guidelines on how to ensure effective access to a lawyer for suspects, but also how to ensure the fairness of a criminal trial at an early stage of criminal procedure.

REFERENCES

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. *Res Interpretata, Erga Omnes* Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 3, p. 819–843, 2017, <https://doi.org/10.1093/ejil/chx045>

BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, C. Stephan. A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, C. Stephen; LYNN, Veronica (eds.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*. Springer International Publishing, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-43123-5_2

BEIJER, Annemarieke. False confessions during police interrogations and measures to prevent them. *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, n. 18, p. 311–348, 2010, <https://doi.org/10.1163/157181710x12816005399159>

BERGER, Mark. Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence. *European Human Rights Law Review*. vol. 5, p. 514–533, 2007.

BLACKBURN, Robert; POLAKIEWICZ, Jörg (eds). *Fundamental rights in Europe: the European Convention on Human Rights and its member states, 1950–2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

BODNAR, Adam. *Res Interpretata: The Legal Effect of the European Court of Human Rights Judgments for Other States Than Those Which Were Party to*

the Proceedings. In: HAECK, Yves; BREMS, Eva (eds.). *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer Netherlands, 2014, http://dx.doi.org/10.1007/978-94-007-7599-2_10

CELIKSOY, Ergul. Ibrahim and Others v. UK: Watering down the Salduz principles? *New Journal of European Criminal Law*, v. 9, n. 2, p. 229-246, 2019, <https://doi.org/10.1177/2032284418778149>

CELIKSOY, Ergul. Overruling 'the Salduz Doctrine' in *Beuze v Belgium*: The ECtHR's further retreat from the Salduz principles on the right to access to lawyer. *New Journal of European Criminal Law*, v. 10, n. 4, p. 342-362, 2019, <https://doi.org/10.1177/2032284419879228>

CZERNIKA, Dominika. *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 9, p. Prawo podejrzanego do kontaktu z adwokatem (art. 6 ust. 3 lit. c EKPCz) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, p. 28-39, 2017.

DZIERŻANOWSKA, Joanna. Access to a Lawyer for a Suspect at Early Stage of Criminal Proceedings and Its Participation in Investigative Acts. *Review of European and Comparative Law*, v. 41, n. 2, p. 109-127, 2020, <https://doi.org/10.31743/recl.6153>

GERARDS, Janneke; FLEUREN, Josepf (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014.

GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale of the Right to Custodial Legal Assistance in Five Countries. *Human Rights Law Review*, v. 16, n. 1, p. 103-129, 2016, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngv039>

GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*. Oxford: Hart Publishing, 2019.

GINTER, Jaan; SOO, Anneli. The Right of the Suspect to Counsel in Pre-trial Criminal Proceedings, Its Content, and the Extent of Application. *Juridica International*, v. XIX, p. 170-178, 2012.

GORDON, Van Kessel. European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence. *West Virginia Law Review*, vol. 100, p. 799-845, 1999.

GOSS Ryan, Out of Many, One? Strasbourg's Ibrahim decision on Article 6, *The Modern Law Review*, v. 80, 6, p. 1137-1150, 2017, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12305>

GRABENWARTER, Christoph. European Convention on Human Rights. Commentary. München: C. H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos; Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

HARRIS, J. David; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Chris. Law of the European Convention on Human Rights. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995.

HASSEMER, Winfried. Human Dignity in the Criminal Process: The Example of the Truth-Finding. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, p. 185-198, 2011, <https://doi.org/10.1017/s0021223700001011>

HAECK, Yves; BREMS, Eva (eds.). Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, Springer Netherlands, 2014.

HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. Human dignity as a protected interest in criminal law, *Israel Law Review*, v. 44, p. 143-167, 2011, <https://doi.org/10.1017/S0021223700000996>

JACKSON, D. John. Common Law Evidence and the Common Law of Human Rights: Towards a Harmonic Convergence? Towards a Harmonic Convergence?. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 27, n. 3, p. 689-715, 2019.

JACKSON, D. John, Responses to Salduz: procedural tradition, change and the need for effective defence. *Modern Law Review*, v. 76, n. 6, p. 987-1018, 2016, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12227>

JASIŃSKI, Wojciech: Dostęp osoby oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą do adwokata na wstępnym etapie ścigania karnego – standard strasburski. *Europejski Przegląd Sądowy*, n. 1, p. 25-28, 2019.

LAGODNY, Otto. Human Dignity and Its Impact on German Substantive Criminal Law and Criminal Procedure. *Israel Law Review*, v. 33, n. 3, p. 575-591, 1999, <https://doi.org/10.1017/s002122370001606x>

LEVERICK, Leverick, Fiona. The Right to Legal Assistance During Detention. *Edinburgh Law Review*, v. 15, p. 352-380, 2011, <https://doi.org/10.3366/elr.2011.0057>

NEUMANN, Ulfried. Materielle und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 101, n. 1, p. 52-74, 1989, <https://doi.org/10.1515/zstw.1989.101.1.52>

OGORODOVA, Anna; SPRONKEN, Taru. Legal Advice in Police Custody: From Europe to a Local Police Station. *Erasmus Law Review*, v. 4, p. 191-205, 2014, <https://doi.org/10.5553/elr.000021>

OWUSU-BEMPAH, Abenaa. Silence in suspicious circumstances. *Criminal Law Review*, n. 2, p. 126-135, 2014.

PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. Vulnerable Groups. the Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law. *International Journal of Constitutional Law*, n. 11, 1056–1085, 2013, <https://doi.org/10.1093/icon/mot042>

RESS, Georg. The effects of decisions and judgments of the European Court of Human Rights in the domestic legal order. *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005.

SAKOWICZ, Andrzej. Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European Court of Human Rights case law. *Ius Novum*, n. 2, p. 120-136, 2018, <https://doi.org/10.26399/iusnovum.v12.2.2018.19/a.sakowicz>

SCHABAS, A. William. The European Convention on Human Rights. A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SCHLEGEL, Stephan; WOHLERS, Wolfgang. Der »Anwalt der ersten Stunde« in der Schweiz. *Strafverteidiger*, n. 5, p. 307-318, 2012.

SCHWEIGER, F. Theresa. Prozedurales Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2018.

SKORUPKA, Jerzy. O sprawiedliwości procesu karnego. Warszawa: WoltersKluwer, 2013.

SOO, Anneli. Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the uk (13th of September 2016). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v.25, n. 4, p. 327–346, 2017, <https://doi.org/10.1163/15718174-02504002>

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>

THAMAN, C. Stephan; LYNN, Veronica (eds.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*. Springer International Publishing, 2020.

TRECHSEL, Stefan. Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford New York: Oxford University Press: 2005.

TIMMER, Alexandra. A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights. In: FINEMAN, Albertson; GREAR, Anna (eds.). *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham: Ashgate, 2013.

VAN DE LAAR, Tom; DE GRAAFF, Regien. Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?. *European Human Rights Law Review*, v. 3, p. 304-317, 2011.

WALTOŚ, Stanisław; HOFMAŃSKI, Piotr. Proces karny. Zarys system. Warszawa: WoltersKluwer, 2020.

WĄSEK-WIADERER, Małgorzata: Model zakazów dowodowych z perspektywy Konwencji i orzecznictwa ETPCz. En: SKORUPKA, Jerzy; DROZD, Anna (eds.). *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa: C. H. Beck, 2015.

WEIGEND, Thomas. Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, p. 157-193, 2003.

WEIGEND, Thomas; GHANAYIM, Khalid. Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, p. 198-228, 2011, <https://doi.org/10.1017/s0021223700001023>

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 14/12/2020
- Desk review and plagiarism check: 20/12/2020
- Review 1: 05/01/2021
- Review 2: 10/01/2021
- Editorial decision: 18/02/2021
- Resubmission: 12/05/2021
- Review 3: 26/06/2021
- Review 4: 21/07/2021
- Preliminary editorial decision: 18/08/2021
- Correction round return: 02/09/2021
- Preliminary editorial decision 2: 20/09/2021
- Correction round return 2: 20/09/2021
- Final editorial decision: 02/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SAKOWICZ, Andrzej. Suspect's access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1979-2014, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.565>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Mapping out the path ahead for corporate criminal procedure law in People’s Republic of China

Traçando o caminho do futuro para o Direito processual penal da pessoa colectiva na República Popular da China

Hugo Luz dos Santos¹

Faculty of Law of University of Macau, People’s Republic of China
Forum for International Conciliation and Arbitration (Oxford, United Kingdom)

hugo.miguel.luz@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-0297-3546>

ABSTRACT: The tale of procedural fairness is, by now, familiar and well worn. People’s Republic of China criminal system of justice, which is currently gearing towards the pathway of procedural fairness, has (for the better or for the worse) attracted a wide global gaze. Irrespective of the underlying fairness (or the lack thereof) of the grievances brought forth by a worldwide phalanx of critics, China is steadily toiling towards the path of procedural justice, which is rooted firmly in the Rule of Law. Whilst procedural justice and procedural fairness map seamlessly on to the context of corporate criminal procedure law, there is bevy of critical questions that are in dire need of being consistently addressed nonetheless. One which is whether and to what extent politically-charged tools, which seemingly belie the western-borne concept of separation of powers (as the Supreme People’s Procuratorate Guiding Cases and, to some degree, Supreme People’s Court Judicial Interpretations) are amenable to forge the path ahead to meeting the fundamental tenets of due process in corporate criminal procedure law in Mainland China. Against this background, this paper aims to answer

¹ Bachelor Degree in Law (Faculty of Law of Coimbra, Portugal). PhD in Law (2019-2021), Faculty of Law of the University of Macau, China). Part-Time Lecturer at Faculty of Law of University of Macau (People’s Republic of China). Fellow at Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA, Oxford, United Kingdom). Awarded with the Fellowship of the Royal Society of Arts of United Kingdom (London, United Kingdom) “for outstanding contributions to rule of law, justice and policy worldwide”.

two sweeping research questions. Firstly, the degree to which corporate governance (and corporate compliance) subdues (and foremost trumps) corporate criminal liability. Secondly, whether and to what extent SPP Guiding Cases have catalyzed a seismic shift in People's Republic of China criminal procedural law. Conversely, one central contention of this paper is that a set of fairness-fraught corollaries can be withdrawn from SPP Guiding Cases with a view to map the path forward to fulfilling the baseline standards of both procedural fairness and procedural justice in People's Republic of China corporate criminal procedure law.

KEYWORDS: Corporate criminal procedure law; People's Republic of China; Supreme People's Procuratorate Guiding Cases; procedural fairness; procedural justice; due process.

RESUMO: *A narrativa que gravita em torno da justiça processual é, no momento que nos interpela, assaz conhecida. O sistema de administração de justiça penal chinês, que está a encetar uma consistente trajectória de aproximação aos prolegómenos essenciais da justeza processual, tem (para o bem ou para o mal) granjeado atenção à escala global. Sem embargo da justeza (ou falta dela) do entono crítico desferido por uma plêiade de detractores à escala mundial, a China tem envidado hercúleos esforços no sentido de caminhar na direcção da justeza processual, que se propugna firmemente no Estado de Direito. Embora a justeza processual e a justiça processual se enquadrem harmoniosamente no desenho funcional do processo penal da pessoa colectiva, denota-se, contudo, a existência de um conjunto de questões nucleares que devem ser consistente e acuradamente abordadas. De entre as quais se enumera a questão de se saber em que medida instrumentos de cariz vincadamente político, que, aparentemente, brigam frontalmente com conceitos jurídicos anquilosados no ideário jurídico ocidental, como o princípio da separação de poderes (v.g. os Casos Vinculantes emitidos pela Procuradoria Geral do Povo Chinês ou, de forma essencialmente similar, as interpretações judiciais gizadas pelo Supremo Tribunal do Povo Chinês) avocam a virtualidade de encetar, em si mesmo tomados, uma trajectória (consistente) de aproximação aos pilares identitários de um processo justo e equitativo, que se move no horizonte funcional do processo penal da pessoa colectiva da China Continental. Ancorados no enquadramento temático que antecede, este artigo doutrinal tem como objectivo primacial responder a duas questões-volantes. Em primeiro lugar, em que medida o governo societário (e o cumprimento normativo) fagocita (e, sobretudo, pulveriza) a responsabilidade penal da pessoa colectiva. Em segundo lugar, se e em que medida de significado funcional os Casos Vin-*

culantes esculpidos laboriosamente pela Procuradoria Geral do Povo Chinês tiveram o condão de provocar uma mudança de paradigma no processo penal da República Popular da China. De tal facto se infere que uma das ideias motrizes que avulta deste artigo doutrinal radica no axioma de que se pode decantar (ou extrair) um conjunto de corolários jurídicos (que são vastamente perpassados por considerações de justeza processual) dos Casos Vinculantes emitidos pela Procuradoria Geral do Povo Chinês, que se colimam à criação de parâmetros referenciais de justeza processual e de justiça processual em torno dos quais deverá gravitar o processo penal da pessoa colectiva da República Popular da China.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito processual penal da pessoa colectiva; República Popular da China; Compilação de Casos Vinculantes emitidos pela Procuradoria Geral do Povo Chinês; justeza processual; justiça processual; processo justo e equitativo.*

摘要:

迄今为止，程序上公平的故事已经为人熟知且司空见惯了。中华人民共和国的刑事司法系统正在走向程序公正化的道路，它已经（无论好坏）都吸引了全球的关注。不管世界各地的批评者提出的不满是否公平，中国都在稳步地朝着扎根于法治的程序正义道路努力。虽然程序正义和程序公平无缝地映射到公司刑事诉讼的背景下，但仍有一些关键问题迫切需要得到解决。这个制度是否以及在多大程度上带有政治色彩，该制度似乎与西方的三权分立概念背道而驰（如最高人民检察院指导性案例，最高人民法院的司法解释等在某种程度上的体现）。但这个制度能够开拓前进的道路，以符合中国内地公司刑事诉讼中正当程序的基本原则。

在此背景下，本文旨在全面回答两个的论题：首先，公司治理（和公司合规）在多大程度上降低了（最重要的是胜过）公司刑事责任。其次，最高人民法院指导性案例是否以及在多大程度上促进了中华人民共和国刑事诉讼法的巨变。

反之，本文的一个中心论点是，可以从最高人民法院指导性案例中取出一系列充满公平性的推论，以绘制出实现中华人民共和国程序公平和程序正义基线标准的前进道路——中国公司刑事诉讼制度。

SUMMARY: Introduction; 1.The design of effective corporate compliance programs matters indeed: The interplay between corporate governance and the minimization of corporate criminal liability; 2.The procedural legality turn in the criminal procedure law of People´s Republic of China catalyzed by Supreme People´s Procuratorate Guiding Cases: Introduction; 3.Fairness-fraught corollaries than can be withdrawn from the legality turn catalyzed by SPP Guiding Cases: The right to a fair trial and the right to an effective defence should be allotted to corporations; 4. Concluding remarks; References.

INTRODUCTION

People´s Republic of China´s criminal procedure law stands at a critical juncture: clutch both social stability and legal security amidst troubled times. Yet troubled times, albeit conflict-ridden, seldom stand in the way of change. Rather, troubled times, if nothing else, unlock endless opportunities to gain access to the hallowed stairways of legality. Troubled times, like rocky roads, often lead to dazzling (even riveting) destinations. No matter how quixotic and paradoxical that may sound at first blush.

Axiomatic as it is, China has weathered the storm of legal havoc which has beset (and therefore frayed) the fabric of its criminal procedure law for a long-drawn-out². The pendulum of procedural fairness has thereby swung far and hard against the abhorrent unlawfulness, which rendered legal havoc tokenistic.

The quintessential Supreme People´s Procuratorate (SPP) Guiding Cases played a pivotal role in catalyzing a seismic shift (towards procedural

² Hawes, Colin, Transforming the culture of Chinese Prosecutors through Guiding Cases, *New Criminal Law Review*, 23, n.º 2, 2020, pp. 196-235 (posits that “during regular “strike hard” campaigns against crime from the 1980´s to early 2000s, this has led them to prosecute suspects indiscriminately (in collaboration with police and courts), without regard to proportionate sentencing principles, in order to meet arbitrarily quotas for criminal conviction”). Concurring: Shiyuan, Huang, Chinese Wrongful Convictions: Causes and Prevention, *University of Cincinnati Law Review*, 80, 2012, pp. 1218 and ff.

fairness) in People's Republic of China criminal procedural law while vanquishing (and in the overwhelming majority of the cases lashing out and upending) the greatest foes of due process of all: raging legal havoc and gruesome injustice. As a result, perceptions of procedural fairness, a by-product of both due process and natural justice³, are currently the norm rather than the exception in People's Republic of China criminal procedural law.

Perceptions of procedural fairness, which are paramount to instill trust upon defendants⁴, are slowly (yet steadily) being doled out to the latter in a regular basis. Which embodies nothing but a yearning hope that things (procedurally speaking) are to bode well in China as perceptions of procedural fairness (coupled with a sought-after procedural justice) amount as the harbinger (truly the forebear) of legal security and due process, which, taken together, are not by any means to be shrugged off in the remit of criminal procedural law⁵.

³ The principle of natural justice is deeply woven into the fabric of natural law, whose pillars were laid down by Hugo Grotius and Leibniz and subsequently embraced by John Finnis. See, respectively, Grotius, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, cap. XVII, I. Paris: Presses Universitaires de France (2nd edition of 2016) (1625: 1st edition), pp. 1-894 (this learned author contends that the human community (and law) is (are) underpinned by the human reason as opposed to the serpentine, fiddly and whimsical instinct. Such a stance dovetails smoothly with a Latin maxim, which reads as follows: *Ius naturale est dictatum rectae rationis*). In Latin language: Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (The New Method of Learning and Teaching Jurisprudence According to the Principles of the Didactic Art Premised on the General Part and in the Light of Experience: A Translation of the 1667 Frankfurt Edition with Notes by Carmelo Massimo de Iulii. Ringwood, Hampshire, United Kingdom: Talbot Publishing, 2017, pp. 1-213. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2011/2018, pp. 1 ff and passim (contends that is crucially important to ferret out the set of reasons that favour having law – or a universe of regulations consistent with the rationale behind the former - from the “*first-person perspective of practical reason*”).

⁴ Hussemann, Jeanette/Siegel, Jonah, Pleading Guilty: Indigent Defendant Perceptions of the Plea Process, *Tennessee Journal of Law and Policy*, 13, 2019 (highlighting the multifarious benefits of procedural fairness and procedural justice in criminal procedure law from the perspective of the defendant).

⁵ Johnson, Thea, Public Perceptions of Plea Bargaining, *American Journal of Criminal Law*, 46, n.º 1, 2019, pp. 133-156 (136) (argues that criminal

Law and order, one of the flagships of modern China, seeks both to fight crime⁶ and attain social control. In an earnest attempt to grasp such a laudable goal, both fairness and transparency⁷ (as opposed to an illegal and thereby harrowing disfranchisement of civil rights⁸) must be at the forefront of clean and seamless criminal proceedings. Lest a given system of administration of justice wants to shun the jarring sobriquet of “mockery of justice”⁹, fairness and transparency must spearhead criminal proceedings. Unlawfulness, the twin brother of legal havoc, must be trounced if a given system of criminal justice is to climb up the ladder that leads to the Olympus of procedural legality: due process, which dwells on the other end of the spectrum of both procedural fairness and procedural justice. Be that in China or elsewhere. It is no different in the remit of corporate criminal procedure law¹⁰.

To the extent that fairness and transparency play (in concert) a key role in shaping a seamless corporate criminal procedure law in People’s Republic of China, corporations must be allotted clear and unambiguous

procedure law is of paramount importance “as the criminal justice touches the lives of so many people in the country”).

⁶ Bandes, Susan A., Video, Popular Culture, and Police Excessive Force: The Elusive Narrative of Over-Policing, *University of Chicago Legal Forum*, 2018, pp. 1-3 (states that “policing as an exercise in crime-fighting and peace-keeping”).

⁷ Bibas, Stephanos, Transparency and Participation in Criminal Procedure, *New York University Law Review*, 81, 2006, pp. 911 ff.

⁸ Bains, Chiraag, “A Few Bad Apples”: How the Narrative of Isolated Misconduct Distorts Civil Rights Doctrine, *Indiana Law Journal*, 93, 2018, pp. 29 and ff (argues that police misconduct undermines, taints and sullies constitutional protections afforded to defendants in criminal procedure law).

⁹ Byrne, Mari, “Baseless Pleas: A Mockery of Justice”, *Fordham Law Review*, 78, 2010, pp. 2961 and ff.

¹⁰ Reilly, Peter, Negotiating Bribery: Toward Increased Transparency, Consistency, and Fairness in Pretrial Bargaining Under the Foreign Corrupt Practices Act, *Hastings Business Law Journal*, 10, 2014, pp. 347-378 (asserts that “given the enormous leverage in the negotiation, the DOJ can oftentimes negotiate favourable prosecution agreements, whose terms can include large financial penalties, significant internal business reforms, and cooperation in pursuing the company’s individuality culpable directors, executives, managers, and/or employees”).

guidelines to steer them towards corporate compliance¹¹ while shaping a good corporate citizenship¹².

Against this background, the Chinese judiciary must assist corporations in navigating through the sinuous road of corporate compliance as to both avoid corporate criminal liability and to lay down the foundations upon which stands an ethical corporate culture that wishes the latter away. It boils down to nudge corporations towards more rational (therefore) legal avenues – the gist of behavioral ethics¹³, which stands as a burgeoning body of cognitive research¹⁴ of paramount importance in the breadth and scope of corporate criminal procedural law¹⁵. An overriding goal that both SPP Guiding Cases and Supreme People’s Court of China Judicial Interpretations have neither lost sight of nor have overlooked.

With this context in place, this paper seeks to map the path forward to shaping a new corporate criminal procedural law – an utterly uncharted and untapped universe in Mainland China – that draws on

¹¹ But see: Bird, Robert C./Park, Stephen Kim, The Domains of Corporate Counsel in an Era of Compliance, *American Business Law Journal*, 53, 2016, pp. 203-229 (stating that companies ‘directors remain fully accountable for corporate compliance nonetheless).

¹² But see: Tippet, Elizabeth/Alexander, Charlotte S./Eigen, Zev J., When Time-keeping Software Undermines Compliance, *Yale Journal of Law and Technology*, 19, 2017, pp. 1 and ff (alerting to the harmful and faulty software can tarnish – in that they bypass and circumvent - entire corporate compliance programs).

¹³ Kaplan, Jeffrey M., *Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines*, & 6: 21. Westlaw: Thomson Reuters, 2021 (arguing that “behavioural ethics has potentially significant implications for many aspects of compliance and ethics programs”).

¹⁴ Haugh, Todd, Nudging Corporate Compliance, *American Business Law Journal*, 54, 2017, pp. 683-705 (positing that behavioral ethics boasts multitudinous implications for criminal procedure law while laying down the foundations upon which stands a batch of unnumbered behavioural compliance strategies).

¹⁵ Murphy, Diana E., The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics, *Iowa Law Review*, 87, 2002, pp. 697-711 (arguing that Organizational Guidelines resonate with, and are the encapsulation of, an enticement (encouragement?) of “good corporate citizenship” which oftentimes constitutes the breeding ground for both behavioural ethics and effective corporate compliance programs).

the robust pillars of procedural fairness and procedural justice: the cornerstones of due process.

This paper proceeds in four parts. Part I will be geared towards briefly establishing an interplay between corporate governance and a to-be-avoided corporate criminal liability. Part II fleshes out the procedural legality turn in People’s Republic of China criminal procedure law catalyzed by SPP Guiding Cases while canvassing the rationale behind such a seismic shift. Part III shines a keen light on the cultural and legal changes (from both a perspective and prospective standpoint) set in motion by SPP Guiding Cases while parsing its impact on corporate criminal procedure law. Part IV wraps up this long-winded paper by summarizing its main findings.

1. THE DESIGN OF EFFECTIVE CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS MATTERS INDEED: THE INTERPLAY BETWEEN CORPORATE GOVERNANCE AND THE MINIMIZATION OF CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

China is a behemoth country whose cultural background rests upon robust Confucianism¹⁶ traits¹⁷. The sweeping aims of both preserving social harmony¹⁸ and maintaining social stability are lodged

¹⁶ Shiga has contended that civil justice in imperial China, which was deeply embedded in Confucianism traits, stood as a quintessential form of ‘Kadi’ justice in which magistrates would arbitrarily (thus willingly) decide (and dispose) cases anchored in a vast array of Confucian moral principles as opposed to statutory law. Shiga, S., A Study of Chinese Legal Culture Focusing on the Litigation Landscape, *Journal of Comparative Law*, 3, 1988), pp. 18-26 [滋贺秀三 ‘中國法文化的考察以訴訟の形態為素材’ 1988年第3期 《比较法研究》 18-26]. See also: Chan, Peter Chi Hin, “The Enigma of Civil Justice in Imperial China, A Legal Historical Enquiry”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19, 2012, pp. 317-337 (whose research I have been following very closely).

¹⁷ In French doctrine, Escarra, Jean, *Le droit chinois*. Paris: Dalloz, 1918, pp. 9-12 (highlights the role of customary law and Confucianism «Rites» in Imperial China).

¹⁸ Confucianism has had a raging (and therefore profound) impact on dispute resolution in Hong Kong. See: Holloway, David, /Lin, Feng/Li, Linda Chelan/Zheng, Xiaohe / Kwok, Mantak, Strengthening Hong Kong’s Position as an Arbitration Hub in the Belt and Road Initiative, *International Arbitral Law Review*, 21,4, 2018, pp. 106-107 (“Hong Kong has a long history of providing

at its core¹⁹. Such an interplay, albeit seemingly unimportant at first blush, has a sizable impact on dispute resolution²⁰ in Mainland China²¹. The design of effective corporate compliance programs (企業合規項目) aimed at drastically abridge (in an ideal world upend) corporate criminal liability (公司刑事責) is not by all means an exception. To portray such a tandem, light must be cast upon the intrinsic linkage between a law-abiding corporate governance (公司治理) and a to-be-avoided corporate criminal liability²².

arbitration services. In the early years of Hong Kong as trade port, the traditional Chinese preference for informal justice over litigation was deep-rooted in the local communities”).

¹⁹ But see: Chan, Peter Chi Hin, *The Position of Mediation in Contemporary Chinese Civil Justice: A Proceduralist Perspective*, PhD dissertation in Civil Procedure Law, 2016, 65 (this learned scholar has drawn attention to the artificiality of this concept nonetheless: “The fabric of Chinese society is not enjoying the kind of stability and *true harmony* that could provide sustainability in the country’s development [...] Under the leadership of Hu Jintao, the CCP emphasized the need to maintain a «socialist harmonious society with a view to harness the economic opportunities through a sustainable and low-risk social engineering strategy. *The artificiality of the concept* of a «socialist harmonious society» is perhaps best illustrated in the way the leaders of the Chinese judiciary (especially during Wang Shengjun’s era) promoted the use of mediation to handle rising conflicts in the country”) (italics added).

²⁰ Huang, Jiali (Keli), One Country, Two Systems: Hong Kong’s Unique Status and the Development and Growth of Arbitration in China, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 18, n.º 2), 2017, p. 423 (argues that “China has maintained a negative bias against litigation and the social disharmony that accompanies it. *This cultural tradition carried over to the sphere of international commerce and trade*”) (italics added).

²¹ Chan, Peter Chi Hin, Civil mediation in imperial, republican and modern-day China Historical and cultural norms under the traditional Chinese legal order, *The Legal History Review*, 85, 2017), pp. 577-602 (578) (notes that “disputes should be resolved through mediation to *preserve social harmony*. Under the Confucian ideology, disputes of a civil nature should be settled through conciliatory means so that the amicable relations of the disputants could be maintained. *Litigation should be the last resort*”) (italics added).

²² On corporate criminal liability: BRITO, Teresa Quintela de. Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Vols. I e II, Dissertação de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012; - Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Juan-Luis Gómez Colomer (Org.), Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

The increasing importance (and dire need) of a law-abiding corporate governance is tightly interlocked with China's fast-paced economic growth. China was blessed by an unparalleled and unprecedented economic growth in previous decades, which has sent ripples across the world²³. There have been calls (often wrapped in opaqueness and beset by the devilishly harmful virus of unfairness) positing that China's judicial system is woefully ill-prepared to offer a befitted protection to the creditors²⁴ though. Such an in-dire-need-to-be-awarded protection to creditors stands at the heart of a sought-after law-abiding corporate governance to spawn effective corporate compliance programs, which, in crux, aim to avoid corporate criminal liability altogether. A law-abiding corporate governance legal framework²⁵ is thus closely connected with the sought-after instillment of trust

²³ "How China Runs the World Economy", *The Economist* (July 28, 2005), available at: <https://www.economist.com/leaders/2005/07/28/how-china-runs-the-world-economy> (accessed: 03.03.2021).

²⁴ World Bank Group, *Doing Business 2019, Training for Reform, Economy Profile: China*, World Bank Group, 3, 2019, , available at: https://www.worldbank.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf (accessed: 03.03.2021) (stressing that China's Judicial System ranks very low from the efficiency point of view)). This phenomenon has both a unwholesome and unfitting effect: the deprecation of *trust theory* (*Vertrauenslehre*), which runs through the backbone of any legal system. In general, about the utmost relevance of trust in contract relationships, chiefly from the *culpa in contrahendo* point of view. See: in German doctrine: Von Jhering, Rudolf, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1, 1981, pp. 327-425. In Italian doctrine: Marasco, Gerardo, *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: Cedam, 2006, pp. 18 e ss and passim.

²⁵ China has made significant headway in chiming in its commercial law with the baseline standards laid down by World Trade Organization (WTO) nevertheless. . See: Prime, Penelope B., *China Joins the WTO: How, Why, and What Now?*, *Business Economy, Business Economy*, 37, 2002, pp. 26-32, available at: <https://era.org/wp-content/uploads/china-joins-wto-1.pdf> (access: 03.03.2021) (posits that China has made a gargantuan effort to revamp the backbone of its commercial law).

(信任)²⁶, trustworthiness (誠信度)²⁷ and efficiency (效率)²⁸ on (of) a given system of administration of justice (既定的司法行政) with a view to wear down and (ideally) cast off the gruesome effects of white-collar crime (白領犯罪)²⁹ and economic-financial criminality (經濟金融犯罪) of which corporate criminality (公司刑事責任) stands as a capstone.

²⁶ Such findings are consistent with a piece of empirical evidence. See: Magalhães, Pedro C. /Garoupa, Nuno, Judicial Performance and Trust in Legal Systems: Findings from a Decade of Surveys in 20 European Countries, *Social Science Quarterly*, 2020, pp. 1 and ff(on the relationship between case's disposition time and the trust in their legal system, the findings arising out this survey have shown that "the longer the time that lower courts take, on average, to dispose of pending cases, the lower is the public's trust in their legal system").

²⁷ A research conducted on this purview has pinpointed an intrinsic linkage between *Justice*, *Trust* and *Trustworthiness*, thereby throwing a fresh light on their respective roles. See: Colquitt, Jason A./Rodell, Jessica B., Justice, Trust, and Trustworthiness: A Longitudinal Analysis Integrating Three Theoretical Perspectives, *Academy of Management Journal*, 54, 2011), pp. 1183 ff.

²⁸ But see: Global Pound Conference Global Trends Report from Herbert Smith Freehills and PwC, Global Pound Conference: Global Data Trends and Regional Differences Series, available at: <https://www.pwc.com/gx/en/forensics/gpc-2018-pwc.pdf> (access: 08.07.2021) ("when the global data was segmented by regions it was clear that *efficiency was the key priority in all regions except Asia*, where the key priority was the certainty and enforceability of outcomes. *This may indicate an important underlying difference about how stakeholders in Asia perceive non-adjudicative dispute resolution processes*") (italics added).

²⁹ The painstaking *headaches* that the criminal procedure law evangelists have been enduring for long-winded span of time are not to stave off anytime soon. On the opposite pole, they are bound to flare up anytime soon. Mostly on the account the threadbare *RisikoGesellschaft* (*society of risk*, *sociedad de riesgo* or *sociedade do risco*). See in Spanish doctrine on the interplay between *sociedad de riesgo* and the challenges arisen from it: Sánchez, Bernardo Feijoo, Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo»: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho Y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Ed. Colex, 2006, pp. 137 ff and *passim*. On the perceived hazard that criminal law becomes a *Symbolisches Strafrecht*: Hassemer, Winfried, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, *NSTZ*, München, 89, 2014, pp. 557 ff and *passim*. It is believed that *RisikoGesellschaft* is putting the fundamental tenets of criminal law at odds. The sub-prime crisis of 2008 (whose noxious effects are shaping up to be compounded by the worldwide pandemic spawned by Covid-19) laid bare the insufficiency (the lackluster of, coupled with, the dearth of) basic assumptions of criminal procedure law to tackle transnational and globalized white-collar crime. Against the backdrop of which

Against this background, this paper seeks to shine a keen light on the candent challenges that lie ahead for corporate criminal procedure law in Mainland China.

In addition to that, light will be cast upon the procedural features that China's corporate criminal procedure law must embrace in order to tackle effectively the scourge of corporate criminal liability.

2. THE PROCEDURAL LEGALITY TURN IN THE CRIMINAL PROCEDURAL LAW OF PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA CATALYZED BY THE SUPREME PEOPLE'S PROCURATORATE GUIDING CASES: INTRODUCTION

As hinted above, People's Republic of China legal landscape is changing³⁰. Such a thrust towards a sought-after change has pervaded (in that ran through) several legal areas³¹. Along with these winds of change came a yearning crave to ameliorate the backbone of China's criminal

a group of learned scholars boded the system's failure or (interchangeably) its decay (*Systemversagen*). See in Portuguese doctrine: Dias, Augusto Silva, O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas, *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, 0, 2014, pp. pp. 45-73. See in German doctrine: Naucke, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung*, LIT, 2012, pp. 8-72. See in Spanish doctrine: Rivas, Garcia, "Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financeira", Demetrio Crespo (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, 2014, pp. 19 ff. .

³⁰ Scholars have neither been coy nor bashful when it comes to (in that they have not refrain themselves from) bringing forward suggestions for improving the Chinese legal system. Against this background, it should amount to a startling finding that proposals aimed at accomplishing such a laudable goal abound accordingly. See: Hawes, Colin, How Chinese Judges Deal with Ambiguity in Corporate Law: Suggestions for improving the Chinese Case Precedent System, *Australian Journal of Asian Law*, 19, n.º 1, 2018, pp. 1-22.

³¹ The recent changes made in China's corporate bankruptcy law stand as a living testament of the ongoing effort to improve the overall functionality of internal laws. See: Shaowei, Lin, The Empirical Studies of China's Enterprise Bankruptcy Law: Problems and Improvements, in: *International Insolvency Review*, 27, 2018, pp. 77-85. The same goes to the insolvency law. See: Steele, Stacy et al., Trends and Developments in Chinese Insolvency Law: The First Decade of the PRC Enterprise Bankruptcy Law, in: *The American Journal of Comparative Law*, 66, 2018, pp. 669 e ss.

procedure law³². In a nutshell: to infuse a culture of legality to its criminal procedure law. Which begs the questions: how did we get here?³³ What was the rationale behind this legality turn in People's Republic of China? What made it possible? What is the impact (if any) that the foregoing legality turn has had on the remit of corporate criminal procedure law? To palatably (hence: thoroughly) answer these sizzling hot questions one must flesh out the pivotal role played by the Guiding Cases issued by the Supreme People's Procuratorate back in 2010, which were paramount as to morph the Chinese prosecutor culture while catering to the creation of a brand new dispute resolution mindset from scratch.

Such a paradigm shift has heralded the break of dawn of a new era in People's Republic of China criminal procedure law. From which a string of legality-driven corollaries can be withdrawn, as further shown below. More on this later.

Unlawful arrests and wrongful convictions³⁴, a murky shadow of a not-so distant past³⁵, which generally worked to the advantage of prosecutors³⁶ (the whooping majority of whom harboured eerily malevolent attitudes towards a cohort of defendants under the guise of, and mostly pursuant of, striking hard campaigns against crime³⁷) paints the gloomy picture of criminal proceedings which have fallen seriously short of matching the fundamental tenets of legality. Which has spawned unfettered

³² Finder, Susan, China's Evolving Case Law System in Practice, *Tsinghua China Law Review*, 9, 245, 2017, pp. 253 and ff (describes China's case law system in action while making suggestions eyeing its overall improvement).

³³ The sheer bulk of answers in this regard can be found in an excellent piece of research such as: Trevaskes, Susan, *Courts and Criminal Justice in Contemporary China*. Lanham, United States of America: Lexington Books, 2007, pp. 1-227.

³⁴ Jiahong, He, Case Study on the Causes of Wrongful Conviction in Chinese Criminal Proceedings, *Frontiers of Law in China*, 10, 2015, pp. 671 and ff.

³⁵ Shiyuan, Huang, Chinese Wrongful Convictions: Causes and Prevention, *University of Cincinnati Law Review*, 80, 2012, pp. 1219 and ff.

³⁶ Where judicial independence and procedural chivalry falters and therefore fizzles out, the door of procedural mayhem is ajar slightly. Take the abhorrent (and gruesome) situation in Egypt further a failed transition to democracy as to-be-frowned upon example. See: Aziz, Sarah F., Independence Without Accountability: The Judicial Paradox of Egypt's Failed Transition to Democracy, *Penn State Law Review*, 120, 2016, pp. 100 and ff.

³⁷ Trevaskes, Susan, *Courts and Criminal Justice in Contemporary China*, cit.

public distrust³⁸ espoused to a widespread outcry with the administration of justice in People's Republic of China³⁹. It is by no means flummoxing that a groundswell of grievances demanding immediate reforms⁴⁰ in the purview of criminal procedure law⁴¹ sprouted all over People's Republic of China⁴². As pointed out above, a paradigm shift was keenly needed.

Such a paradigm shift was set in motion by the Guiding Cases issued by the Supreme People's Procuratorate back in 2010, whose fundamental tenets will be skeletally remarked upon in the subsequent sections of this paper.

2.1. THE IMPACT OF SUPREME PEOPLE'S PROCURATORATE GUIDING CASES ON THE CREATION OF A LEGALITY-DRIVEN CRIMINAL PROCEDURE LAW IN CHINA: BRIEF (THUMBNAIL) SKETCH

Given the (boundless?) expansion of the *respondet superior* liability⁴³, there is (was) a perceived need to bestow upon corporations the

³⁸ Pei, Minxin, *China's Crony Capitalism: The Dynamics of Regime Decay*. Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 2016.

³⁹ Fu, Hialing, China's Striking Anticorruption Adventure: A Political Journey toward the Rule of Law?, *The Beijing Consensus? How China Has Changed the Western Ideas of Law and Economic Development*, Chen, Weitseng (Editor). Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 249-274.

⁴⁰ Lin, Xifen/Shen, Wei, Reforms to China's pretrial detention system: the role of the procuratorate, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 44, 2016, pp. 183-211.

⁴¹ Hawes, Colin, Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting & Discharging Judges, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, K. E. Malleon/Peter H. Russell (Editors). Toronto: University of Toronto Press, 2016, pp. 395-419.

⁴² Chen, Jianfu, *Criminal Law and Criminal Procedure Law in the People's Republic of China: Commentary and Legislation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2016.

⁴³ Larkin, Paul J./Seibler, John-Michael, All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability, *Stetson Law Review*, 46, 2016, pp. 7-8 (emphasizes that "bottom line is that a corporation is criminally, strictly, and vicariously liable for whatever crimes corporate personnel commit on company time unless they are on a frolic and detour for their own exclusive, personal benefit").

universe of procedural defences originally allotted to individual defendants in criminal procedure law⁴⁴. In a nutshell: procedural fairness and procedural justice, which, taken together, were brought about by the foregoing Guiding Cases⁴⁵ issued by the Supreme People's Procuratorate as far back as 2010.

The Guiding cases⁴⁶ resonate (d) with the protection⁴⁷ of basic due process⁴⁸ rights. The issuance of guiding cases⁴⁹ coincided with a

⁴⁴ Such as fact-finding. Generally: Priester, Benjamin J., From Jones to Jones: Fifteen Years of Incoherence in the Constitutional Law of Sentencing Fact-finding, *University of Toledo Law Review*, 47, 2016, pp. 413 and ff.

⁴⁵ NG, Michael H. K., *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China*. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2016, pp. 1-188 (1-3) (posits that Republic China (1912-1949) obliterated imperial legal codes and the accompanying case compilation cobbled together throughout that epoch. The groundswell of, and the epoch of, legal transplants in Mainland China would follow suit).

⁴⁶ Limmer, Jocelyn E. H., "China's New "Common Law": Using China's Guiding Cases to Understand How to do Business in the People's Republic of China", *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 21, 2013, 96-113 (argues that, with the creation of guiding cases legal mechanism, the Asian giant – China – is heading towards the "recognition of Chinese legal precedent"). Unsurprisingly, guiding cases are tightly interlocked with political ideology and arouse controversy as to what role is to be ascribed to courts in China. See: Chinese Common Law? Guiding Cases and Judicial Reform, *Harvard Law Review*, 129, 2016, p. 2234 ("China's new guiding cases system has generated an unusual amount of attention and optimism. Still, many challenges remain. Low rates of case issuance and usage will require sustained effort from policymakers, as will the more politically delicate task of defining the system's scope of authority amid competing institutional and ideological interests. The future of guiding cases will therefore hinge upon the political savvy of various institutional actors, as well as the Party-state's still-evolving vision of what role courts should play in ordering Chinese society").

⁴⁷ Hawes, Colin, "Transforming the Culture of Chinese Prosecutors Through Guiding Cases", *New Criminal Law Review*, 23, 2020, p. 196 (argues that "fifteen sets of Guiding Cases issues by the Supreme People's Procuratorate since 2010 promote an unprecedented change in Chinese procurator culture away from "striking hard" to substantive protection of criminal suspects' rights and exclusion of tainted evidence. They reinforce criminal procedure reforms since 2010 by demonstrating how procurators should protect innocent people against wrongful convictions and police brutality").

⁴⁸ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996 (referring to the two-layered nature of fundamental rights, such as the access to justice, both as a rule and as a principle).

⁴⁹ Zhang, Taisu, "The Pragmatic Court: Reinterpreting the Supreme People's Court of China", *Columbia Journal of Asian Law*, 25, 1, 2012, 8 (emphasizes

generational personnel overhaul within People’s Republic of China legal apparatus⁵⁰. Its overriding goal was (is) to promote judicial practices⁵¹ commensurate with the fundamental tenets of a healthy rule of law. Which is nothing but formulaic. Rule of law, being both a catch-all concept and all-encompassing idea⁵², amounts to a beacon (and foremost as a lighthouse) of justice⁵³ which defendants (including corporations) tend to rely upon in criminal proceedings⁵⁴. A lesson that the great bulk of Guiding cases has neither lost sight of nor has forsaken.

that guiding cases have a sort-of “stare decisis-like authority” which chimes in with its surrounding rhetoric).

⁵⁰ Hawes, Colin, “Transforming the Culture of Chinese Prosecutors Through Guiding Cases”, *cit.*

⁵¹ Waldron, Jeremy, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, *New York Public Law and Legal Theory*, 2010, p. 4 (noting that “the Rule of Law is violated when due attention is not paid to these procedural matters or when the institutions that are supposed to embody these procedures are undermined or interfered with”).

⁵² Whilst further utterances on the matrix of Rule of Law fall beyond the breadth and scope of this article, one must not be oblivious of the fact that the thrust to Deglobalizing Rule of Law is underway. See: Bussani, Mauro, “Deglobalizing Rule of Law and Democracy: Hunting Down Rhetoric Through Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 67, 2019, pp. 701-744 (701) (contending that the thrust to Deglobalizing Rule of Law is interwoven with thrust to take heed of “well-known differences that run through cultures and traditions”. In spite of which, “the West has never stopped trying to export its own law into the rest of the world”). Unsurprisingly, there have been educated calls to take heed of the pinpointed cultural and legal differences by, in the case of China, allow for a “Socialist Rule of Law”. See: Chinese Common Law Guiding Cases, *Harvard Law Review*, 129, 2016, p. 2213.

⁵³ Allison, J. W. F., “Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea”, May, C./Winchester, A. (Eds.), *The Edward Elgar Handbook on the Rule of Law*. Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar, 2018; Lino, Dylan, “The Rule of Law and the Rule of Empire: A.V. Dicey in Imperial Context”, *The Modern Law Review*, 81, 5, 2018, *passim* (highlighting the idea according to which the rule of law is much more ubiquitous globally today than ever before, and owes a lasting debt to the ground-breaking work of Victorian legal theorist A. V. Dicey).

⁵⁴ Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, p. 224 (stating adamantly that the Rule of Law is aimed at ebbing and cushioning the hazards of functional abuse from those in power. On that account, Raz

Against this background, the Guiding Cases strived (and are still striving) to ensure procedural due process in criminal procedure law in People's Republic of China. To that end, the Supreme People's Procuratorate (SPP)⁵⁵ has issued a batch of Guiding Cases to stamp out (and thus halt) prosecutorial misconduct while catering to the creation of a robust culture of protection of basic procedural rights premised in an unshakeable foundation of legality. Against the backdrop of which both prosecutorial (and police misconduct), which, taken together, have given rise to a sheer number of wrongful convictions in a not-so distant past, are to be weeded out (and therefore swept aside) from the realm of criminal procedure law.

The Guiding cases therefore do not belie the, in that they do not fall short of matching the, propelling force that is deeply woven into its fabric: ensure social stability⁵⁶ and social harmony⁵⁷ in a gargantuan country that would be otherwise ungovernable absent such procedural guidelines.

Which prompts the question: why are the foregoing procedural guidelines so momentous in China's modern criminal procedure law? There is an eye-catching cluster of Guiding Cases that epitomize the importance of these procedural guidelines as to strive for overall fairness

posits that "the law inevitably creates a great danger of arbitrary power – the Rule of Law is designed to minimize the danger created by the law itself... Thus the (R)ule of (L)aw is designed to minimize the danger created by law itself... Thus the (R)ule of (L)aw is a negative virtue...the evil which is avoided is evil which could only have been caused by the law itself"). Converging: Taekema, Sanne, *The Procedural Rule of Law: Examining Waldron's Argument on Dignity and Agency*, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 21, 2013, pp. 133 ff (arguing that the «*Rule of Law is understood as the restraint law puts on those in power. The famous phrase: Rule of Law, not man, encompasses the idea that a person in a position of power should not be left to his own device, but should be subject to legal limitations*») (italics added).

⁵⁵ A selection of SPP of a batch of Guiding Cases in Chinese can be found in: <https://www.chinalawtranslate.com/en/spp-guiding-cases/> (access: 23.08.2021).

⁵⁶ Trevasques, Susan, *Death sentencing for stability and harmony*, *The Politics of Law and Stability in China*. Cheltenham Glos, United Kingdom: Edward Elgar, 2015, pp. 127-151.

⁵⁷ Chen, Xingliang, *Guiding Cases for China's Death Penalty*, *The Death Penalty in China: Policy, Practice, and Reform*, Liang, Bin/Lu, Hong (Ed.). New York: Columbia University Press, 2015, pp. 187-213.

in China's criminal procedure law. Insofar Guiding Cases play a key role in spawning procedural justice (and procedural fairness) on the operation of the Chinese criminal system, they should be extended to corporate criminal procedure law. Let us take a bird's eye view at them.

Guiding Cases are mostly related with the collection of evidence (the great bulk of which concerned with the procedural aspects of death penalty). Whilst they are bereft of binding effect in a legal sense, Guiding Cases (either those issued by the SPP or those issued by the Supreme People's Court (SPC)⁵⁸ bear on the judicial operators' functional activity⁵⁹.

Guiding Cases, being a politically-charged tool (that at first blush⁶⁰ run counter the French-laden principle of separation of powers⁶¹) to

⁵⁸ Zhang, Mo, Pushing the Envelope: Application of Guiding Cases in Chinese Courts and Development of Case Law in China, *Washington International Law Journal*, 26, n.º 2017, pp. 268 and ff.

⁵⁹ See: Deng, Jinting, The Guiding Case System in China's Mainland, *Frontiers of Law in China*, 10, 2015, pp. 449 and ff.

⁶⁰ But see: Zhenjie, Zhou, *Corporate Crime in China: History and Contemporary Debates*. New York: Routledge, 2016, p. 1-204 (88) (posits that the Chinese judiciary "is quite different, if not completely different, from that in Western countries that have adopted the principle of separation of powers; it is more administrative than judicial in nature").

⁶¹ See in French doctrine, Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, De l'esprit des lois (1758). (Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. L'orthographe a été modernisée et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini, professeur à la Sorbonne. Paris: Éditions Gallimard, 1995, 2 vols: vol I: pp. 1 à 604; vol. II: pp. 605 à 1628.) Collection folio Essais) (noting that law, when coupled with the one of the bedrocks of Constitutional Law (which is precisely the principle of separation of powers) spawns the assertion according to which: «*Les Lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*» (italics added). See in Swiss-French doctrine: Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Bibliothèque publique et universitaire de Geneve (première version); "Le manuscrit contenant la version définitive du Contrat social qui a été imprimée a disparu." le Pléiade édition t. III, p.1866. Publication, Amsterdam, février-mars 1762, Marc Michel Rey, etc.; le Pléiade édition t. III, pp. 347-470, 1866-1874. = Du Peyrou/Moultou 1780-1789 quart édition; t. I, (1782): 187-360 (argues that the principle of separation of power bears close resemblance with the sought-after preservation of the fabric of, and with the matrix of, de l'état civil, which is bound to herald a new era brimming with social stability as opposed to the abhorrent état de nature, which is amenable to sap such social stability and wreak havoc in a

beget both procedural fairness and procedural justice, seek to nudge⁶² prosecutors towards more legal avenues⁶³ in criminal procedure law⁶⁴. It is thus hardly befuddling that prosecutors are keenly urged to uphold the public interest (mirrored in the creation of clean, seamless and fuss-free criminal proceedings) while quelling abuses perpetrated by unscrupulous officials and brushing aside shady corporate interests that run afoul with the general interest of People's Republic of China.

given jurisdiction. Against this backdrop: «*De l'État civil. Ce passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement trèsremarquable, en substituant dans sa conduite la justice à l'instinct, & donnant à ses actions la moralité qui leur manquoit auparavant*». (italics added). But see: Lin, Lin, "Corporate Crime in China: History and Contemporary Debates by Zhou Zhenjie", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 285-287 (285) (posits that "comparing the functions of the People's Court and the process of appointing judges with that in Western countries" (...) it is somewhat acceptable that the principle of the separation of powers in People's Republic of China runs in nonconformity with core values nurtured by western jurisdictions (such as the profusion of political parties) given the "current one-party political situation in China").

⁶² Sunstein, Cass R., The Ethics of Nudging, *Yale Journal on Regulation*, 32 (2/6), 2015, (emphasizing that "all over the world, governments are using nudges as regulatory tools. If welfare is our guide, much nudging is actually required on ethical grounds, even if it comes from government") (italics added).

⁶³ Sunstein, Cass R., The Ethics of Nudging, *cit.*, 415 (noting that "both nudges and choice architecture are inevitable, and it is therefore pointless to wish them away"). See also: Jolls, Christine, Debiasing Through Law and the First Amendment, *Stanford Law Review*, 67, 2015, pp. 1411 ff (arguing, however, that compulsory warnings are amenable to quash both autonomy and dignity). This phenomenon amounts to a *Behavioural Law and Economics'* creation deemed as Debiasing through Law. See: Jolls, Christine/Sunstein, Cass R., Debiasing Through Law, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n.º 225*, 2004, p. 1 (assert that "*Human beings are often boundedly rational. In the face of bounded rationality, the legal system might attempt either to "debias law", by insulating legal outcomes from the effects of boundedly behaviour, or instead to "debias through law" by steering legal actors in more rational directions*") (italics added).

⁶⁴ Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin Books, 2009 (by nudging Chinese prosecutors in the direction the lawmaker sees procedurally fit, like a taintless criminal proceeding, which amounts to a cloak under which the both procedural fairness and procedural justice are wrapped).

No surprise springs from the fact that Guiding Cases resonate with a fine-grained cost-benefit analysis⁶⁵ against the backdrop of which a delicate balance has been struck between private interests (grasp procedural fairness and procedural justice, which must be bestowed upon defendants in criminal procedure law) and general interests⁶⁶ (clutch social stability and social harmony in China while simmering down a lurking social unrest with the administration of criminal justice).

To cater to that, the great bulk of Guiding Cases cover a broad spectrum of procedural issues that are generally applicable to criminal proceedings⁶⁷. Amongst which stands procedural guidelines on crucially important aspects of criminal procedural law such as due process, procedural legality, *nemo tenetur se ipsum accusare*⁶⁸, and a fair treatment to be ascribed to defendants (ideally) with no qualms whatsoever.

⁶⁵ *Cost-benefit Analysis* has been garnering a great deal of attention in the United States of America. Fleshing out its overall content falls well outside the breadth and scope of this paper nonetheless. See: Sunstein, Cass R., *The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)*, *Columbia Law Review*, 114, n.º, 2014, pp. 177 ff; Bayefsky, Rachel, *Dignity as a value in Agency Cost-Benefit Analysis*, *Yale Law Journal*, 123, 2014, pp. 1740 and ff; Coates, John C., *Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Case Studies and Implications*, *Yale Law Journal*, 124, 2015, pp. 882-911; Posner, Eric A./Weyl, E. Glen, *Cost-Benefit Analysis of Financial Regulations: Response to Criticisms*, *Yale Law Journal*, 124, 2015, pp. 246-265 (canvassing the foundations to the interplay between cost-benefit analysis, human dignity and government decisions to ensure the public interest).

⁶⁶ Whenever general interests and private interests are weaved together (or are in the process of being meld or cognate), the earth-shattering work of Kant crops up. See: Kant, Immanuel, *Lectures and Drafts on Political Philosophy*, Rauscher, Frederick/Westphal, Kenneth R. (Editors). Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 73-180 (a series of Kant's lectures based upon notes taken by the Gottfried Feyerabend in which the former has set forth the seminal notion of *Right*).

⁶⁷ Hawes, Colin, "Transforming the Culture of Chinese Prosecutors Through Guiding Cases", *cit.*

⁶⁸ Without which there is neither procedural fairness nor procedural justice (let alone due process) to be accounted for, much less to be remarked upon. See: ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão* (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 144.º, Novembro-Dezembro de 2014, N.º 3989. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 144 e ss. In German doctrine: KASISKE, *Die Selbstbelastungsfreiheit*

Anchored in, and underpinned by, robust foundations of justice as fairness⁶⁹ and human dignity⁷⁰, the Guiding Cases therefore provide clear and agreed-upon procedural guidelines to prosecutors as to promptly oust illegally obtained evidence in criminal proceedings. Chiefly evidence gleaned through utterly unlawful means. Such as torture and physical violence in an overarching sense. Which is clearly set out in SPP Guiding Case 27⁷¹.

SPP Guiding Case 27 thus stands as the capstone of a mature and full-fledged criminal system of justice, which is currently grounded in the pillars of justice as fairness⁷². Strikingly, the earth-shattering SPP

im Strafprozess, *JuS*, 2014, pp. 23-26; ZUCK, R., *Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung zu BGH, Urteil v. 29.04.2009*, *Juristische Rundschau*, 2010, pp. 18-27.

⁶⁹ On the momentous importance of justice as fairness in criminal procedure law. See: Rawls, John, *A Theory of Justice*, 2nd edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 1999, 2019 (reprint): 1-540. Concurr: Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, 2016 (reprint), *passim*.

⁷⁰ On the paramount importance of human dignity. See in Portuguese doctrine: Miranda, Jorge, "Os valores permanentes da Constituição portuguesa", in: *Julgaz*, n.º 29, Maio-Agosto 2016. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 45-47; Novais, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana*, Coimbra, Almedina, vol. II 2016, *passim*. In French doctrine: Fierens, Jacques, "La dignité humaine comme concept juridique", in: *Journal des tribunaux*, 121, 2002, pp. 578-580. In German doctrine, disserting about the interplay between human dignity and overall fairness in criminal procedure law, Roxin, Claus/SCHÜNEMANN, BERND, *Strafverfahrenrecht – Ein Studienbuch*, 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2017, *passim*.

⁷¹ A selection of SPP of a set of Guiding Cases in Chinese can be found in: <https://www.chinalawtranslate.com/en/spp-guiding-cases/> (access: 23.08.2021).

⁷² Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, 2nd edition (16th of May of 2001). Cambridge, Massachusetts: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2001/2018, pp. 1-240 (noting that justice as fairness requires both a fair distribution of liberties and opportunities). No surprise springs from the fact that Rawls' concept of fairness has flatly failed to capture the hideous social reality in both cultures of honour (mostly in Africa and Central and South America) and cultures of face (mostly in Southeast Asia and beyond), in which social inequalities and social imbalances not only abound but are appallingly rife. In a such a turbid and lopsided social reality, there is a yawning gap between rich and poor. As a result, there is no such thing as a fair distribution of liberties and opportunities worth mentioning

Guiding Case 27 is amenable to be applied to, and is suitably tailored to, any criminal prosecution⁷³. Corporate criminal liability, which forms part of a broader punitive apparatus, stands as no exception.

It is my firm conviction that SPP Guiding Case 27, being one of the linchpins of a sought-after clean, seamless and fair criminal proceeding, can contribute exponentially to fizzle out (and thereby drastically curtail) the both dispiriting and jarring rates concerning wrongful convictions in People’s Republic of China.

SPP Guiding Case 27, if nothing else, can create a powerful deterrence effect⁷⁴ on unprincipled prosecutors whom seek to unlawfully balloon their criminal convictions rates with hardly any regard for its underlying fairness. Which clearly runs in non-conformity with one of the primary drivers of, and propelling forces of, SPP Guiding Cases in the first place: yield procedural fairness to China’s corporate criminal procedure law.

For that reason, unsanctioned detours (mirrored on the lack of procedural fairness evinced by those whom were allotted with the task to navigate through the uncharted waters of due process – criminal prosecutors) deserve nothing but to be severely excoriated and upbraided accordingly. Should such flagitious behaviours be perpetrated by the

to begin with. Additional remarks on this sweltering issue extend far beyond the limited spectrum of this paper though.

⁷³ Hawes, Colin, “Transforming the Culture of Chinese Prosecutors Through Guiding Cases”, *cit*.

⁷⁴ Cardi, Jonathan/Penfield, Randall D./Yoon, Albert H., Does Tort Law Deter Individuals? A Behavioral Science Study, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, n.º 3, 2012, pp. 567-603 (the authors stressed, however, premised on a sound empirical evidence, that “the threat of potential criminal sanctions had a large and statistically significant effect on subjects ‘stated willingness to engage in risky behaviour’”). Deterrence often crisscross paths with an yearned (and yet poorly latched on) legitimacy model, which can prop up the overall effectiveness of a given system of administration of criminal justice by putting in place incentives to spur prosecutors ‘voluntary compliance with the nub of SPP’s Guiding Cases. See: Tyler, Tom, Methodology in Legal Research, *Utrecht Law Review*, vol. 13, n.º 3, 2017, pp. 131-133 (argues that the “legitimacy-based model is distinct in two ways. *First, it offers an alternative perspective on why people obey the law. Second, it suggests an alternative goal to compliance. That goal is voluntary and willing acceptance. Hence, this is a consensual model*” (italics added).

prosecutors, they must neither go unnoticed nor unchecked⁷⁵ (let alone unpunished⁷⁶) if China's system of administration of justice is to meet the baseline standards of an internationally-recognized due process.

With this context in place, SPP Guiding Cases fits, hand-in-glove, to the discourse of procedural fairness and procedure fairness. Due process, which has been enduring a withering series of worldwide attacks to its core, does not fall far behind. Due process, which is a place to dwell permanently, must be attuned with the relentless combat against procedural unlawfulness in China's corporate criminal procedural law accordingly.

If the battle against unlawfulness wages on, so too does the dream of procedural fairness, which is bound to (hopefully) find a footprint in reality as China's criminal system of justice keeps attracting a wide global gaze⁷⁷.

The overall fairness of China's criminal system of justice, which has experienced sizable roadblocks in the past⁷⁸, must not be bedraggled with the indelible stain of unlawfulness, which would not only dampen (worse yet: would put in jeopardy) its laudable undertaking in building a clean, fair, fuss-free and unencumbered criminal system of justice, but, and foremost, would snuff out corporations' yearning hope to be

⁷⁵ Blum, W. J./Kalven, H., "The Empty Cabinet of Dr. Calabresi – Auto Accidents and General Deterrence", *University of Chicago Law Review*, 34, 1967, pp. 268 ff (averring that law also pursues the goal of, and resonates with, allaying victim's feeling of utter indignation).

⁷⁶ Green, Michael D., *Comparative Stimulations for Developing Tort Law*, Koziol, Helmut (ed.), European Centre of Tort Law and Insurance Law. Wien, Austria: Jan Sramek Verlag, 2016, p. 35 (argues that "one who has harmed by the wrongdoing of another might justifiably appeal to *fairness* in righting a wrong as the basis for demanding recompense from the wrongdoer") (italics added). See also: Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970/2019, pp. 1-350 (passim) (argues that one of the overriding goals of tort law is afford to plaintiff's justice, *fairness*, and redress from wrongs).

⁷⁷ See: https://www.peacedirect.org/what-we-do/justice-human-rights/?gclid=C-jwKCAjw95yJBhAgEiwAmRrutPpn7FentItKkSgdjKdKzaKKdceE1nj0HcVwAx-vCMRtzI46iAjiJRoCtL4QAvD_BwE (access: 26.08.2021).

⁷⁸ McConville, Mike (ed.), *Criminal Justice in China: An Empirical Inquiry*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

bestowed upon procedural fairness that abhors prosecutorial misconduct in corporate criminal procedure law.

As it stands, China's criminal system of justice is to bode well in the forthcoming future as purports, as hinted above, to scrub out any shiver of illegality while toiling towards the overriding goal to ascribe perceptions of procedural fairness upon corporations (or individual defendants) that find themselves trapped into the labyrinthic corridors of criminal procedure law. The assertion according to which China's criminal system of justice is currently gathering pace (and therefore gaining traction) as to tune itself into the universal energies of fairness is neither unwarranted nor uncalled for.

In a bid to chime in with the universal energies of, and thereby impregnated by the spirit of, procedural fairness, which is rooted firmly in the Rule of Law, SPP Guiding Cases spearheaded a drastic overhaul (which is often coined as a paradigm shift⁷⁹) in China's criminal system, which stretched from the outset of the previous decade to its twilight.

SPP Guiding Cases thus sought to jettison both unlawfulness and prosecutor misconduct (which is often the by-product of police misconduct⁸⁰) in criminal procedure law into deep space. SPP Guiding Cases therefore stood at the forefront of a staggering effort to throw both procedural unfairness and procedural injustice out of balance.

Whilst the underlying narrative of paradigm shifts often differ by the teller⁸¹, SPP Guiding Cases have arguably shone a keen light on the dire need to usher in procedural fairness in People's Republic of China

⁷⁹ Hawes, Colin, Transforming the Culture of Chinese Prosecutors Through Guiding Cases, *cit.*

⁸⁰ Bains, Chiraag, A Few Bad Apples: How the Narrative of Isolated Misconduct Distorts Civil Rights Doctrine, *Indiana Law Journal*, 93, 2018, pp. 29 and ff (argues that police misconduct undermines, taints and sullies constitutional protections afforded to defendants in criminal procedure law).

⁸¹ A distinct legacy of legal pragmatism, whose fundamental tenets are not amenable to be fleshed out in this paper given its utterly limited scope. See on the surrounding rhetoric underpinning paradigm shifts in People's Republic of China, in French language: Xiao-Ying-Li-Kotovtchickhine, Pragmatisme juridique et rôle de la Constitution en Chine post-Mao, *Revue Internationale de droit comparé*, 2018, 3, 2018, pp. 446 ff and *passim*.

criminal procedure law as the former encapsulates an invaluable tool to create a brand-new prosecutorial culture from scratch.

Against this background, SPP Guiding Cases catalyzed a much-needed change not only in (a previously shoddy and watered-down) prosecutorial culture, which paid scarce attention to procedural fairness, but, and foremost, paved the way to ground-breaking legislative changes in People's Republic of China criminal procedural law.

Amongst other momentous legislative changes (like the Administrative Punishment Law of People's Republic of China⁸² reshuffled in 2021, which will be briefly parsed further down this paper), there were comprehensive and sweeping revisions on People's Republic of China Criminal Procedure in 2012⁸³ and on People's Republic of China Procurators Law in 2019⁸⁴ catalyzed by SPP Guiding Cases of 2010. From which several fairness-fraught corollaries can be withdrawn accordingly, as follows.

3. FAIRNESS-FRAUGHT COROLLARIES THAT CAN BE WITHDRAWN FROM THE LEGALITY TURN CATALYZED BY THE SPP GUIDING CASES: THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND THE RIGHT TO AN EFFECTIVE DEFENCE SHOULD BE ALLOTTED TO CORPORATIONS

The right to a fair trial and the right to an effective defence in criminal proceedings lie at the heart of the fairness-fraught Criminal Procedure Law of China (art.º 11.º, art.º 12.º and art.º 14.º). Which derives, as hinted above, from the legality turn set in motion by the SPP Guiding Cases that harkens back to 2010. Corporate criminal procedure law must stand as no exception.

In this respect, there is an agreed-upon consensus that both the right to a fair trial and the right to an effective defence in criminal law

⁸² <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202105/f18b60e2b2ed-4198ab12fa3ac999fc5a.shtml> (access: 27.08.2021).

⁸³ http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Special_11_5/2012-01/19/content_1691154.htm (access: 26.08.2021).

⁸⁴ <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/8b5601506cde4341b-1d24ae2bfd195ee.shtml> (access: 26.08.2021).

settings comprise⁸⁵: i) the right to remain silent; ii) the impossibility of convicting a defendant based solely upon his confession in the absence of other smoking-gun evidence (art.º 55.º of Criminal Procedure Law of China) iii) the right to be represented by an attorney at law or a lawyer in criminal proceedings⁸⁶ (art.º 14.º, and art.º 190.º of Criminal Procedure Law of China); iv) impossibility to extort confessions by torture and to collect evidence as a result of threat, enticement, deceit or other unlawful inflicted upon the defendant (被) in criminal law settings⁸⁷ (art.º 56.º of Criminal Procedure Law of China).

The judicial interpretations⁸⁸ issued by the Supreme Court of People's Republic of China (中華人民共和國最高法院頒布的司法解釋)⁸⁹

⁸⁵ See: LIU, Sida/ HALLIDAY, Terrence C., *Criminal Defense in China: The Politics of Lawyers at Work*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016 passim (on the right to a fair trial and the pivotal role that lawyers play in attaining such an encomiastic goal).

⁸⁶ But see: Fu, Hualing, The July 9th (709) Crackdown on Human Rights Lawyers: Legal Advocacy in an Authoritarian State, *Journal of Contemporary China*, 27, 2018, pp. 555-567 (on the challenges that criminal lawyers have been facing in China).

⁸⁷ Minzner, Carl F., The Rise and Fall of Chinese Legal Education, *Fordham International Law Journal*, 36, 2013, pp. 334–395 (which, on its face, accounts for the augmentation of legal education in China).

⁸⁸ On the pivotal role played by judicial interpretation in several jurisdictions: Samuel, Geoffrey, All that Heaven Allows: Are Transnational Codes a “Scientific Truth” or Are They Just a Form of Elegant “Pastiche”, *Methods of Comparative Law, Research Handbooks in Comparative Law Series*, Pier Giuseppe Monateri (ed.). Cheltenham United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 165-170 (“Methods of Comparative Law brings to bear new thinking on topics including: the mutual relationship between space and law; the plot that structures legal narratives, identities and *judicial interpretations*; a strategic approach to legal decision making; and the inner potentialities of the ‘comparative law and economics’ approach to the field”) (italics added) (emphasizing the paramount importance of judicial interpretations in comparative law).

⁸⁹ See: Judicial Interpretation enacted by the Supreme Court of People's Republic of China n.º 17/1999 (on the “Supreme Court interpretation on the specific issues related to the application of criminal law in hearing criminal cases involving crimes committed by a Unit”). See also: Judicial Interpretation enacted by the Supreme Court of People's Republic of China n.º 31/2000 (“Supreme Court interpretation on the question of whether or not, in hearing the cases of crimes committed by a unit, should distinguish principal

encapsulate a penchant for extending the set of criminal procedural law guarantees ascribed to natural persons (such as the right to a fair trial and, foremost, the right to an effective defence in criminal proceedings) to Units or corporations. Such a stance resonates with one of the keystones of China's "Socialist Rule of Law"⁹⁰, which deserves nothing but a spate of unfettered plaudits.

Against this background, the extension of the principle of *nemo tenetur se ipsum accusare* to both *Units* and *Organizations* does neither seem unwarranted nor uncalled for⁹¹. Which, if endorsed by the higher

criminal or the accomplice between the persons who are directly in charge and the other persons who are directly responsible for the crime"). Which begs the question: what consist of judicial interpretations in the remit of China's Criminal Procedure Law? What do they stand for? It has been said that "Judicial interpretations by the Supreme People's Court (SPC) play an important role in the Chinese legal system, as they provide often-detailed guidance to courts throughout the country about how to interpret existing laws. Written in response to a perceived need rather than to resolve a single case, judicial interpretations function almost as laws or regulations, filling gaps and answering questions". See: <https://www.faegredrinker.com/en/insights/publications/2009/6/interpretations-of-the-supreme-peoples-court-on-certain-issues-concerning-the-application-of-the-con> (access: 18.03.2021). See: Zhang, Yingjun, Corporate Criminal Responsibility in China: Legislations and its Deficiency, *Beijing Law Review*, 3, 2012, pp. 103 ff and passim, whose research I have followed very closely; Yang, Vincent Cheng, Corporate Crime: State-owned Enterprises in China, in: *Criminal Law Forum*, 6, 1995, pp. 143-165; Zhenjie, Zhou, *Corporate Crime in China: History and Contemporary Debates*. New York: Routledge, 2015, pp. 1-204 (passim); Lin, Lin, Corporate Crime in China: History and Contemporary Debates by Zhou Zhenjie, *Singapore Journal of Legal Studies*, 1, 2015, pp. 285 ff. Whose stellar research served as lodestar (and reference) in this regard.

⁹⁰ See: Chinese Common Law Guiding Cases, *Harvard Law Review*, 129, 2016, p. 2213 (in this vein, there have been a set of calls to take heed of the pinpointed cultural and legal differences by, in the case of People's Republic of China, allow for a "Socialist Rule of Law"). See: Limmer, Jocelyn E. H., China's New "Common Law": Using China's Guiding Cases to Understand How to do Business in the People's Republic of China, *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 21, 2013, pp. 96-113 (argues that, with the creation of guiding cases, China is gearing towards the "recognition of Chinese legal precedent").

⁹¹ See in German doctrine: Queck, Nadine, *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen*. Berlin: Duncker and Humblot, 2005, pp. 204-231; Eidam, Lutz, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am

echelons of the Chinese judiciary, is amenable to yield a number of reputational benefits (amongst which stands trust⁹² and trustworthiness⁹³) to (on) the (often misunderstood and poorly latched on) Criminal Procedure Law of China.

3.1. CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS AMOUNT TO DEFENCES TO EXCLUDE OR MITIGATE THE UNIT'S OR ORGANIZATION'S CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

The dire need of effective compliance programs is a social reality that is not to be bogged down to the United States of America⁹⁴. Which, considering what has been said earlier in this paper, hardly amounts to a bewildering statement. As stated in Part I of this paper, there is no such thing as an ethical corporate citizen devoid of, and detached from, brawny foundations of an ethical-fraught and law-abiding corporate governance⁹⁵.

Main, Peter Lang, 2007), pp. 8-58 (arguing that the principle of *nemo tenetur se ipsum accusare* should be extended to corporations in the remit of corporate criminal liability).

⁹² See: Tyler, Tom R., *Trust in the Law*, New York, NY: Russell-Sage, 2002, passim (on the crucially important role of trust in law and trust in the law).

⁹³ See: Welsh, Nancy A., The Reputational Advantages of Demonstrating Trustworthiness: Using the Reputation Index with Law Students, *Negotiation Journal*, 28, 2012, pp. 118-135 (on the interplay between enhanced trust and perceptions of justice, which are to give rise to reputational advantages of demonstrating trustworthiness in dispute resolution settings).

⁹⁴ See: Soltes, Eugene, Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts and Firms, *New York University Journal of Law and Business*, 14, 3, 2018, pp. 965-1012 (966) (argues that “over the past 25 years, the size and complexity of corporate compliance programs have increased dramatically. As budgets for supporting programs and the number of people involved with compliance processes have grown, compliance has transformed into its own division within many firms”).

⁹⁵ Effective (and functional) corporate compliance programs matter. Indeed. And an ethical-fraught corporate governance lies at its heart. See: Hess, David, Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence, *New York University Journal of Law and Business*, 12, 2016, pp. 316 ff (one must not lose sight of the fact that the inception of the corporate compliance programs is to be traced back to the 1970's and 1980's amidst the notorious corruption scandals that included several firms defrauding the United States of America Government).

They do not collide. Rather, they (must) dovetail seamlessly. Better yet: the lack of an effective corporate governance⁹⁶ (and hence the lack of an effective corporate compliance program⁹⁷) paves the way to corporate criminal liability⁹⁸.

Though no reference whatsoever to corporate compliance programs is made in the remit of both corporate criminal procedure law of China and criminal law of China, the same cannot be said in regards of other paramount branches of law. The wide-scope reforms undertaken in Administrative Punishment Law in 2021, albeit seemingly unrelated with criminal procedure law, play a pivotal role in gauging the degree to which a Unit or an Organization is a law-abiding company entitled to be afforded social credits on the grounds of an ethical corporate governance. Companies are thus urged to toil towards the goal of clutching the holy-grail of social credits, which is to streamline their business activities in China; in that companies are nudged⁹⁹ towards both law-abidingness¹⁰⁰

⁹⁶ Lack of which often amounts to a corporate compliance program wrapped in tokenism. In other words: equates to cosmetic compliance bereft of any effectiveness whatsoever. See: Krawiec, Kimberly D., *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, *Washington University Law Review*, 81, 2003, pp. 486 ff (on the sizzling hot topic of cosmetic compliance against the backdrop of the so-called failure of negotiated governance).

⁹⁷ See: Baer, Mariam, *Governing Compliance*, *Boston College Law Review*, 50, 2009, pp. 1-24 (passim) (argues that there must be an institution (like the DOJ – Department of Justice) to gauge the extent to which, and to declare whether and to what extent, “compliance programs” are “effective or deficient”).

⁹⁸ Arlen, Jennifer, *The Failure of the Organization Sentencing Guidelines*, *University of Miami Law Review*, 66, 2012, pp. 321 ff (on the dire need to pin down misconduct in a bid to avoid corporate criminal liability).

⁹⁹ Sunstein, Cass R., “The Ethics of Nudging”, *Yale Journal on Regulation*, *cit.*: 415 (posits that “both nudges and choice architecture are inevitable, and it is therefore pointless to wish them away”). See also: Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin Books, 2009 (on the myriad of benefits of nudging to improve welfare and to strive for better choices).

¹⁰⁰ Tyler, Tom R., *Trust and Law Abidingness: A Proactive Model of Social Regulation*, *Boston University Law Review*, 81, 2001, pp. 359 ff (on the cardinal importance of Law Abidingness).

and ethical corporate citizenship¹⁰¹ underpinning a sought-after ethical corporate culture¹⁰².

To cater to that, People's Republic of China Administrative Punishment Law offers a wide range of social credits out of the meaningful corporate compliance efforts undertaken by both the Units and the Organizations. The foregoing body of legislation, albeit placed at the outskirts of both criminal law and criminal procedure law, which has been approved on January 22, 2021 at the 25th Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress, has introduced a vast assortment of amendments to the archaic Administrative Punishment Law of the People's Republic of China of 1996¹⁰³. Such an earth-shattering body of legislation has entry into force on July 15, 2021¹⁰⁴.

Amongst several important legal provisions enshrined in People's Republic of China Administrative Punishment Law, there is one (art.º 33.º) that stands out given its cardinal role in smoothing out the punishment (to be) inflicted upon the Unit or the Organization. Such legal provision governs the situation in which the flagitious behaviour is minor and staggering efforts have been made by the corporation to prevent the infliction of a harm unto others. Such a leniency measure stands as a by-product of an effective (and functional) corporate compliance program that deserves nothing but undeterred praise.

¹⁰¹ Carroll, Archie B., The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders, *Business Horizons*, (July–Aug. 1991), 1991, pp. 39-43 (on the paramount importance of corporate social responsibility).

¹⁰² Davidon, Robert/Dey, Aiesha/Smith, Abbie, "Executives, Off-the-Job" Behaviour, Corporate Culture, and Financial Reporting Risk, *Journal of Financial Economy*, 117, 2015 pp. 4 ff and passim (mapping out the fundamental tenets of an ethics-borne corporate culture).

¹⁰³ Available at: <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/administration/administrative-punishment-law-of-the-peoples-republic-of-china-1996.html> (access: 18.03.2021).

¹⁰⁴ Available at: <http://www.compliancereviews.cn/Arc-v.Asp?ID=1052> (access: 18.03.2021).

3.2. FAIRNESS-FRAUGHT COROLLARIES THAT CAN BE WITHDRAWN FROM SPP GUIDING CASES FROM A PROSPECTIVE POINT OF VIEW: WILL NEGOTIATED AGREEMENTS HOLD (ANY) SWAY ON THE CORPORATE CRIMINAL PROCEDURE LAW OF THE FUTURE?

Although both Units and Organizations are being consistently urged to both design of effective compliance programs¹⁰⁵ and to adopt¹⁰⁶ an ethical¹⁰⁷ corporate¹⁰⁸ behaviour¹⁰⁹, there is no functional equivalent

¹⁰⁵ See: Haugh, Tom, Cadillac Compliance” Breakdown, *Stanford Law Review Online*, 69 2017, pp. 198-204 (this author stands for a cadre of behavioural nudging to induce corporate compliance within organizational settings).

¹⁰⁶ The adoption of effective corporate compliance programs begs for a socially integrated response to tackle the scourge of agency problem. Amongst which stands the sizzling hot topic of reverse agency problem, which amounts to a willingness evinced by companies to sacrifice their own directors at the altar of the companies ‘best interests. This issue is often regarded as a by-product of the so-called era of compliance. Yet, however intriguing, such issue falls outside the scope of the paper. See on agency problem: Armour, John Armour/ Hansmann, Henry/ Kraakman, Reinier, *Agency Problems, Legal Studies and Enforcement*, Oxford University Faculty of Law Research Paper, n. ° 21/2009. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 3 ff; Goshen, Zohar /Squire, Richard, Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance, *Columbia Law Review*, 117, 2017, pp. 766 ff; On reverse agency problem: Eckstein, Asaf/Gideon Parchomovsky, Gideon, The Reverse Agency Problem in the Age of Compliance, *University of Pennsylvania Carey Law School, Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019 pp. 3-49.

¹⁰⁷ Treviño, Linda Klebe/Nieuwenboer, Niki A. Den,/Kish-Gephart, Jennifer J., (Un)Ethical Behavior in Organizations, *Annual Review of Psychology*, 65, 2014, pp. 635 ff (on the multitudinous benefits of a corporate ethical behaviour against the backdrop of a host of psychological foundations that stand upon it).

¹⁰⁸ See also: Soltes, Eugene, *Why They Do It: Inside the Mind of the White-Collar Criminal*. New York: Public Affairs, 2016, pp. 1-464 (48-62) (on the bevy of social science theories underpinning the proneness to engage in white-collar crime).

¹⁰⁹ See: Shu, Linda Shu et al./Mazar, N./Gino, F./ Ariely, D./Bazerman, M. Signing at the Beginning Makes Ethics Salient and Decreases Dishonest Self-reports in Comparison to Signing at the End, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 109, 38, 2012, pp. 15197–15200 (on the dire need to ferret out pathways to prompt honest and ethical corporate behaviour. For example, asking the relevant stakeholders to sign documents at the very beginning rather than at the very end of the document).

of United States of America's Department of Justice (DOJ)¹¹⁰ memos¹¹¹ in China to grant the enforcement of such legal directives in the purview of corporate criminal procedure law. Which, in my view, comes to the expense of, and is ultimately detrimental to, the effectiveness of corporate compliance programs in the purview of corporate criminal procedure law in China.

Though People's Republic of China has recently approved and released a Guidance on Compliance Management for Central Stated-Owned Enterprises¹¹² (chiefly targeting foreign multinational corporations that aim to do business *with* wholly State-owned companies headquartered in

¹¹⁰ As hinted above, the Guiding Cases issued by the China's Supreme People's Procuratorate since 2010 have been playing a starring role in catering for the enhancement of substantive protection of criminal suspects. See: Colin Hawes, "Transforming the Culture of Chinese Prosecutors Through Guiding Cases", *cit.*, 196 (argues that "fifteen sets of Guiding Cases issued by the Supreme People's Procuratorate since 2010 promote an unprecedented change in Chinese procurator culture away from "striking hard" to substantive protection of criminal suspects' rights and exclusion of tainted evidence. They reinforce criminal procedure reforms since 2010 by demonstrating how procurators should protect innocent people against wrongful convictions and police brutality").

¹¹¹ The memos issued by the Office of the Deputy Attorney General, which have managed to describe the goals underpinning the corporate compliance programs, form part of a broader legal apparatus sedimented in the "Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations". See, amongst many other memos: Memorandum from Larry Thompson, Deputy Attorney General to Heads of Department Components, U.S. Attorneys (Jan. 20, 2003); Memorandum from Mark Filip, Deputy Attorney General to Heads of Department Components, U.S. Attorneys (Aug. 28, 2008). Available at: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (access: 27.08.2021).

¹¹² See: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/China-SASAC-Guidance-Compliance-Management-Central-SOEs> (access: 20.03.2021). ("The Guidance sets out four general principles for how Central Enterprises should establish and improve their compliance management systems, including: 1. Ensuring compliance management systems cover all business areas, departments, subsidiaries, branches, and personnel, as well as all decision, execution, and supervision procedures. 2. Strengthening the accountability of compliance personnel for implementing effective compliance management systems. 3. Achieving cohesive cooperation and collaboration between the compliance function and other functions, such as legal, risk management, auditing, and internal controls. 4. Carrying out compliance responsibilities independently and objectively").

China), such a body of legal directives hardly has enough momentum to stand on its own as a full-fledged mechanism amenable to soothe out the punishment (if any) inflicted upon Central Stated-Owned Enterprises. Overall, such a manual of good practices, however redolent with ambrosial intentions, amounts to *soft law*¹¹³ with scarce to none binding effect on corporations.

To the extent that the cooperation between companies and the government must be both fruit-bearing and amenable to instill a deterrence effect¹¹⁴ upon wrongdoers, the future legal framework concerning negotiated agreements in China must, to some extent, emulate, *mutatis mutandis*, the ground-breaking Yates Memo¹¹⁵. Against the background of which the cooperation¹¹⁶ between Units and Organizations with the Chinese Public Prosecution Office would be a mitigating factor¹¹⁷ to the

¹¹³ See, on soft law, albeit in a legal field wholly unrelated with corporate criminal liability, Canaris, Claus Wilhelm, Die Stellung der “UNIDROIT Principles” und der “Principles of European Contract Law” im System der Rechtsquellen, *Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, pp. 5 ff.

¹¹⁴ But see: Ma, Jingyuan/ Marquis, Mel, “Corporate Culture and Competition Compliance in East Asia”, *South Carolina Journal of International Law and Business*, 15, n.º 1), Fall 2018, 2018, pp. 1-98 (6) (contend, however, that “research also shows that severe sanctions alone are unlikely to achieve deterrence and optimal compliance. An effective motivation to comply with the law is better secured by increasing the perceived value of such compliance and increasing the perceived risk that misconduct will be detected”).

¹¹⁵ See: Memorandum from Sally Quillian Yates, Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, to all U.S. Attorneys et al., Individual Accountability for Corporate Wrongdoing (Sept. 9, 2015) (contends avowedly that “in order to qualify for any cooperation credit, corporations must provide to the Department all relevant facts relating to the individuals responsible for misconduct”), available at: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (access: 20.03.2021).

¹¹⁶ See: Department of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, U.S. Attorneys ‘Manual (USAM) 9-28.700 – The Value of Cooperation (states that «cooperation is a mitigating factor, by which a corporation – just like any other subject of criminal investigation – can gain credit in a case that otherwise is appropriate for indictment and prosecution»), available at: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations> (access: 20.03.2021).

¹¹⁷ The tagged mitigation factor springs originally from the United States of America Organizational Guidelines, which has gathered (further) pace with

former. The mitigation factor stands as an intellectual lodestar of the corporate criminal procedure law framework of several jurisdictions such as Spain¹¹⁸, Italy¹¹⁹ and France¹²⁰ to name a few. Jurisdictions from which People's Republic of China could seek inspiration.

4. CONCLUDING REMARKS

§§ The relationship between a law-abiding corporate governance and a to-be-avoided corporate criminal liability has shown to be reciprocal.

§§ To avoid falling into the trap of corporate criminal liability, Chinese Units and Organizations must embrace a law-abiding corporate governance, whose paramount importance has been laid bare by remarkably sad events.

its revision in 2004. See: Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty Minds*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2006), pp. 7 ff and passim (providing an historical overview on corporate criminal liability). See also: O'Sullivan, Julie, "Some Thoughts on Proposed Revisions to the Organizational Guidelines", *Ohio State Journal of Criminal Law*, (2004): pp. 488 ff and passim (arguing, and rightly so, that the United States of America Organizational Guidelines afford a *sentence credit* to those companies which have designed an effective corporate compliance program).

¹¹⁸ The mitigating factor is to be warranted to companies that have either cooperated with the authorities or have implemented effective compliance programs prior the misconduct (art.º 31 *quarter* of Spanish Criminal Code). See in Spanish doctrine: Barranco, Mata/Gómez-Aller, Jacobo Dopico/Sánchez, Juan Antonio Lascuraín /Martín, Ádan Nieto, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018 pp. 157 ff.

¹¹⁹ See in Italian doctrine: Ruggiero, Rosa Ana, *Scelte Discrezionali del Pubblico Ministero e Ruolo Dei Modelli Organizzativi Nell'Azione Contro Gli Enti*. Torino: G. Giapichelli Editore, 2018 pp. 94-95 (on cooperation as a *condition sine qua non* to smoothe out out the corporate criminal liability of a given corporation).

¹²⁰ See in French doctrine: Juliette Lelieur, *La Transaction judiciaire, les personnes morales et le droit des affaires*", *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts/Questions actuelles et fondamentales du droit penal*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019), pp. 79-80 (arguing that Pretrial Diversion Agreements streamline the proceedings in the remit of corporate criminal liability given the fact that the procedure concerning this type of misdeeds is often cumbersome, unyielding, and slow, which further compounds the difficulty to prove such criminal charges in a court of law).

§§ The design of effective corporate compliance programs draws on a robust, comprehensive and full-fledged law-abiding corporate governance, bereft (and absent) of which the former would be wrapped in tokenism thereby paving the way to corporate criminal liability.

§§ People's Republic of China prospective lawmakers and policymakers must be allotted the duty to enact legal provisions to govern the sizzling hot topic of the mitigation of corporate criminal liability pursuant to an adoption of an effective corporate compliance program.

§§ Procedural fairness and procedure justice are crucially important as to carve out a seamless, fuss-free and fair criminal proceeding, which must rest upon the seemingly threadbare (yet of momentous importance in the remit of criminal procedure law) due process.

§§ SPP Guiding Cases (in conjunction with SPC judicial interpretations) catalyzed a seismic shift in China's criminal procedure law both from a perspective and prospective standpoint.

§§ SPP Guiding Cases resonate with a great leap forward when it comes to drastically stamping out a both botched and below-standard prosecutorial misconduct (which is often the by-product of police misconduct) that now belongs to the distant (yet murky) past.

§§ Hardly any surprise stems from the fact that SPP Guiding Cases were at forefront of a herculean effort to bestow upon criminal defendants (amongst which stand corporations) a much-needed procedural fairness and procedural justice, which are the foundations upon which stands due process: an interplay that prospective lawmakers must never lose sight of much less downplay.

REFERENCES

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALLISON, J. W. F., *Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea*, MAY, C./WINCHESTER, A. (Eds.), *The Edward Elgar Handbook on the Rule of Law*. Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar, 2018.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal*

Constitucional, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 144.º, novembro-dezembro de 2014, N.º 3989. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 144 e ss.

ARLEN, Jennifer, The Failure of the Organization Sentencing Guidelines, University of Miami Law Review, 66, 2012, pp. 321 ff.

ARMOUR, John/HANSMANN, Henry/KRAAKMAN, Reinier, Agency Problems, Legal Studies and Enforcement, Oxford University Faculty of Law Research Paper, n.º 21/2009. Oxford: Oxford University Press, 2009.

AZIZ, Sarah F., Independence Without Accountability: The Judicial Paradox of Egypt's Failed Transition to Democracy, Penn State Law Review, 120, 2016, pp. 100 and ff.

BAER, Mariam, Governing Compliance, Boston College Law Review, 50, 2009, pp. 1-24.

BAINS, Chiraag, "A Few Bad Apples": How the Narrative of Isolated Misconduct Distorts Civil Rights Doctrine, Indiana Law Journal, 93, 2018, pp. 29 and ff.

BANDES, Susan A., Video, Popular Culture, and Police Excessive Force: The Elusive Narrative of Over-Policing, University of Chicago Legal Forum, 2018, pp. 1-3.

BARRANCO, Mata/Gómez-Aller, Jacobo Dopico/Sánchez, Juan Antonio Lascu-raín /Martín, Ádan Nieto, Derecho Penal Económico y de la Empresa. Madrid: Editorial Dykinson, 2018.

BAYEFISKY, Rachel, Dignity as a value in Agency Cost-Benefit Analysis, Yale Law Journal, 123, 2014, pp. 1740 and ff.

BIBAS, Stephanos, Transparency and Participation in Criminal Procedure, New York University Law Review, 81, 2006, pp. 911 ff.

BIRD, Robert C./PARK, Stephen Kim, The Domains of Corporate Counsel in an Era of Compliance, American Business Law Journal, 53, 2016, pp. 203-229.

BLUM, W. J./KALVEN, H., "The Empty Cabinet of Dr. Calabresi – Auto Accidents and General Deterrence", University of Chicago Law Review, 34, 1967, pp. 268 ff.

BRITO, Teresa Quintela de, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e "atuação em lugar de outrem", Vols. I e II, Dissertação de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

BUSSANI, Mauro, Deglobalizing Rule of Law and Democracy: Hunting Down Rhetoric Through Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, 67, 2019, pp. 701-744 (701).

BYRNE, Mari, Baseless Pleas: “A Mockery of Justice”, *Fordham Law Review*, 78, 2010, pp. 2961 and ff.

CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970/2019.

CARDI, Jonathan/Penfield, Randall D./Yoon, Albert H., Does Tort Law Deter Individuals? A Behavioral Science Study, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, n.º 3, 2012, pp. 567-603.

CANARIS, Claus Wilhelm, *Die Stellung der “UNIDROIT Principles” und der “Principles of European Contract Law” im System der Rechtsquellen, Europäische Vertragsrechtvereinheitlichung und deutsches Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

CARROLL, Archie B., *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders*, *Business Horizons*, (July–Aug. 1991), 1991, pp. 39-43.

CHAN, Peter Chi Hin, *The Enigma of Civil Justice in Imperial China, A Legal Historical Enquiry*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19, 2012, pp. 317-337.

CHAN, Peter Chi Hin, *The Position of Mediation in Contemporary Chinese Civil Justice: A Proceduralist Perspective*, PhD dissertation in Civil Procedure Law, 2016.

CHAN, Peter Chi Hin, *Civil mediation in imperial, republican and modern-day China Historical and cultural norms under the traditional Chinese legal order*, *The Legal History Review*, 85, 2017, pp. 577-602 (578).

CHEN, Xingliang, *Guiding Cases for China’s Death Penalty, The Death Penalty in China: Policy, Practice, and Reform*, LIANG, Bin/LU, Hong (Ed.). New York: Columbia University Press, 2015, pp. 187-213.

CHEN, Jianfu, *Criminal Law and Criminal Procedure Law in the People’s Republic of China: Commentary and Legislation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2016.

CHINESE Common Law? *Guiding Cases and Judicial Reform*, *Harvard Law Review*, 129, 2016, p. 2234.

COATES, John C., *Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Case Studies and Implications*, *Yale Law Journal*, 124, 2015, pp. 882-911.

COLOMER, Juan-Luis Gómez (Dir.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

COLQUITT, Jason A./RODELL, Jessica B., Justice, Trust, and Trustworthiness: A Longitudinal Analysis Integrating Three Theoretical Perspectives, *Academy of Management Journal*, 54, 2011, pp. 1183 ff.

DIAS, Augusto Silva, O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas, *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, 0, 2014, pp. pp. 45-73.

DAVIDON, Robert/DEY, Aiesha/SMITH, Abbie, “Executives, Off-the-Job”, Behaviour, Corporate Culture, and Financial Reporting Risk, *Journal of Financial Economy*, 117, 2015, pp. 4 ff and passim.

DENG, Jinting, The Guiding Case System in China’s Mainland, *Frontiers of Law in China*, 10, 2015, pp. 449 and ff.

DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge. Massachusetts: Belknap Press, 1986, 2016.

ECKSTEIN, Asaf/PARCHOMOVSKY, Gideon, The Reverse Agency Problem in the Age of Compliance, University of Pennsylvania Carey Law School, Faculty Scholarship at Penn Law, 2019.

EIDAM, Lutz, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.

ESCARRA, Jean, *Le droit chinois*. Paris: Dalloz, 1918.

FIERENS, Jacques, La dignité humaine comme concept juridique, *Journal des tribunaux*, 121, 2002, pp. 578-580.

FINDER, Susan, China’s Evolving Case Law System in Practice, *Tsinghua China Law Review*, 9, 245, 2017, pp. 253 and ff.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2011/2018.

FU, Hialing, China’s Striking Anticorruption Adventure: A Political Journey toward the Rule of Law?, The Beijing Consensus? How China Has Changed the Western Ideas of Law and Economic Development, CHEN, Weitseng (Editor). Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

FU, Hualing, The July 9th (709) Crackdown on Human Rights Lawyers: Legal Advocacy in an Authoritarian State, *Journal of Contemporary China*, 27, 2018, pp. 555-567.

GOSHEN, Zohar/SQUIRE, Richard, Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance, *Columbia Law Review*, 117, 2017, pp. 766 ff.

GLOBAL Pound Conference Global Trends Report from Herbert Smith Freehills and PwC, Global Pound Conference: Global Data Trends and Regional Differences Series, available at: <https://www.pwc.com/gx/en/forensics/gpc-2018-pwc.pdf> (access: 08.07.2021).

GREEN, Michael D., *Comparative Stimulations for Developing Tort Law*, KOZIOL, Helmut (ed.), European Centre of Tort Law and Insurance Law. Wien, Austria: Jan Sramek Verlag, 2016.

GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, cap. XVII, I. Paris: Presses Universitaires de France, (1625: 1st edition), (2nd edition of 2016), 2016.

HASSEMER, Winfried, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTZ, München, 89, 2014, pp. 557 ff and passim.

HAUGH, Todd, *Nudging Corporate Compliance*, *American Business Law Journal*, 54, 2017a, pp. 683-705.

HAUGH, Tom, *Cadillac Compliance Breakdown*, *Stanford Law Review Online*, 69, 2017b, pp. 198-204.

HAWES, Colin, *Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting & Discharging Judges*, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, MALLESON, K. E./RUSSELL, Peter H. (Editors). Toronto: University of Toronto Press, 2016, pp. 395-419.

HAWES, Colin, *How Chinese Judges Deal with Ambiguity in Corporate Law: Suggestions for improving the Chinese Case Precedent System*, *Australian Journal of Asian Law*, 19, n.º 1, 2018, pp. 1-22.

HAWES, Colin, *Transforming the culture of Chinese Prosecutors through Guiding Cases*, *New Criminal Law Review*, 23, n.º 2, 2020, pp. 196-235.

HESS, David, *Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*, *New York University Journal of Law and Business*, 12, 2016, pp. 316-320.

HOLLOWAY, David/LIN, Feng/LI, Linda Chelan/ZHENG, Xiaohe/KWOK, Mantak, *Strengthening Hong Kong's Position as an Arbitration Hub in the Belt and Road Initiative*, *International Arbitral Law Review*, 21, 4, 2018, pp. 106-107.

HUSSEMANN, Jeanette/SIEGEL, Jonah, *Pleading Guilty: Indigent Defendant Perceptions of the Plea Process*, *Tennessee Journal of Law and Policy*, 13, 2019.

JIAHONG, He, *Case Study on the Causes of Wrongful Conviction in Chinese Criminal Proceedings*, *Frontiers of Law in China*, 10, 2015, pp. 671 and ff.

JOHNSON, Thea, Public Perceptions of Plea Bargaining, *American Journal of Criminal Law*, 46, n.º 1, 2019, pp. 133-156.

JOLLS, Christine, Debiasing Through Law and the First Amendment, *Stanford Law Review*, 67, 2015, pp. 1411 ff.

JOLLS, Christine/SUNSTEIN, Cass R., Debiasing Through Law, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n.º 225, 2004, p. 1.

JUSTICE, Department of, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, U.S. Attorneys 'Manual (USAM) 9-28.700 – The Value of Cooperation, available at: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations> (access: 20.03.2021).

KANT, Immanuel, Lectures and Drafts on Political Philosophy, Rauscher, Frederick/Westphal, Kenneth R. (Editors). Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

KAPLAN, Jeffrey M., Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines, & 6: 21. Westlaw: Thomson Reuters, 2021.

KASISKE, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess, *JuS*, 2014, pp. 23-26.

KRAWIEC, Kimberly D., Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance, *Washington University Law Review*, 81, 2003, pp. 486 ff.

LARKIN, Paul J./SEIBLER, John-Michael, All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability, *Stetson Law Review*, 46, 2016, pp. 7-8.

LAUFER, William S., Corporate Bodies and Guilty Minds. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2006.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (The New Method of Learning and Teaching Jurisprudence According to the Principles of the Didactic Art Premised on the General Part and in the Light of Experience: A Translation of the 1667 Frankfurt Edition with Notes by Carmelo Massimo de Iulii. Ringwood, Hampshire, United Kingdom: Talbot Publishing, 2017.

LELIEUR, Juliette, *La Transaction judiciaire, les personnes morales et le droit des affaires*, Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts/Questions actuelles et fondamentales du droit penal. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

LIMMER, Jocelyn E. H., China's New "Common Law": Using China's Guiding Cases to Understand How to do Business in the People's Republic of China, *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 21, 2013, pp. 96-113.

LIN, Lin, Corporate Crime in China: History and Contemporary Debates by Zhou Zhenjie, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 285-287.

LIN, Xifen/SHEN, Wei, Reforms to China's pretrial detention system: the role of the procuratorate, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 44, 2016, pp. 183-211.

LINO, Dylan, The Rule of Law and the Rule of Empire: A.V. Dicey in Imperial Context, *The Modern Law Review*, 81, 5, 2018, passim.

LIU, Sida/ HALLIDAY, Terrence C., *Criminal Defense in China: The Politics of Lawyers at Work*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

MA, Jingyuan/MARQUIS, Mel, Corporate Culture and Competition Compliance in East Asia, *South Carolina Journal of International Law and Business*, 15, n.º 1, Fall 2018, 2018, pp. 1-98 (6).

MAGALHÃES, Pedro C. /GAROUPA, Nuno, Judicial Performance and Trust in Legal Systems: Findings from a Decade of Surveys in 20 European Countries, *Social Science Quarterly*, 2020, pp. 1 and ff.

MARASCO, Gerardo, *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: Cedam, 2006.

MCCONVILLE, Mike (ed.), *Criminal Justice in China: An Empirical Inquiry*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

MINZNER, Carl F., The Rise and Fall of Chinese Legal Education, *Fordham International Law Journal*, 36, 2013, pp. 334–395.

MIRANDA, Jorge, Os valores permanentes da Constituição portuguesa, *Julgar*, n.º 29, maio-agosto 2016. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 45-47.

MONTESQUIEU, L'Esprit des Lois, Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, *De l'esprit des lois (1758)*. Édition établie par Laurent Versini, professeur à la Sorbonne. Paris: Éditions Gallimard, 1995, 2 vols: vol I: pp. 1 à 604; vol. II: pp. 605 à 1628.) Collection folio Essais, 1995.

MURPHY, Diana E., The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics, *Iowa Law Review*, 87, 2002, pp. 697-711.

NAUCKE, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung, *LIT*, 2012, pp. 8-72.

NG, Michael H. K., *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China*. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis, A dignidade da pessoa humana, Coimbra, Almedina, vol. II 2016.

O'SULLIVAN, Julie, Some Thoughts on Proposed Revisions to the Organizational Guidelines, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, pp. 488 ff.

PEI, Minxin, *China's Crony Capitalism: The Dynamics of Regime Decay*. Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 2016.

POSNER, Eric A./WEYL, E. Glen, Cost-Benefit Analysis of Financial Regulations: Response to Criticisms, *Yale Law Journal*, 124, 2015, pp. 246-265.

PRIESTER, Benjamin J., From Jones to Jones: Fifteen Years of Incoherence in the Constitutional Law of Sentencing Factfinding, *University of Toledo Law Review*, 47, 2016, pp. 413 and ff.

PRIME, Penelope B., China Joins the WTO: How, Why, and What Now?, *Business Economy*, *Business Economy*, 37, 2002, pp. 26-32, available at: <https://era.org/wp-content/uploads/china-joins-wto-1.pdf> (access: 03.03.2021).

QUECK, Nadine, *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen*. Berlin: Duncker and Humblot, 2005.

RAWLS, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, 2nd edition (16th of May of 2001). Cambridge, Massachusetts: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2001/2018.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 2nd edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 1999, 2019 (reprint).

RAZ, Joseph, *The Rule of Law and its Virtue, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.

REILLY, Peter, Negotiating Bribery: Toward Increased Transparency, Consistency, and Fairness in Pretrial Bargaining Under the Foreign Corrupt Practices Act, *Hastings Business Law Journal*, 10, 2014, pp. 347-378.

RIVAS, Garcia, Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financeira, Demetrio Crespo (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, 2014.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Bibliothèque publique et universitaire de Geneve (première version). Publication, Amsterdam, février-mars 1762, REY, Marc Michel et al; le Pléiade édition t. III, pp. 347-470, 1866-1874. == Du Peyrou/Moultou 1780-1789 quart édition; t. I, 1782.

ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, BERND, *Strafverfahrenrecht – Ein Studienbuch*, 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2017.

RUGGIERO, Rosa Ana, *Scelte Discrezionali del Pubblico Ministero e Ruolo Dei Modelli Organizzativi Nell' Azione Contro Gli Enti*. Torino: G. Giapichelli Editore, 2018.

SAMUEL, Geoffrey, *All that Heaven Allows: Are Transnational Codes a “Scientific Truth” or Are They Just a Form of Elegant “Pastiche, Methods of Comparative Law, Research Handbooks in Comparative Law Series, Pier Giuseppe Monateri (ed.)*. Cheltenham United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2012.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo, *Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo»: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI, Derecho Y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Ed. Colex, 2006.

SHAOWEI, Lin, *The Empirical Studies of China’s Enterprise Bankruptcy Law: Problems and Improvements*, *International Insolvency Review*, 27, 2018, pp. 77-85.

SHIGA, S. *A Study of Chinese Legal Culture Focusing on the Litigation Landscape*, *Journal of Comparative Law*, 3, 1988, pp. 18-26 [滋贺秀三 ‘中國法文化的考察以訴訟の形態為素材’ 1988年第3期 《比较法研究》 18-26].

SHIYUAN, Huang, *Chinese Wrongful Convictions: Causes and Prevention*, *University of Cincinnati Law Review*, 80, 2012, pp. 1218 and ff.

SOLTES, Eugene, *Why They Do It: Inside the Mind of the White-Collar Criminal*. New York: Public Affairs, 2016.

SOLTES, Eugene, *Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts and Firms*, *New York University Journal of Law and Business*, 14, 3, 2018, pp. 965-1012.

STEELE, Stacy et al., *Trends and Developments in Chinese Insolvency Law: The First Decade of the PRC Enterprise Bankruptcy Law*, in: *The American Journal of Comparative Law*, 66, 2018, pp. 669 e ss.

SHIYUAN, Huang, *Chinese Wrongful Convictions: Causes and Prevention*, *University of Cincinnati Law Review*, 80, 2012, pp. 1219 and ff.

SHU, Linda Shu et al./MAZAR, N./GINO, F./ARIELY, D./BAZEMAN, M. *Signing at the Beginning Makes Ethics Salient and Decreases Dishonest Self-reports in Comparison to Signing at the End*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 109, 38, 2012.

SUNSTEIN, Cass R., *The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)*, *Columbia Law Review*, 114, n.º, 2014, pp. 177 ff.

SUNSTEIN, Cass R., *The Ethics of Nudging*, *Yale Journal on Regulation*, 32 (2/6), 2015.

TAEKEMA, Sanne, *The Procedural Rule of Law: Examining Waldron’s Argument on Dignity and Agency*, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 21, 2013, pp. 133 ff.

TIPPET, Elizabeth/Alexander, Charlotte S./Eigen, Zev J., When Timekeeping Software Undermines Compliance, *Yale Journal of Law and Technology*, 19, 2017, pp. 1 and ff.

THALER, Richard H./SUNSTEIN, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin Books, 2009.

TREVASKES, Susan, *Courts and Criminal Justice in Contemporary China*. Lanham, United States of America: Lexington Books, 2007.

TREVASKES, Susan, *Death sentencing for stability and harmony, The Politics of Law and Stability in China*. Cheltenham Glos, United Kingdom: Edward Elgar, 2015.

TREVIÑO, Linda Klebe/NIEUWENBOER, Niki A. Den./KISH-GEPHART, Jennifer J., (Un)Ethical Behavior in Organizations, *Annual Review of Psychology*, 65, 2014.

TYLER, Tom R., Trust and Law Abidingness: A Proactive Model of Social Regulation, *Boston University Law Review*, 81, 2001, pp. 359 ff.

TYLER, Tom R., *Trust in the Law*, New York, NY: Russell-Sage, 2002.

TYLER, Tom, Methodology in Legal Research, *Utrecht Law Review*, vol. 13, n.º 3, 2017, pp. 131-133.

VON JHERING, Rudolf, "Culpa in contrahendo" oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1, 1981.

WALDRON, Jeremy, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, New York Public Law and Legal Theory, 2010, p. 4.

WELSH, Nancy A., The Reputational Advantages of Demonstrating Trustworthiness: Using the Reputation Index with Law Students, *Negotiation Journal*, 28, 2012, pp. 118-135.

XIAO-YING-LI-Kotovtchikhine, Pragmatisme juridique et role de la Constitution en Chine post-Mao, *Revue Internationale de droit comparé*, 2018, 3, 2018, pp. 446 ff and passim.

YANG, Vincent Cheng, Corporate Crime: State-owned Enterprises in China, in: *Criminal Law Forum*, 6, 1995, pp. 143-165.

YATES, Memorandum from Sally Quillian, Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, to all U.S. Attorneys et al., Individual Accountability for Corporate Wrongdoing (Sept. 9, 2015), available at: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (access: 20.03.2021).

ZHANG, Mo, Pushing the Envelope: Application of Guiding Cases in Chinese Courts and Development of Case Law in China, *Washington International Law Journal*, 26, n.º 2017, pp. 268 and ff.

ZHANG, Taisu, “The Pragmatic Court: Reinterpreting the Supreme People’s Court of China”, *Columbia Journal of Asian Law*, 25, 1, 2012, 8.

ZHANG, Yingjun, Corporate Criminal Responsibility in China: Legislations and its Deficiency, *Beijing Law Review*, 3, 2012, pp. 103 ff.

ZHENJIE, Zhou, *Corporate Crime in China: History and Contemporary Debates*. New York: Routledge, 2016.

ZUCK, R., Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung zu BGH, Urteil v. 29.04.2009, *Juristische Rundschau*, 2010, pp. 18-27.

Additional information and author’s declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: A special thanks to Dr. Leong Cheng Hang for her unwavering support.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 18/04/2021
- Desk review and plagiarism check: 19/04/2021
- Correction round return 1: 20/04/2021
- Review 1: 28/05/2021
- Review 2: 08/06/2021
- Preliminary editorial decision: 04/08/2021
- Correction round return: 28/08/2021
- Final editorial decision: 21/09/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SANTOS, Hugo Luz dos. Mapping out the path ahead for corporate criminal procedure law in People's Republic of China. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2015-2060, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.578>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades

Efficiency in the Spanish penal system: with special reference to the plea bargaining model

Claudio González Guarda¹

Universidad de Chile - Santiago, Chile

claudiogonzalez@iap.uchile.cl

 <https://orcid.org/0000-0002-1561-4641>

RESUMEN: El presente trabajo, describe el modo en que algunas lógicas eficientistas se han posicionado en el sistema penal español. Con este objetivo, se ha realizado una revisión sistemática de la literatura político-criminal sobre la materia. Asimismo se han examinado las Circulares de la Fiscalía General del Estado, diversos informes sobre la Nueva Oficina Judicial (NOJ), estadísticas judiciales y los anteproyectos de códigos procesales penales (2011, 2013 y 2020), entre otras informaciones atinentes. De este modo determinamos tres ámbitos para observar este fenómeno: 1) en la literatura político-criminal respectiva; 2) en el intento de implementar un “gerencialismo orgánico” manifestado en la denominada Nueva Oficina Judicial; y 3) en el sistema de justicia negociada en España, especialmente en las conformidades. Concluimos que: a) A pesar de los escasos estudios sobre el gerencial/eficientismo en España, su penetración es indudable. Ciertamente de manera diferente a otros contextos (angloamericano y latinoamericano); b) La consolidación de un modelo eficientista de rasgos aceleracionistas de la justicia criminal se configura no solo debido a factores jurídicos, sino también a elementos socio-económicos, tecnológicos, y criminológicos; c) Su principal manifestación se observa en los procedimientos rápidos y en el modelo de conformidades (modo de terminar el litigio en el 70

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales con mención en Derecho penal y Política criminal, de la Universidad de Málaga, España. Director del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC) del Instituto de Asuntos Públicos (INAP) de la Universidad de Chile.

% de las causas ordinarias y en el 90 % de los juicios rápidos); d) Los intentos de transformar toda la dimensión organizacional de la justicia penal no se han concretado.

PALABRAS CLAVES: Sistema de Justicia Penal; Eficiencia; Gerencialismo; Conformidad; Juicios Rápidos.

ABSTRACT: *The present work describes the way in which some efficient logics have been positioned in the Spanish penal system. With this objective, a systematic review of the political-criminal literature on the matter has been carried out. Likewise, the instructions of the Attorney General's Office, various reports on the New Judicial Office (NOJ), judicial statistics and preliminary draft of criminal procedure codes (2011, 2012 and 2020), among other pertinent information, have been examined. In this way we determine three areas to observe this phenomenon. 1) In the respective political-criminal literature; 2) In the attempt to implement an "organic managerialism" manifested in the so-called New Judicial Office; and 3) In the justice system negotiated in Spain, especially in the plea bargaining model. We conclude that: a) Despite the few studies on management / efficiency in Spain, its penetration is undoubted. Certainly different from other contexts (Anglo-American and Latin-American); b) The consolidation of an efficient model of accelerationist features of criminal justice is configured not only by legal factors, but also by socio-economic, technological and criminological elements; c) Its main manifestation is observed in the rapid procedures and in the plea bargaining model (way of ending the litigation in 70% of ordinary cases and in 90% of rapid trials); d) The attempts to transform the entire organizational dimension of criminal justice have not materialized.*

KEYWORDS: *Criminal justice system; efficiency; managerialism; plea bargaining model; fast-tracks trials.*

INTRODUCCIÓN

Aunque hay que tomar con cuidado la diferenciación entre modelos de justicia penal adversariales e inquisitivos (Langer, 2014; Armenta, 2015), se suele asociar el “eficientismo y gerencialismo”²

² Aunque no son lo mismo, en este artículo utilizamos gerencial y eficientismo como términos similares, pues ambos conceptos, finalmente apuntan a

como un rasgo propio de los sistemas acusatorios o adversariales, y por tanto, con menor presencia en modelos con rémoras inquisitivas³. Si seguimos esta hipótesis, no serían extrapolables a España las experiencias ocurridas en modelos marcadamente pragmáticos, como los anglosajones (especialmente estadounidense), ni lo sucedido en las reformas procesales penales latinoamericanas de los últimos treinta años, acentuadamente adversariales. Desde nuestro punto de vista, basado en los argumentos que se expondrán en este artículo, esta hipótesis es errónea.⁴

Lo cierto es que en España el debate político-criminal está muy fragmentado, encontrando posturas que abogan por la incorporación de más eficiencia, mediante la construcción de un cuerpo gerencial en la justicia penal (Díez-Ripollés, 2012), hasta visiones críticas, que sostienen con preocupación, que algunas lógicas gerencial-eficientistas o actuariales, ya habrían sido internalizadas al sistema penal (Faraldo, 2008; Del Rosal Blasco, 2009b), otras miradas, si bien parten desde un marco crítico abogan

lo mismo, es decir, a dirigir la organización hacia criterios “resultadistas”, relegando otros criterios valorativos y cualitativos.

³ Una de las principales rémoras inquisitivas del modelo español es la presencia de la “instrucción judicial” (Gascón, 2009), lo que implica la falta de autonomía del Ministerio Fiscal (Ministerio Público), tanto en términos orgánicos, como para investigar y ejercer la acción penal pública. De hecho, en todos los anteproyectos de los últimos 15 años se reconoce esto, proponiendo separar la actividad investigadora del órgano judicial de la de enjuiciamiento, eliminando los juzgados de instrucción o convirtiéndolos en juzgados de garantías. Otro país del entorno europeo que mantiene Juez Instructor es Francia, aunque desde el 2010 ha realizado diversas reformas, reforzando el rol de la Fiscalía.. Hitos relevantes han sido el Informe Léger (Villegas, 2010), y la Ley de Programación y Reforma de la Justicia 2018-2022.

⁴ Reformas gerenciales (*New Public Management*) son aquellas transformaciones del sistema público (justicia, salud o educación por ejemplo), que desde los años ochenta del siglo pasado, fomentan la instalación de un conjunto de herramientas provenientes de la gestión empresarial. Se denominan “gerenciales” pues derivan de una línea de políticas públicas denominada “Nueva gestión o Gerencia pública”. Entre otros objetivos pretende: achicar y liberalizar el Estado, incorporar indicadores para controlar la gestión, enfocar la organización hacia los resultados concretos, aligerar la burocracia estatal, propiciar el ingreso de nuevos sujetos provenientes del ámbito de la ingeniería y de las ciencias económicas, uso de la planificación estratégica, estandarización y protocolización de los sistemas, uso intenso de las TICs (González, 2018 y 2020).

por la racionalización del gerencialismo (Brandariz, 2016). Realmente, a primera vista es complejo encontrar estos rasgos en el “sistema de justicia penal”, con excepción del modelo de conformidades, tal como lo veremos más adelante. Sin embargo, sí serían más notorias estas características en las reformas de la gestión del ámbito policial, en la criminalización de migrantes (Fernández y Brandariz, 2016), en el sistema penal juvenil, y en el sistema de prisiones, especialmente en el sistema de tabulación de riesgos (Rivera Beiras, 2015; Vila, 2013).

A lo anterior hay que agregar que la denominada “cuestión o crisis permanente procesal penal española” adiciona complejidad para analizar este asunto (Gascón, 2009; Gómez-Colomer, 2012;⁵ Fraga, 2018). La falta de un auténtico procedimiento acusatorio y la necesaria reforma a la dimensión organizacional del sistema de justicia penal ciertamente nos priva de un buen contexto para encuadrar los análisis respectivos. De todas maneras, en lo normativo sí han existido intentos de transformación, como los fallidos proyectos de nuevo código procesal penal de los años 2011 y año 2013, así como el actual Anteproyecto del 2020⁶. En el caso de las reformas organizacionales, si bien no ha existido un proyecto sistemático, sí se intentó poner en movimiento la denominada Nueva Oficina Judicial (NOJ) a la cual haremos referencia en párrafos más adelante.

Dada la naturaleza exploratoria de este trabajo, y para describir de mejor manera este proceso de gerencialización/eficientización, hemos seleccionado 3 rasgos o ámbitos que demostrarían la existencia de este fenómeno. Estos elementos son: 1) El rol de la literatura político-criminal en la descripción de este nuevo campo; 2) El intento de “gerencialismo

⁵ Este autor (Gómez Colomer, 2012: 21) propone para afrontar la crisis de la justicia española tres líneas de cambio: reformas orgánicas, reformas procedimentales, reformas a instituciones claves del proceso. Así como separar drásticamente el procedimiento de los asuntos complejos de aquellos de más fácil tramitación

⁶ En noviembre del 2020, el gobierno español presentó un nuevo proyecto para modificar la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM), y avanzar hacia la instalación de un Código Procesal Penal de rasgos auténticamente acusatorios. Asimismo, se impulsa la creación de los Fiscales Constitucionales al objeto de adecuar la legislación española a las normas de la Unión Europea. Ver en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/241120-enlacejusticia.aspx>

orgánico”⁷, concretizado en la denominada “Nueva Oficina Judicial”; 3) La consolidación del modelo de juicios rápidos y conformidades. En la parte final presentaremos una serie de conclusiones que podrían resumirse en que, a pesar de que no se le ha dado la relevancia requerida al fenómeno del eficientismo/gerencialismo en el sistema penal español, su penetración es indudable⁸.

1) LAS DIVERSAS POSICIONES EN LA LITERATURA POLÍTICO-CRIMINAL

Para la literatura penal, criminológica y político criminal española (al igual que la latinoamericana por cierto), el gerencialismo, el eficientismo y el actuarialismo no son objetos usualmente observados; sin embargo, cuando se les considera se toma como referencia la literatura especialmente crítica realizada en el contexto angloamericano. Las referencias teóricas son explícitas en esta materia, especialmente la proveniente de la denominada teoría del riesgo (por ejemplo: Loader y Sparks, 2007; O’Malley, 2006; Garland, 2003 y 2005) y la específica que describe la filosofía actuarial (por ejemplo, Harcourt, 2007 y 2013). De este modo, se suele utilizar como marco teórico lo pregonado por la “nueva penología” y los estudios que sobre el gerencialismo y el actuarialismo comenzaron a fines de los 80 con Malcolm Feeley y Jonathan Simon (1988; 1992; 1994 y 2003). Estos estudios fueron realizados para el contexto estadounidense; sin embargo, con posterioridad han sido extrapolados a otras realidades político criminales, como a la propia España, como veremos a continuación.

⁷ El “gerencialismo orgánico” opera en oposición a la emergencia de un tipo de “gerencialismo inorgánico”, que aflora desde las propias prácticas, rutinas, y actividades de los sujetos del sistema penal. Ejemplos de este tipo son todas las actividades de corte “auto-organizativos” que surgen en los sistemas penales, sin necesidad de protocolos, normas o reglamentos micro-organizacionales (González, 2018).

⁸ Ciertamente pueden existir otros ámbitos del sistema penal donde sería posible ver la penetración de estas lógicas gerenciales/eficientistas y actuariales, en especial las reformas en el ámbito policial (Domínguez y Rodríguez, 2003), donde se han incorporado una lógica de la Nueva Gestión Pública, como los sistemas de indicadores, metas, o incluso normas ISO (9000). Sin embargo, ese ámbito debe quedar fuera de este análisis pues requeriría una atención especializada para valorar su real impacto en las prácticas policiales.

Para algunos autores, como Del Rosal Blasco (2009a: 35-41), la manifestación de este fenómeno en España es observable en la imbricación entre el actuarialismo penal, entendido como una nueva lógica penal que se centra más en los grupos que en los sujetos, y el gerencialismo, que es una línea de política pública específica derivada del *New Public Management*⁹. Por su parte Rivera Beiras (2015:136), desde una perspectiva crítica, refiere que las lógicas gerenciales (eficientismo) se internalizan en el sistema español por vía indirecta, mediante una forma de entender actuarialmente el sistema penal. Para este autor no hay duda de que este “paradigma actuarial” ya ha penetrado en el contexto hispano, especialmente en el sistema penal juvenil y en el penitenciario de adultos. Esto se reflejaría, en la forma en que es gestionado el concepto de “riesgo”, específicamente en la denominada “estandarización” de los tratamientos y en el uso de las escalas predictivas al interior del sistema carcelario. Así, la incorporación del actuarialismo (gerencialismo) se insertaría dentro de un proceso punitivo más general, que no es otro que la intensificación del tránsito desde un derecho penal de hecho a uno de autor. Su crítica es enfática “...esa importación de modelos foráneos y extraños a la tradición constitucional en la que se inserta España, pese a haber sido resistida en ocasiones por sus propios aplicadores de base y otros operadores del sistema penal, ha penetrado fuertemente en el mismo” (Rivera Beiras, 2015).

Otros autores (Silva Sánchez, 2006, por ejemplo) también se han referido someramente al fenómeno del gerencialismo y al actuarialismo, pero especialmente a la eficiencia (Ortiz de Urbina, 2004, Ortiz de Urbina 2003¹⁰). A pesar de las dificultades para conceptualizarla se entiende

⁹ Para Del Rosal Blasco (2009a), ejemplos de esta situación serían la Ley de violencia de género del año 2004 y en ciertos delitos relativos a la seguridad vial. En ambos casos, el argumento sería más o menos similar: el Estado penaliza a un grupo de sujetos por pertenecer a cierto colectivo específico.

¹⁰ Este autor más que en el “gerencialismo” ha incursionado en el Análisis económico del derecho (AED) y en el actuarialismo. Este último concepto derivaría de la forma en que actúan las compañías de seguros cuando proceden a clasificar a sus asegurados en diferentes grupos según la probabilidad de riesgo que se les asigne. Así, el proceso de elaboración de categorías continúa hasta el momento en que los costes de elaboración de una nueva categoría superan los beneficios que se espera obtener con ella (Ortiz de Urbina, 2003: 49). Si bien el desarrollo del actuarialismo tiene un origen anglosajón, un fenómeno aproximado (pero no similar) habría ocurrido en la tradición penal

que se actúa eficientemente cuando (a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines, o alternativamente, cuando (b) se obtiene un o unos fines con el menor costo posible; en esta ocasión, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos (Ortiz de Urbina, 2004: 44). En el caso de Silva-Sánchez (2006: 74), se aproxima al gerencialismo (aunque no lo conceptualiza)¹¹ ya que lo considera como uno de los factores “colaterales” que incidiría en la “expansión del Derecho penal” contemporáneo¹². El gerencialismo sería así un “modo ejecutivo” de gestionar el sistema penal, lo que se vería favorecido por la idea de que las actuales cuestiones de eficacia de la seguridad pública son mejor comprendidas como un “asunto de gestión penal”. Las críticas de Silva Sánchez (2006) se centran sobre todo en la “justicia negociada” y en instituciones como “las conformidades”, argumentando que su implementación sin resguardos abre el camino a la mera informalidad en la solución de las contingencias (colapso de los tribunales y urgencias político-criminales). Para Silva Sánchez, el Derecho penal quedaría reducido así a una “facticidad administrativo-ejecutiva”. Esta tesis, aunque postulada desde el derecho penal sustantivo, podría aproximarse a la idea de “administrativización del sistema penal” (Langer, 2019).

Como es observable, la perspectiva con la que Silva Sánchez (2006) aborda este punto es de carácter sistémica, referida a fuerzas

continental europea a través de la doctrina alemana del Derecho penal orientado a la eficacia/eficiencia (orientado a las consecuencias), especialmente mediante los trabajos de la Escuela de Frankfurt (Ortiz de Urbina, 2003: 51).

¹¹ Efectivamente el autor no ofrece un concepto, al menos operativo, de lo que él entiende por gerencialismo, ni tampoco utiliza la literatura que en ese momento existía en el contexto anglosajón sobre *New Public Management*. Sin embargo, hace suyas las inquietudes que sobre este asunto que ya habrían indicado genéricamente Hassemer y Muñoz Conde (1989).

¹² La reconocida tesis de este autor en esencia indica que existe una innegable tendencia en la legislación penal actual hacia una ampliación (expansión) de los tipos penales y una agravación de los ya existentes, así como una reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del procesal penal, creando nuevos bienes jurídico-penales, ampliando los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilizando las reglas de imputación y relativizando los principios político-criminales de garantía (Silva Sánchez, 2006:4-5).

generales que transforman el sistema penal. Sin embargo, en otro trabajo (Silva Sánchez, 1996), enfocado esta vez en la eficiencia y el Derecho penal, el autor aborda la eficiencia más bien como un “asunto personal”, es decir, los cálculos que el sujeto hace entre su “posible” trasgresión y la reacción del sistema penal¹³. Esta distinción es relevante, pues muchas de las aproximaciones a la eficiencia penal se hacen desde los análisis económicos del derecho (AED), es decir, con un marcado acento en la eficiencia personal, y no tanto sistémica u organizacional (Ortiz de Urbina, 2004). A pesar de lo relevante que resulta comprender la eficiencia personal, será finalmente la “eficiencia penal sistémica” la que nos hará entender a la eficiencia inserta en la organización (la eficiencia organizacional) “justicia penal”.

Otra perspectiva, que podríamos denominar “realista”, pone de relieve la necesidad de instalar un nuevo modelo organizacional en el sistema de justicia penal español (Díez-Ripollés, 2012) o racionalizar el gerencialismo (Brandariz, 2016). Esta visión aboga por una “visión optimista” del gerencialismo, es más, sugiere su instalación como una manera de modernizar el sistema de enjuiciamiento español, alejándolo de las tentaciones de manipulación por la clase política, en otras palabras, impulsa una especie de independencia judicial vía gerencial. Pero para Díez-Ripollés las ventajas no solo serían político-judiciales, sino también técnicas, debido a que la conveniente creación de un “cuerpo gerencial” no judicial (realmente no jurídico, pues puede ser organizacional pero judicial) especializaría el manejo de las funciones administrativas, y de otras actividades ligadas a la gestión de salas de gobierno, presidencias, decanatos de juntas de jueces. En el fondo, se construiría un cuerpo

¹³ Aunque existen muchas formas de comprender la elección racional, un modo simple es entender que esos cálculos que hace el sujeto son racionales, en el sentido que intentan ampliar al máximo su bienestar dentro de las limitaciones en que se mueven; limitaciones de información, capacidad de toma de decisiones, conflicto con otros valores, etc. Esa racionalidad les lleva a responder de forma diferente en función de los estímulos, o incentivos, presentes en cada caso. Y esos incentivos pueden ser modificados por la política jurídica. De modo que los individuos cometen actos ilícitos...los cometen porque los beneficios que obtienen de su comisión son mayores que los costes, siendo beneficios y costes magnitudes de la más diversa índole (monetaria o no) (Pastor, 1989:169).

gerencial que desarrollaría las imprescindibles buenas prácticas de un servicio público como es la administración de justicia y que requiere urgente modernización (Díez-Ripollés, 2012: 52).

Lo cierto es que la tendencia “realista” va en línea con lo que autores de otros contextos han asumido sobre esta materia. Por ejemplo, Freiberg (2005), en Australia, plantea limitar la influencia del “*managerialism*”, pero al mismo tiempo reclama la necesidad de fortalecer la gestión moderna del sistema de justicia penal y mejorar sus servicios, es decir, más y mejor gestión judicial. El atemperamiento de las críticas al “gerencialismo penal” finalmente lo que hace es reconocer al sistema penal como un modelo de prestación de servicios, que, por tanto, debe ser eficiente y de calidad. Ciertamente sería absurdo pensar en crear una organización para que sea ineficiente. El problema pareciera ser que la literatura no tiene claro qué significa realmente “eficiencia ni calidad” de la justicia penal, y se hacen aproximaciones, o muy teóricas (maximalistas) o muy cuantitativas (reduccionistas), y de esa raíz seguramente nacen muchos de los posicionamientos contradictorios (González, 2018). Probablemente, por estas incertezas es por lo que autores como Brandariz (2016) indican que el gerencialismo penal es un paradigma internacional que configura las políticas del castigo contemporáneas, escapando así a simples lógicas locales. Este autor argumenta que parte del atraso de su estudio en España se ligaría, entre otras razones, a la desactualización española del modelo acusatorio, y, probablemente, a la larga sombra de la justicia franquista. Este rasgo sería clave en la permanencia de un modelo de fuerte raigambre inquisitiva y con “injertos” de corte adversarial.

En síntesis, para bastante literatura político-criminal parece evidente que el gerencial/eficientismo sí se está posicionando en el sistema de justicia penal español, pero probablemente de un modo diferente a lo que ocurre en otros contextos¹⁴. Trabajos como los de Brandariz,

¹⁴ Una de las razones para esta diferencia tiene que ver con la resistencia cultural (veto cultural) a los modelos de justicia penal provenientes de otros contextos, especialmente anglosajones. Por ello, si bien se aceptan ciertas instituciones “acusatorias”, estas son fuertemente restringidas, por ejemplo, “el principio de oportunidad reglado”, la misma situación se produciría en el Sistema de Justicia Penal francés (Carvajal, 2010). Sin embargo, otros autores afirman que la “americanización” del modelo español ya es un hecho (Ferré, 2018).

Rivera Beiras, Fernández, Silva Sánchez o Del Rosal darían cuenta de una tendencia gerencial “negativa” en el campo judicial y penitenciario, especialmente en la configuración de un modelo actuarial para la medición, predicción y valoración del riesgo penal (Vila, 2013; Martínez, 2014; Pueyo y Redondo, 2007); similares lógicas gerenciales habrían sido incorporadas en el ámbito policial (Domínguez y Rodríguez, 2003) o en la denominada crimigración (Fernández y Brandariz, 2016). Por otra parte, trabajos como los de Díez-Ripollés (2012) o de modo aproximado el de Brandariz (2016), optarían por una visión realista de esta tensión entre eficiencia y justicia criminal, posición especialmente fundada en la indudable naturaleza de servicio público de la administración de justicia penal. En todo caso, lo cierto es que la escasez de investigaciones en esta área son el principal inconveniente para profundizar en los análisis de este tipo.

2) EL INTENTO DE UN “GERENCIALISMO ORGÁNICO” EN LA JUSTICIA PENAL ESPAÑOLA: LA NUEVA OFICINA JUDICIAL (NOJ).

Tradicionalmente se ha criticado la dimensión organizacional del sistema de justicia español, debido a que no ha estructurado un modelo coherente y moderno de administración de justicia (Pastor, 2003). Sin embargo, a partir del diagnóstico hecho en el “Libro Blanco” de la justicia de España, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en 1997 y del Pacto de Estado para la reforma de la justicia del año 2001, esta situación se ha intentado remediar.¹⁵

Algunas de las críticas usuales al sistema son no constituir una justicia eficiente, ágil y oportuna. Así, la Oficina Judicial que ha regido en España se ha caracterizado por los siguientes rasgos negativos: 1. Dispersión, existiendo tantas oficinas judiciales como órganos unipersonales y colegiados, lo que impide la utilización de economías de escala y alcance; 2. Infrutilización de capacidades y aptitudes profesionales de los secretarios judiciales (ahora letrados de la administración de justicia); 3. Indefinición de funciones y de carrera profesional de los diferentes cuerpos al servicio de la administración de justicia; 4. Inexistencia de

¹⁵ Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pan_anejo_25_sp.pdf. Acceso en 16 mayo 2021.

métodos de trabajo racionales y homogéneos; 5. Inmuebles dispersos y espacios utilizados indebidamente; 6. Desarrollo de tecnologías en cada una de las administraciones responsables con problemas de compatibilidad e infrautilización de las mismas; 7. Inexistencia de control eficiente e inexistencia de *accountability*; 8. Capacidad productiva condicionada a la capacidad resolutoria de jueces y magistrados (Boletín de Información año LXIV, Ministerio del Interior, 2010)¹⁶.

Los intentos de reforma han sido acompañados por una nutrida batería normativa, comenzando con la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 2003 (vigente desde enero de 2004), seguida en el año 2005 por el reglamento orgánico del cuerpo de secretarios judiciales y en el año 2007 se crea la comisión de implantación de la Nueva Oficina Judicial (NOJ) encargada de poner en marcha estas reformas a través de diversos grupos técnicos desplegados en el territorio. Otro hito relevante, es la presentación por parte del Ministerio de Justicia en el año 2009 del “Plan estratégico de modernización del sistema justicia 2009-2012”¹⁷, donde se reimpulsaba este proceso de reingeniería del sistema de justicia español. Todo lo anterior se consolidó a través del Plan de Acción 2012-2015 de la Secretaría General de la Administración de Justicia

En términos generales la NOJ pretendía crear dos secciones o ámbitos de trabajo, por una parte, las Unidades procesales de apoyo directo (UPAD) y, por otro lado, los denominados Servicios comunes procesales (SCP). Las primeras tendrían por objeto dar apoyo inmediato a las funciones judiciales más cercanas a los niveles de toma de decisiones netamente jurisdiccionales. Las segundas deberían desembocar en las llamadas “macroficinas judiciales”, encargadas de una serie de actuaciones,

¹⁶ Sin perjuicio de lo anterior, se puede observar información actualizada sobre estas temáticas en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadística-Judicial/Estadística-por-temas/Estructura-judicial-y-recursos-humanos-en-la-administracion-de-justicia/>

¹⁷ El uso de un Plan Estratégico en el sector Justicia es en sí mismo un giro organizacional. Las planificaciones de este tipo son usuales en el ámbito privado, y han calado en los últimos años en distintos sectores públicos. En Iberoamérica las Cumbres Judiciales (Latinoamérica más España y Portugal) han propiciado la creación de un modelo estandarizado de Planificación Estratégica para las entidades del sector judicial. Más información en: <http://www.cumbrjudicial.org/web/guest/antecedentes>.

no necesariamente jurisdiccionales, tales como notificaciones, embargos, citaciones, etc. (Martínez, 2010; Rayón, 2007).

Tradicionalmente el enfoque de la transformación de la gestión ha estado centrado en el “atraso judicial”¹⁸. De hecho, el Consejo de Europa sugería desde hace bastante tiempo “*sacar del sistema todos los elementos no estrictamente judiciales*”. Lo cierto es que, a pesar de lo relevante que es combatir el “atraso judicial”, esta visión no basta, pues no observa sistémicamente la gestión judicial. A este modo incompleto de ver los cambios organizacionales, le basta, con la incorporación de nuevas herramientas informáticas (TICS), y lo vemos plasmado en proyectos como la Agenda Digital 2000 y el plan plurianual 2014-2018, relativo a la justicia en red europea¹⁹ o también denominado proyecto E-Justice (Garrido et al, 2015)²⁰.

Dentro de los elementos más destacables de este proceso organizacional de la justicia española podemos resumir los siguientes puntos²¹:

1. En un proceso de casi 15 años, desde los primeros acuerdos políticos para la transformación de la justicia (2002/2003), una cantidad no desdeñable de regulaciones se han dictado sobre la materia. Sin embargo, esto no se ha visto reflejado en la práctica, al menos de la manera que

¹⁸ Alusión indirecta al fenómeno de la masificación de casos del sistema penal.

¹⁹ Si bien no existe una norma vinculante ni un tratado marco para los países que componen la Unión Europea, sí existen una serie de recomendaciones en el campo de la gestión judicial que normalmente son asumidas por los distintos países y seguidas con ciertos matices por cada uno de ellos. Un organismo con una alta influencia en estas políticas es el European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp.

²⁰ En España el proyecto informático más relevante es LEXNET que busca la interconexión entre todas los servicios judiciales y la digitalización completa y el abandono del expediente como “centro del proceso”, el cual se ha iniciado el año 2016 y se espera que esté finalizado dentro de un periodo corto de tiempo.

²¹ Alguna de estas informaciones ha sido recabada de un trabajo exploratorio o sondeo en el sistema de justicia penal español, cuyo objeto era desarrollar una etnografía judicial más concreta en el año 2020, la cual no se consumó debido a la emergencia sanitaria, pero que se espera retomar en el futuro. De este modo se ha conversado con diversos operadores del sistema de justicia penal español, quienes han indicado algunos de estos antecedentes.

se esperaba. Algunos factores que han entorpecido esto son: a) La crisis económica del año 2008 en adelante y las restricciones presupuestarias respectivas; b) La falta de consenso político, lo cual se refleja en que aún no hay un nuevo Código de enjuiciamiento criminal; c) La falta de adecuación de las infraestructuras (macro-oficinas judiciales); d) Las resistencias organizacionales propias de cualquier reforma de este estilo y que ocurren en cualquier realidad político-criminal, materializadas en el corporativismo judicial y en el recelo de gremios funcionariales a perder cuotas de poder; e) Aunque es discutible, la negativa influencia de la estructura de “autonomías regionales” que impiden la unificación de criterios e iniciativas transformadoras en las reformas judiciales.²²

2. La reforma en términos prácticos se ha enfocado más que un cambio del modelo cultural de organización de la justicia o una reforma gerencial propiamente tal, en una modificación del funcionamiento de los despachos judiciales. Así, bajo la hipótesis de que existían recursos ociosos (especialmente de personal administrativo) en el sistema de justicia, se ha intentado maximizar el provecho de ellos a través de un proceso de “limpieza de la burocracia de los procedimientos”. Sin embargo, no se ha contratado personal nuevo, ni se ha apostado explícitamente por una nueva planta de funcionarios de menor edad o con formación en ciencias económicas, industriales o de gestión, lo cual le imprimiría evidentemente un sello y estilo realmente gerencial.²³

Lo cierto es que el pretendido proceso de transformación no ha cambiado considerablemente la conformación de equipos de trabajo en

²² Los planes pilotos de la Nueva Oficina Judicial esencialmente se han puesto en marcha en algunos tribunales de algunas comunidades autónomas del norte de España, especialmente la ciudad de Burgos y el País Vasco; también es relevante destacar que algunas comunidades tienen la competencia de justicia transferida (Galicia, Andalucía, País Vasco y Cataluña) lo cual dificulta la uniformidad en esos procesos y depende mucho de los recursos propios que tenga la propia comunidad autónoma y en definitiva de un tema de iniciativa política.

²³ No se han incorporado de manera masiva e intensa dos elementos claves para cualquier transformación gerencial. Uno, ciertamente, el reclutamiento de profesionales del campo de la economía, administración de empresas, ingeniería o políticas públicas. Y otro, la incorporación de herramientas de control de la gestión (cuadro de mando integral por ejemplo), sino ocurre esto, se corre el riesgo de confundir una gestión “contable” del sistema con una gestión organizacional más compleja.

los tribunales. Sin perjuicio de lo anterior, se ha pasado de macro equipos de trabajo en los juzgados de instrucción a un formato más comprimido. Hoy existen, aunque no en términos totalmente estandarizados una configuración diferente de cada tribunal penal, constituido por un Juez Instructor, independiente jurisdiccionalmente y orgánicamente dependiente del Consejo General del Poder Judicial; un Juez Letrado (se trata de un juez letrado de la administración de la justicia que no es juez) que en los hechos es un “coordinador organizacional” (dependiente del Ministerio de justicia), cinco funcionarios tramitadores, tres gestores y dos funcionarios o auxiliares judiciales (todos dependientes de la comunidad autónoma respectiva). En otras palabras, un formato más estrecho y operativo, esto estaría conformado por un juez letrado, dos gestores y dos tramitadores, el recurso humano no utilizado ha sido reenviado a la macro-oficina citada anteriormente.

3. Como hemos indicado, esta reforma apuntaba a todos los ámbitos en la justicia. Ahora bien, en el campo estrictamente penal, para que exista armonización entre lo organizacional y lo normativo, sería esencial que exista una modificación del modelo de enjuiciamiento propiamente tal. Es decir, pasar de un sistema que mezcla lo inquisitivo y lo acusatorio, a un modelo acusatorio depurado. Esto, aunque sea un cambio legal, permitiría organizar de mejor modo los procesos de trabajo propios de la cultura del *management court*.

4. Dentro de los factores positivos que favorecen una reforma organizacional en la justicia española (un giro gerencial), está el hecho de ser uno de los países occidentales con menor conflictividad, así, un bajo volumen de delitos puede ser razonablemente absorbido y gestionado por su sistema de justicia²⁴. Lo anterior, marca una diferencia notable con lo que sucede en la mayoría de los países latinoamericanos, especialmente

²⁴ En general, muchos informes indican que las cifras delictuales en España no son elevadas, esto ocurre tanto si lo comparamos en el contexto europeo, y mucho más si lo comparamos en el ámbito occidental (García, 2019: 102-103). En todo caso una disminución de los asuntos tramitados por el sistema y en paralelo con una mejora en las capacidades organizacionales del sistema no necesariamente se reflejaran en una mejora de la performance jurisdiccional. Como se verá más adelante en la propia España a pesar de una disminución en la sobrecarga de trabajo del sistema penal, esto no ha transmitido hacia la calidad del sistema.

cuando tratamos de comprender las reformas gerenciales dentro de un contexto de “masificación de casos”.

Por ello, cuando se hable de “la cuestión procesal-penal española”, muchos de los dardos apuntan más bien a la existencia de atrasos judiciales significativos, comparativamente evaluados con otros países de su entorno, así lo han determinado los informes del Centro Europeo por la Eficiencia en la Justicia (CEPEJ) (Alonso Cuevillas, 2015). Otros sin embargo, afirman que no existiría una diferencia significativa en términos de atrasos e indicadores judiciales respecto de otros países occidentales (García et al, 2013)²⁵.

En síntesis, si bien los procesos de reforma en el ámbito en la justicia penal son lentos (tanto los organizacionales como los normativos), caracterizándose más bien como incrementales, su dilación puede provocar un sistema inorgánico y con ineficiencia endémica. En todo caso, es verdad que cada vez menos jueces asumen funciones organizacionales, además, se han mejorado las estadísticas judiciales y las Inspecciones Judiciales. Otro factor positivo, es que si bien, el Ministerio Público aún está a la sombra del Juez de Instrucción, la Fiscalía ha ido adquiriendo cierta libertad para su gestión y esencialmente se ha profundizado su informatización. Por tanto, en asuntos de delincuencia clásica no pareciera haber una afectación de garantías penales tan directa y extremadamente grave por los problemas de gestión (aún a pesar del atraso judicial).

Sin embargo, el problema de “ineficiencia endémica”, eventualmente puede afectar el procesamiento de delincuencia más compleja (delitos de corrupción, por ejemplo). De hecho, cuando en las dos primeras décadas del siglo emergieron una seguidilla de casos de corrupción político-empresarial, los problemas organizacionales de la justicia penal fueron ostensibles, especialmente en el ámbito de la

²⁵ Pareciera que estas diferencias de opiniones se darían por incongruencia en los datos. Se supone que las Estadísticas Judiciales son llevadas por el Consejo General del Poder Judicial, especialmente los informes anuales (desde el 2003) como el Informe denominado “Dato a Dato”, que se refiere, entre otros asuntos a medios, cargas de trabajo, duración de procedimientos. Sin embargo, estos datos no cuadran con los que aparecen informados en el CEPEJ y que en principio son proporcionados al organismo europeo por las propias autoridades españolas (Alonso Cuevillas, 2015: 44-45).

denominada “corrupción urbanística y la financiación ilegal de los partidos políticos, lo que dio lugar a los “macro-procesos”²⁶. En ese contexto, las deficiencias organizacionales del sistema inicialmente perjudicaron el éxito de las investigaciones. Especialmente, por la dificultad para conformar equipos de trabajo (tándem policía-fiscalía), enervando así la necesaria celeridad ante la potencial desaparición de pruebas e imposición de medidas cautelares urgentes, así como, trabando la “especialización” de las unidades investigativas y poniendo en cuestión la autonomía real de la Fiscalía, entre otros problemas²⁷. Estas dificultades demostraron, que al menos en los delitos complejos, se requiere un dibujo organizacional diferente al existente.

3) JUICIOS RÁPIDOS Y JUSTICIA NEGOCIADA EN ESPAÑA. LAS CONFORMIDADES.

Para comprender los juicios rápidos y la justicia negociada desde una perspectiva político-criminal, debemos observar el fenómeno desde 3 puntos de vista: 3.1) La expresión cuantitativa de las conformidades y juicios rápidos en el sistema de justicia penal español; 3.2) La naturaleza del frondoso sistema de conformidades; y 3.3) Argumentos a favor y en contra del modelo de juicios o procedimientos rápidos²⁸.

²⁶ Algunos de los “macro-procesos” más relevantes y conocidos son por ejemplo el caso “Ballena Blanca”, el caso “Malaya”, el caso Gürtel, el caso Nóos, el caso de los ERE de Andalucía, El caso Puyol, y el Caso Brugal entre una decena de otros casos de corrupción urbanística.

²⁷ Lo cierto es que muchos de estos problemas tienen un margen de mejora, especialmente mediante las exigencias que introduce la “europeización del proceso penal”. Esto se realiza mediante la trasposición de las Decisiones Marco europeas a las legislaciones internas a la justicia penal. Las áreas que han ocupado mayor atención se refieren a la delincuencia transfronteriza y al crimen organizado, por ejemplo: orden europea de detención y entrega, equipos conjuntos de investigación, decomiso de bienes, intercambio de información de antecedentes penales, entre otras (Gascón, 2009). Del mismo tenor es el Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo que regula el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

²⁸ Los juicios rápidos estuvieron presentes en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia del 2001 y en los diversos Anteproyectos de CPP. Dicho pacto - suscrito entre el Partido Popular (PP) y Partido Socialista Obrero

3.1) LA EXPRESIÓN CUANTITATIVA DE LAS CONFORMIDADES Y JUICIOS RÁPIDOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPAÑOL.

A pesar de que es complejo establecer una estadística específica acerca de qué porcentaje de resoluciones penales se realizan vía conformidad, se estima que corresponden en torno al 70% de los casos resueltos en los tribunales penales, y en los juicios rápidos esta cifra rondaría el 90% de las soluciones²⁹. El mayor inconveniente para establecer su número exacto es la dispersión de las conformidades en diferentes tipos de procedimientos en el sistema de justicia español (Fraga, 2018; Ferré, 2018), por lo mismo, la mayoría de los trabajos de referencia sobre esta materia no aportan datos concretos, sin embargo, concuerdan en su alta incidencia³⁰.

La paradoja es que la alta incidencia de las conformidades se ha dado en un contexto caracterizado por el descenso de asuntos judiciales en la jurisdicción española. Aunque esta declinación ya se constataba desde el 2009, fue catalizada por la impresionante caída de casos penales desde el año 2015 (Figura N° 1. Sin embargo, también es observable que luego de la abrupta caída del período interanual 2015-2016 la tendencia

Español (PSOE) - en dos puntos hace referencia explícita a los procedimientos rápidos. En el 17, indica que en una nueva LECRIM, uno de sus principales objetivos será “La agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas”. En el 19, se hace mención explícita “a la atención a la agilización y rapidez de la Justicia”. Ver texto completo en: <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf>.

²⁹ Según Gaddi (2020:1004) “Las sentencias por conformidad representan la solución más frecuente de los procesos penales en España. Se calcula que alrededor de un 70% de las sentencias emitidas en el 2018, tanto condenatorias como absolutorias, fueron en conformidad con la posición del Fiscal... En los juicios rápidos, las conformidades han llegado en 2018 a representar el 90% de las sentencias condenatorias”. García Magna (2019: 109), indica que en año 2011, las cifras oficiales referían que el porcentaje de conformidades en el procedimiento abreviado se movían entre el 48% y 68%, luego de 10 años, ya sabemos que el dato actualizado las sitúa en el 70% o más.

³⁰ En todo caso, cada vez se cuenta con mejores estadísticas tanto del Consejo General del Poder Judicial como de las Memorias de la Fiscalía General del Estado (MFGE).

descendente pareciera ralentizarse, contemplándose un leve aumento al menos hasta las cifras del año 2019.



FIGURA 1. Asuntos ingresados en todas las jurisdicciones desde el 2009.

Fuente: Informe Dato a Dato del Consejo General del Poder Judicial del 2019.

Las razones que explican esta caída ciertamente se relacionan con la puesta en marcha de una serie de cambios legislativos³¹, en especial la Ley 41/2015 de 5 de octubre, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales³². Esto produjo un desplome de las causas ingresadas en el sistema penal tal como se puede observar en la Figura N° 2.

³¹ En materia sustantiva en 2015 se modificó el Código Penal mediante una serie de normas, las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, y la Ley 4/2015 de Seguridad Ciudadana (denominada Ley Mordaza). En general estas normas: reubicaron dentro del código los delitos leves, crearon nuevos delitos leves, despenalizaron una serie de faltas de este modo ciertas infracciones pasaron al ámbito administrativo o incluso a la jurisdicción civil.

³² Sin perjuicio que las tendencias son bastante claras en las dos fuentes estadísticas más relevantes, existen algunas diferencias notables. Así, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, para el año 2018. Así, el CGPJ indica que ingresaron 3.151.698 y la Fiscalía por su parte informa que la cantidad es de 2.118.030, es decir, más de 1 millón de diferencia entre ambas fuentes.



FIGURA 2. Asuntos ingresados en la jurisdicción penal.

Fuente: Informe Dato a Dato del Consejo General del Poder Judicial del 2019

La razón político-criminal de porqué se reformó la LECRIM el 2015 se debió en gran parte a la imposibilidad de aprobar un nuevo código procesal penal (Anteproyecto del 2013), el cual teóricamente iba a dar soluciones sistémicas a la justicia penal española. No obstante ello, las fuerzas políticas consensuaron el dictado de una especie de “ley de emergencia procesal”, dando por resultado la Ley 41/2015, del 5 de octubre. Esta ley fue posible debido a que trataba cuestiones para las cuales no era necesario dictar una ley orgánica, estas materias fueron: a) la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas, b) la previsión de un procedimiento de decomiso autónomo, c) la instauración general de la segunda instancia, d) la ampliación del recurso de casación y e) la reforma del recurso extraordinario de revisión (BOE, 2015, N^o 239)³³.

³³ Estos cambios legislativos fueron reforzados por la Circular 1/2015 de la Fiscalía General Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal promulgada. Este documento, tiene mucha relevancia pues da cuenta de un sinnúmero de elementos de contención al principio de oportunidad libre, otorgándonos una nutrida información acerca de cómo debiera operar el “Principio de Oportunidad Reglada”. El *ethos* de la Circular se expresa así: “Se trata de una medida de complemento en el orden adjetivo de la reducción del número de tipos penales de

La Fiscalía General del Estado, en su Memoria del 2019, indica que no hay duda que uno de los factores que propició la caída de ingresos al sistema justicia penal (entendiendo para estos efectos, solo la Fiscalía y Tribunales), ha sido la mejora en la “selección de casos”. Esto se habría concretado con la instauración de un nuevo régimen de remisión de atestados³⁴ sin autor (sin autor conocido) por la policía a los juzgados y la despenalización de algunas conductas que hasta el 1 de julio de 2015 eran constitutivas de faltas (MFGE, 2019: 1070). De este modo, el art 284 LECRIM permite que la Policía, con carácter general (se excepcionan algunos ámbitos delictivos), no tenga que remitir, especialmente delitos contra la propiedad, al Juzgado ni al Ministerio Fiscal los atestados sin autor conocido (MFGE, 2019: 1072). Esto sin duda, descongestionó enormemente el sistema penal desde el año 2015 a la fecha, pues en los hechos casi todos los delitos patrimoniales sin “imputado o sospechoso conocido”, no son elevados a la Fiscalía o Juzgados³⁵.

Lo cierto es que cuantitativamente las conformidades como solución del sistema penal español ha tenido un aumento sostenido, incluso a pesar (o por lo mismo quizás) de los cambios legales, sustantivos y adjetivos, producidos con la gran reforma del año 2015, a los que haremos referencia párrafos más adelante³⁶.

naturaleza leve efectuada en el CP con el fin de aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la tramitación y enjuiciamiento de las faltas”.

³⁴ Por atestado, deberemos entender el instrumento oficial (acta) en que una autoridad o sus delegados hacen constar como cierto algo. Normalmente se indican en un atestado la descripción del hecho denunciado, las diligencias instruidas, el o los posibles autores y la o las posibles víctimas del mismo (si las hubiere). La LECRIM se refiere al atestado en los artículos 292, 293 y 294.

³⁵ Artículo 284 (LECRIM). “Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requerido...No obstante, cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias...”.

³⁶ La Circular 1/2015 de la FGE, alude a la alineación entre el fallido anteproyecto de reforma de LECRIM (2011), que pretendía una nueva política criminal en el caso de los delitos de baja intensidad. “La reducción del número de faltas –delitos leves- en la nueva regulación que se introduce viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

Sin embargo, ese incremento ya se venía observando desde la reforma anterior (2002), que amplió las conformidades efectuadas en el procedimiento abreviado. Como se constata en la Figura N° 3, las conformidades en el 2004 se ubicaban en torno al 40% para una década después constituir casi el 60%. Hoy ciertamente estas cifras son superiores.

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Casos Resueltos	116.704	120.115	112.279	118.335	177.882	190.039	169.153	180.686	165.014
Resuelto elevado a Juicio Rápido	19,6	21,9	26,8	28,5	23,4	23,5	25,4	23,3	23,6
Resuelto con Conformidad	40,2	40,0	41,7	46,2	55,8	57,2	55,5	55,7	58,0

FIGURA 3. Forma de término de los procedimientos abreviados desde su reforma el año 2002/2003.

Fuente: Boletín de Información Estadística, N° 32 marzo del 2013 a 10 años de los Juicios Rápidos (Ley 38/2002), Consejo General del Poder Judicial.

Lo cierto es que la caída de ingresos penales desde el 2015 y la consecuente disminución de las cargas de trabajo de hasta 56% entre el 2015-2016 (MFGE, 2019), no ha incidido en que disminuyan las conformidades. Tampoco ha tenido efectos en la mejora de la gestión de causas, ni ha afectado la calidad de las salidas al proceso penal³⁷. De algún modo, en teoría se esperaría que este sistema “más liviano” no opte de modo mayoritario por la vía rápida (conformidades) en la solución de los conflictos penales. Sin embargo, si esto no ocurre, significa que hay otros factores, algunos extrajurídicos, que promueven la aceleración del proceso penal.

³⁷ Otra modificación relevante que habría propiciado mayor aceleración al sistema es la modificación del Art. 324 de la LECRIM (2015), modificando el control temporal de los procedimientos penales, indicando seis meses prorrogables como plazo para terminar la investigación en asuntos de tramitación sencilla.

3.2) LA NATURALEZA DEL FRONDOSO SISTEMA DE CONFORMIDADES.

No obstante, en ocasiones el asunto sobre el gerencial-eficientismo en el sistema penal pareciera un asunto abstracto, solo accesible al alto debate político-criminal y de la sociología del castigo, sí existe un contexto donde, tanto la literatura como los operadores del sistema (gestores político-criminales), están contestes en su materialización. Este ámbito no es otro que el ámbito de “los juicios rápidos y justicia negociada”³⁸ del sistema de justicia criminal.

En la literatura estas herramientas procesales reciben diferentes denominaciones, a saber, “juicios *fast track*”, “justicia penal negociada”, “justicia consensual”³⁹ o “confesión en procedimiento” (ya sea reconociendo responsabilidad o admitiendo los hechos). Grosso modo, podemos entender a este tipo de términos judiciales como ciertos procedimientos u opciones procesales que la ley autoriza, cuando concurren ciertos requisitos, al objeto de que la tramitación de la acusación de un delito se realice de manera rápida, evitando un juicio oral, considerando así, que el sujeto acepta responsabilidad (acuerdo del acusado con los hechos, el delito y la pena) con una probable reducción de condena.

La doctrina internacional incluye en este grupo a procedimientos como el abreviado, las conformidades, el simplificado y otros relacionados con faltas (o de menor entidad) como son los denominados procedimientos monitorios. En España estas herramientas son antiguas⁴⁰ y la literatura usualmente pone de relieve su débil sistematización y su naturaleza compleja (Gómez Colomer, 2012:23), algunos incluso

³⁸ Desde un punto de vista crítico, cuando analizamos este modelo de juzgamiento, en realidad nos encontramos frente a meros procedimientos rápidos, pues ni siquiera se presentan los elementos básicos del juzgamiento para hablar de “juicios rápidos”.

³⁹ Esto se basa en el denominado “principio del consenso procesal”.

⁴⁰ En el modelo español el sistema de conformidades data desde el año 1835 e incluso desde antes para los delitos flagrantes (Fraga, 2018:13; Gimeno Sendra, 2002). Reforzándose estos procedimientos con la reforma de fines del siglo XIX, más el dictado de la actual LECRIM, y su apertura definitiva en las reformas de 1988. Ciertamente sólo a partir de esta última reforma se puede hablar de un auténtico modelo de conformidades acoplado a una visión “aceleracionista” de la justicia penal. .

hablan de un verdadero “caos procedimental” (Ferré, 2018; Del Moral García, 2015; Barona Vilar, 1994). Sin embargo, también se destacan elementos positivos del sistema de conformidades, como su diversidad y amplia variedad de opciones procesales que ofrece, esto ha llevado a algunos autores a hablar de la “frondosa selva de conformidades”⁴¹ (Gimeno Sendra, 2004).

Lo cierto es que la conformidad no es un procedimiento, ni un juicio en sí mismo, sino que constituye un modo alternativo de resolver el conflicto penal (convenio, acuerdo, declaración de culpabilidad), en otras palabras, “es un tipo de término al proceso penal”, “una opción procesal que la ley otorga” (Fraga, 2018: 27), o un “allanamiento penal” como decía Niceto Alcalá-Zamora (1962)⁴². Sin embargo, es innegable que desde una perspectiva estadística (vista en párrafos previos), más que un modo alternativo, es el núcleo para resolver el litigio penal⁴³. Por esta razón, la conformidad es algo amplio, mucho más que una simple confesión (De Diego Díez, 1997), encontrándola dispersa en distintos procedimientos como el abreviado, ordinario o procedimientos rápidos (Del Moral García, 2008:11; Fraga, 2018). Sin embargo, es en estos últimos “enjuiciamientos”, donde toma realmente un cariz “aceleracionista” (Hernández, 2002), debido probablemente, a que las ansias por el eficientismo, son mayores en éste, que en otros procedimientos. Por tanto, la conformidad no es un procedimiento, según la LECRIM es una forma de poner fin al procedimiento, por tanto sería parte del procedimiento.

⁴¹ Esta “frondosidad” puede interpretarse como otra expresión más de la aplicación del principio de oportunidad reglada. Alejándose así del modelo ilimitado del principio de oportunidad del modelo norteamericano (Ferré, 2018).

⁴² Es posible observar la diferente nomenclatura utilizada para tratar la misma materia, denominándosele a las conformidades como “institución”, “modelo”, “procedimiento”, “tipos”, “modalidades”, “juicio”, “sistema”, etc. (Hernández, 2002; Del Moral, 2008; Gómez-Colomer, 2012; Ferré, 2018; Fraga, 2018).

⁴³ Este fenómeno pareciera ser de carácter global. Así en Alemania ya se habla de justicia criminal sin juicios (Weingend, 2021). En Estados Unidos por ejemplo, los juicios orales o de jurados son marginales, existiendo una verdadera tasa de administrativización del sistema penal (Langer, 2019). Por ello, cuando se habla del sistema estadounidense de justicia se dice que es un “sistema penal de conformidades”, no un sistema de juicios (Ferré, 2018:3).

En términos sintéticos el “frondoso” sistema (Gimeno, 2004) de conformidades español se compone del siguiente modo⁴⁴: I) Conformidades dentro de la LECRIM, y estas a su vez se podrían clasificar como: a) Conformidades del procedimiento ordinario, arts. 655 y 688 y ss. LECRIM. Estas son posibles en el escrito de calificación y al inicio del juicio oral. b) El Procedimiento Abreviado de la regla 5ª del nº 1 del art. 779, el 3º del art. 784 y el nº 1 del art. 787 LECRIM. Esta es posible en cualquier momento previo al auto de continuación de diligencias por los trámites del procedimiento abreviado hasta el acto de juicio y antes de practicarse la prueba. c) En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Esta es posible ante el Juzgado de Guardia una vez tomado conocimiento del contenido de la acusación (“conformidad” del art. 801 LECRIM). También sería posible en cualquier momento antes de iniciarse la prueba en el juicio oral. d) El proceso por aceptación de Decreto.

Además, existen otras conformidades que podemos denominar II) Conformidades fuera de la LECRIM, que serían: a) La conformidad ante el Tribunal del Jurado. Esta sería posible en el juicio oral produciendo la disolución del jurado. b) La conformidad del procedimiento de menores, siendo posible llevarla a cabo en diversidad de instancias desde la audiencia con las alegaciones que contiene el escrito del Ministerio Fiscal. c) La conformidad dentro de la Jurisdicción militar, la cual sería factible tras la apertura del juicio oral hasta el comienzo de las sesiones del juicio mismo. Ciertamente, no es el espacio para enfocarnos en cada uno de los tipos de conformidades (o procedimientos donde son admisibles), pero sí nos referiremos a aquellas que tienen un marcado sello gerencial-eficientista⁴⁵.

⁴⁴ Las conformidades no tienen una definición legal. En todo caso en la expresión de motivos de la Propuesta del Código Procesal Penal del 2013, se indicaba que las Conformidades es, *aquella institución que permite la emisión de sentencia condenatoria sin juicio, por la aceptación de la pena más grave solicitada, que el código potencia mediante la extensión de su ámbito.*

⁴⁵ También es reseñable la existencia de una Conformidad de las Personas Jurídicas, incorporada con la Ley 37/2011, que modificó el art. 787, y que indica “cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado...dicha conformidad...podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre con relación a estos”.

Sin duda, el hito moderno en la configuración de las conformidades es la introducción del procedimiento abreviado en 1989 (Ley Orgánica 7/1988, 28 de diciembre). Este cambio legislativo, abrió las puertas a la doctrina del “Consenso Procesal”, y aunque no introdujo grandes cambios (Gómez Colomer, 2012), sí amplió la tipología (para delitos de menos de 9 años de prisión) y mejoró los momentos procesales para las conformidades, y estimuló a la Fiscalía General del Estado para fomentar la utilización de esos “métodos paccionados”⁴⁶(en el modelo anterior la conformidad consistía en que el imputado solo se adhería al escrito de acusación). Lo cierto es que esa nueva filosofía o “apología eficientista” quedaría reflejada de modo claro en la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado (Del Moral, 2008).

El siguiente hito fueron las Leyes 8/2002 y 38/2002 que modificaron la LECRIM, introduciendo los procedimientos rápidos e inmediatos para determinados delitos y faltas⁴⁷. Probablemente es una de las manifestaciones más explícitas de esta visión gerencial/eficientista, también se le denomina “conformidad premiada”. Esta conformidad tiene como elemento más sobresaliente la reducción en un tercio de la pena solicitada en la acusación (evitando el juicio oral y en ocasiones la instrucción). Sus raíces distinguiblemente gerenciales se observan en la expresión de motivos de la Ley 38/2002, pues establece como objetivos: “...la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes y la simplificación de trámites en las grandes causas. Indudablemente, el sistema de conformidad que implementa (tramitada en el propio Juzgado de Guardia y con la automática reducción de la pena en el tercio) debe contribuir decisivamente a la agilización...”.

⁴⁶ Ver en la Circular 1/89 Fiscalía General del Estado. https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_01_1989.pdf.

⁴⁷ Para potenciar estos cambios en la Circular 1/2003, de 7 de abril de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, deja en claro su indiscutible tenor gerencial del siguiente modo “...que los daños ocasionados por el delito, *obligan a los poderes públicos a empeñar todos sus esfuerzos con el fin de hacer realidad la aspiración generalizada de mayor celeridad y eficacia*”.

En términos más contemporáneos un ejemplo del sello gerencial-eficientista es “la conformidad por decreto”. Esta emerge cuando el año 2013 se hace imposible la aprobación de un nuevo código procesal penal para España, lo cual se compensó político-criminalmente con la promulgación el año 2015 con una legislación denominada de “Ley de Fortalecimiento del Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal y el Fortalecimiento de las garantías procesales”. De este modo, se introduce una especie de Procedimiento Monitorio Penal, para la resolución rapidísima para delitos de menor gravedad y faltas con el objetivo de aligerar la carga de trabajo de los tribunales. La instauración de este procedimiento tenía como objetivo otorgar rapidez y economía en la respuesta punitiva a estas infracciones, se buscaba en definitiva la máxima eficacia en la resolución del conflicto (Fraga, 2018; Ferré, 2018; Colomer, 2012; Castillejo, 2015). Se constituye de este modo una conformidad en la fase de instrucción penal. De forma crítica, Muerza Esparza (2015) dice que se instaura un nuevo instrumento jurisdiccional para imponer penas leves o menos graves de la manera más rápida posible en el que no existen propiamente fases del proceso y que desnaturaliza absolutamente el significado del proceso penal⁴⁸.

3.3) ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL MODELO DE JUICIOS O PROCEDIMIENTOS RÁPIDOS.

Los fundamentos para la existencia de las conformidades y de otros procedimientos de este tipo, basculan entre razones de carácter técnico-utilitaristas, como la economía y la celeridad procesal, y argumentos valórico-jurídicos como la idea de “pronta justicia”. Ahora bien, desde una perspectiva político-criminal mucho más general, se suelen indicar justificaciones que se mueven bajo la idea de que las conformidades cooperan a la reinserción social del sujeto, aligeran la carga de trabajo

⁴⁸ El Anteproyecto de LECRIM 2020 (ART. 164 a 173) mantiene en general las regulaciones de las Conformidades, así, no se modifica la negociación extrajudicial de las partes, se amplía la posibilidad a cualquier procedimiento, delito y pena, sin las restricciones actuales (salvo el jurado que mantiene su régimen actual), además se puede rebajar la pena hasta en un grado (la mitad de la pena), es decir, mayor que el tercio actual.

de las agencias penales, o bien, simplemente indican que el sistema penal debiera quitarse ese cúmulo “graso” de casos menores, facilitando la descongestión judicial (Ferré, 2018)⁴⁹. De este modo, se permitiría que el sistema penal dirija sus esfuerzos sobre la delincuencia difícil, como la económico-corporativa, la corrupción o la de poderosos⁵⁰. Incluso a nivel de justicia internacional se destaca la ventaja del *plea bargaining*, para mejorar la eficiencia en la aclaración de delitos que de por sí son complejos de investigar (Turner, 2017:240-241). Lo cierto, es que no son pocos los autores que asumen la realidad de la justicia negociada, pero promueven que esta sea “fuertemente reglada”, logrando de este modo balancear sus ventajas y desventajas político-criminales (Gómez-Colomer, 2012).

Por su parte, quienes critican el uso masivo de estos instrumentos, argumentan que estamos ante una verdadera renuncia, crisis y degradación de la jurisdicción penal (Schünemann, 2012), dado que no se tutelan derechos de los acusados, ni se protege a la sociedad (Del Moral, 2008:6), diluyéndose así la confianza en el sistema judicial (Viano, 2012), hasta el punto que, en ocasiones, inocentes pueden aceptar la condena a fin de no recibir un castigo mayor, lo que acrecentaría indirectamente el porcentaje de la estadística del error judicial (Lascaurín y Gascón, 2018). Indican así, que la valoración de la responsabilidad penal y la cuantificación penológica, estaría entregada a la simple negociación de los intervinientes del sistema. Otros, argumentan que el objetivo de la descongestión del sistema de justicia penal, ha impulsado la creación de sistemas rápidos de “gestión de la flagrancia”, llevándonos a una verdadera “macdonalización” del sistema penal (Gañon, 2007). En general las críticas convergen en

⁴⁹ Estadísticamente se entiende por tasa de resolución el cociente entre los asuntos resueltos y los ingresos en un determinado período, poniendo en relación el volumen de ingresos con la capacidad resolutoria. Tasa de descongestión: cociente donde el numerador está formado por suma de los asuntos pendientes al inicio del período y donde el denominador son los asuntos resueltos en dicho período. (La Justicia Dato a Dato, 2019:41, www.poderjudicial.es).

⁵⁰ En diferentes procesos reformadores no es inusual que se esgriman razones de carácter económico, por ejemplo en la reforma al sistema de justicia penal en Chile, el Informe Valdivieso, hizo una serie de estimaciones basadas en la racionalidad económica, y se calcularon los gastos tanto en los procedimientos abreviados como en las salidas alternativas al procedimiento (González, 2018:228).

que el modelo “*fast track* de justicia penal”, ha contribuido de manera significativa y acelerada a la procesualización⁵¹ de la justicia, cuyo costo más alto es la encarcelación masiva, así como una retirada de las discusiones sustantivas al interior de los juicios penales con consecuencias garantistas negativas palpables.

Otra crítica usual, es que los procedimientos de negociación, son abiertamente desequilibrados, en muchos casos en un contexto de “coacción o presión indirecta”, o bien, configurados mediante “engañosas ofertas” o “tentadores incentivos” de rebajas de condena hechas a los imputados (Ferré, 2018). De este modo, primarían las negociaciones clandestinas (para-procesales), ausentes de control judicial (Schünemann, 2012; Del Moral, 2008: 5). En síntesis, el acuerdo se parecería más a un “contrato de adhesión” o a lo sumo un “regateo”,⁵² más que a una negociación libre y espontánea⁵³. De este modo, aumentan las probabilidades de que se aceptan acusaciones, referidas a hechos respecto de los cuales no se es realmente responsable, lo cual tendría un efecto evidente sobre la eventual condena de inocentes (Viano, 2002; Del Moral, 2008; Ferré, 2018).

Estas críticas son observables en la práctica procesal penal española. Así, en un elevado número de casos, los escritos de calificación provisional del Ministerio Fiscal (Fiscalía) difieren en caso de que se llegue a una conformidad o no. En el primer supuesto (con conformidad), se solicita una pena inferior, en el segundo (sin conformidad), se agrava la pena solicitada. Desde la óptica de la fiscalía esto aparenta normalidad y no se entiende como chantaje, sino como un doble beneficio. Comprenden

⁵¹ “Procesualismo”, entendido como aquella perspectiva que identifica la realidad social, en este caso la realidad político-criminal del sistema de justicia, como constante flujo y cambio, como un proceso puro en sí mismo, por tanto “estandarizable” en todos sus elementos. Alejándose así de un concepto más sustancial de la realidad, por extensión lejano a un concepto sustancial de la política criminal y de la justicia penal.

⁵² De hecho una de las acepciones de la “*bargaining*” (plea bargaining), se asimila a regateo, es decir, la práctica habitual realizada en los bazares por los mercaderes para fijar un precio (en este caso una pena).

⁵³ Un factor que impulsaría a los Fiscales y defensores, en diversas realidades político-criminales se refiere a las presiones de cumplimiento estadístico a las cuales son sometidos. Obviamente esto es más intenso en aquellos sistemas donde la gerencialización alcanza cotas muy altas, especialmente en los modelos angloamericanos y latinoamericanos.

que el primer beneficio (si se produce conformidad) se daría por la recalificación considerando los hechos como menos graves, por tanto se pide una pena inferior, el segundo beneficio (en los supuestos de los procedimientos seguidos ante el juzgado de guardia especialmente), se produciría por la reducción del tercio de la condena. Sin embargo, desde el punto de vista de la defensa, este doble beneficio es una ilusión pues el tercio lo establece la propia ley, así realmente estaríamos ante un verdadero chantaje para llegar a la conformidad, al presentarse al defendido dos opciones de futuro, una cierta con menor gravedad, y una incierta y agravada a pesar de tratarse de los mismos hechos.

Otras críticas, son que alteran la competencia de los poderes públicos, pues las fiscalías realizan “ofertones” penológicos, que diluyen lo determinado por el legislador⁵⁴. Además, estas rebajas pueden basarse en elementos inmorales, como sería el uso de falsos testimonios o con excesivas delaciones compensadas (Ferré, 2018). Paradójicamente quienes critican el “garantismo” como una política-criminal excesivamente condescendiente con la delincuencia, también critican esta institución, pues para ellos, la justicia negociada establece finalmente penas menores a lo que correspondería, fomentando la “impunidad penal”⁵⁵. Otro cúmulo de cuestionamientos, pero ligados a temas procesales, son la existencia de una asimetría de información entre Fiscalía y defensa, la penalización indirecta del “no acuerdo” (persecución vengativa), la aceptación de acuerdos por la imposibilidad económica de sostener un juicio, o el rol indirecto de la Policía mediante la provisión de pruebas falsas o al menos no contrastadas en un juicio.

⁵⁴ Sin duda, este es un punto crítico del modelo de justicia negociada. Pues si el Estado asume con tanta facilidad la reducción de penas (en el caso español un tercio), significaría que las penas en los códigos penales ¿están “infladas”?, tanta diferencia no puede consistir únicamente en una retribución por llegar a un acuerdo, no olvidemos que se trata ni más ni menos que de un tercio de reducción de la pena. Por ello, habría que reflexionar sobre qué parte de la reducción responde realmente al incentivo del acuerdo (razón político-criminal) y qué parte, amortiza indirectamente, un artificial incremento penológico, establecido ab initio en el Código penal (razón penal).

⁵⁵ Ferré (2018), indica que en el sistema estadounidense críticas similares se hacen desde la vereda de grupos conservadores que defienden la idea de Ley y Orden.

Críticas hechas desde una visión organizacional, se refiere al uso falaz y equivocado de los conceptos “eficiencia y resultados” en el sistema penal, dando por hecho que el modelo de los juicios rápidos son la panacea para los problemas del sistema de justicia criminal, cosa no demostrada ciertamente. Creemos que ante la tensión entre eficiencia y justicia, debe primar esta última, por ello, algunos autores como Fix-Fierro (2006) hablan de la “juridificación” de la eficiencia. En cualquier caso, las críticas de este estilo de justicia penal, ya era criticada por autores clásicos de la doctrina penal, así Juan Bustos (2007) indicaba que “...bajo la excusa de la búsqueda de eficacia y el exceso de carga de los tribunales se han introducido procedimientos que al final han significado pérdida de garantías para los inculpad...estos procedimientos chocan abiertamente contra principios garantistas básicos, como la oralidad y la publicidad del proceso ... se vulneraría el principio de igualdad, pues aquel sujeto que se niega a cooperar se vería expuesto a un trato más duro” (Bustos, 2007: 346).

Lo cierto es que los procedimientos rápidos existían antes de la emergencia del paradigma gerencial⁵⁶. Lo que sucede es que hay un cambio en la intensidad de su uso, probablemente presionado por la necesidad de gestionar un contexto de “masificación judicial” pocas veces visto en la historia judicial. Además, se instaló la idea de que estos procedimientos permiten responder de mejor modo a la demanda ciudadana, debido a la mayor celeridad en la resolución de los asuntos penales (Silva Sánchez, 2006). Así, el asunto ya no sería solo la introducción de técnicas procesales específicas para descongestionar el sistema penal, sino que se dan en un momento en que las técnicas gerenciales son bienvenidas. Esta bienvenida se daría por dos razones: primero, porque no se ha propuesto un modo alternativo para gestionar la masificación de casos, y segundo, porque el modo gerencial de entender la justicia criminal, serviría para responder a la exigencia de que el proceso penal se haga cargo también de la eficacia,

⁵⁶ Lo cierto es que en España desde 1835 ya se conocen este tipo de procedimientos. Algo similar ocurre en otros contextos como el alemán o la larga tradición del *plea bargaining* en Estados Unidos. Sin embargo, no será hasta la gran reforma de la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1974 cuando se introduce el principio de oportunidad reglado y el monopolio de la acción penal pasa al Ministerio Público (Fraga, 2018:37-57).

la persecución penal, la seguridad pública, en definitiva, convertir al proceso penal en otra herramienta de lucha contra la delincuencia (Gascón, 2009: 15-16)⁵⁷.

Por tanto, si concebimos que el discurso gerencial/eficientista se acopla de buena manera en el ámbito procesal penal español, de algún modo moderaría la hipótesis que indicamos en la introducción del artículo, en el sentido que los fenómenos “gerenciales” interaccionan más “amigablemente” en los sistemas acusatorios (adversariales), que en los inquisitoriales o acusatorios “espurios”⁵⁸. Así, el gerencial/eficientismo, operaría de modo independiente al modelo procesal imperante, quizás de un modo menos intenso que en el acusatorio, por la propia resistencia del principio de legalidad versus oportunidad, y a las resistencias culturales de cada sociedad (oportunidad reglada). Pero al fin y al cabo los objetivos “eficientistas” están anclados en factores no solo internos (masificación de casos, atraso judicial, etc.), sino que también externos (uso de la informática, estadística, demanda social de celeridad, etc.). Lo anterior explicaría que, si bien en las reformas latinoamericanas el fenómeno gerencial parece más evidente que en Europa, esto se debería en gran parte a que los sistemas de justicia europeos, históricamente han tenido unas burocracias judiciales más consolidadas, lo cual, actuaría como dique de contención a la colonización de un gerencialismo intenso. Esto probablemente no ha operado en otros ámbitos europeos donde la construcción organizacional es más reciente, específicamente lo que se relaciona con la gerencialización de la “burocracia paneuropea”, ya sea a través de la Comisión Europea o incluso de las propias cortes europeas.

A día de hoy el sistema de conformidades, tal como lo hemos exhibido previamente, es la salida mayoritaria al sistema penal. Así los procedimientos que, en teoría son el núcleo de cualquier modelo de

⁵⁷ Otra transformación en los sistemas de justicia criminal contemporáneos (además de las obligaciones securitarias), es convertir el proceso penal en instrumento reparador de la víctima, no sólo en términos materiales sino también simbólicos. Esto ciertamente es coherente con el denominado fenómeno político criminal del “redescubrimiento de la víctima en el sistema penal” (Gascón, 2009:12).

⁵⁸ En el modelo de justicia penal francés también se ha rastreado el impacto de las lógicas gerenciales, dando cuenta de ello bastante literatura (Vigour, 2006; Mouhanna y Vesentini, 2016).

enjuiciamiento, es decir, juicio oral propiamente tal y juicios por jurado, tienen un papel más bien de carácter simbólico que uno protagónico. Por ello, algunos autores, proponen una visión realista y conciliadora, proponiendo la regulación de la conformidad más que su eliminación (Gómez-Colomer, 2012; Ferré, 2018). Pero esto no debe ocultar que detrás, de la “americanización” del sistema de justicia penal español, persisten los problemas comunes a muchos sistemas penales occidentales. Estos son, la masificación de casos y los atrasos o cargas judiciales. Así, ante la proliferación de conflictos, los sistemas de justicia penal han recurrido al uso intensivo de la gestión para controlar en mínimos razonables esta situación y el marco teórico seleccionado (directa o indirectamente) es lo que se suele denominar el *New Public Management*.

CONCLUSIONES

a) A pesar de los escasos estudios realizados, tanto sobre el gerencialismo y como sobre el eficientismo en España, la penetración de sus lógicas en el sistema penal es indudable.⁵⁹ Ciertamente, esta ha ocurrido de manera diferente a otros contextos, como por ejemplo respecto del modelo angloamericano (especialmente estadounidense) donde el *ethos* pragmático es casi la esencia del modelo de justicia. O bien, respecto de las reformas procesales penales latinoamericanas, que se movieron desde un sistema de rasgos inquisitivos a uno de corte acusatorio. Estas últimas, entre otras razones, tuvieron su justificación en el abandono de los modelos de justicia propios de épocas dictatoriales, como también se insertaron en procesos de modernización general de diversos estados latinoamericanos (Sozzo, 2020; Binder, 2000; González, 2015; Duce, 2009; Langer, 2007). Por tanto, se vuelve interesante que a pesar de que el modelo que rige en España no es “acusatorio puro”, bastantes de las lógicas eficientistas y

⁵⁹ Es curioso, que la literatura hasta ahora no desarrollado una ligazón entre el sistema de conformidades o juicios rápidos con el debate que se da en diferentes contextos internacionales sobre gerencialismo y eficiencia penal. Una de las razones para explicar esta situación es la situación “peculiar” de los estudios de derecho procesal penal en el contexto español, su relativo aislamiento respecto del campo de los estudios penales y más aún de los estudios criminológicos.

gerenciales que la literatura internacional ha detectado en otros sistemas, se encuentran presentes en el sistema penal español, a saber: aceleración de ciertos procedimientos (juicios rápidos, conformidades o flagrancias) y apertura a procedimientos monitorios penales (aunque no necesariamente reconocidos con ese nombre), incorporación de indicadores y metas de gestión en las agencias penales (especialmente policiales aunque con un éxito discutible), planificación estratégica (especialmente a nivel central), protocolización y estandarización de procedimientos, incorporación de normas ISO (especialmente en ámbito policial), privatización de servicios específicos (justicia juvenil, ejecución de penas no privativas de libertad y servicios de reinserción de ex reclusos), utilización de tabulación de riesgos (especialmente en el campo penitenciario, y en los procedimientos de intervención en violencia de género), uso intenso de las TICs, entre otras características.

b) Lo anterior nos hace pensar que hay otros fenómenos jurídicos, tecnológicos y socio-económicos, que están más allá del diseño procesal, y que a su modo están consolidando un “modelo aceleracionista y eficientista en los sistemas procesales penales”. En esta línea se puede asumir que el sistema de justicia penal opta por un modelo aceleracionista para las causas “mas licuables” (flagrancias, por ejemplo), aquellas de fácil tramitación y escaso inconveniente garantista, y al mismo tiempo, opta por una justicia penal más ralentizada (con menos garantías), para aquellos delitos más graves, difíciles de investigar y de procesar (como el crimen organizado por ejemplo). Ciertamente esto es discutible pues puede convivir una modelo aceleracionista con notables pérdidas de garantías. A esta pérdida de garantías procesales algunos le han denominado un “proceso penal del enemigo” (Gascón, 2009).

Sin embargo, es bueno advertir, que lo que pudiera parecer razonable en términos de modular la intensidad de gestión del sistema, acarrea una trampa, pues finalmente la disminución de garantías para combatir la “alta criminalidad”, termina trasladándose y normalizando en los delitos de “menos intensidad”⁶⁰. Sin embargo, se requiere de

⁶⁰ Una crítica similar ya se hizo en su tiempo respecto del derecho penal de dos velocidades. Al fin y al cabo la pérdida de garantías se manifiesta más intensa en la delincuencia clásica, es decir, en aquellos cometidos por las clases

más investigaciones para afinar las intersecciones de estos diferentes fenómenos, para ello es imprescindible observar el sistema de justicia penal, no sólo desde una óptica procesal penal como concatenación de plazos y procedimientos, sino que complementariamente se necesita hacerlo desde el cruce disciplinar entre el derecho, la sociología del castigo, la política-criminal y las ciencias sociales en general.

b) Una de las manifestaciones palpables de este paradigma eficientista, se consolida en el modelo o institución de las conformidades, materializado especialmente en los procedimientos rápidos o abreviados, y en general, en todo procedimiento donde es posible llevar adelante la justicia negociada. Las estadísticas son contundentes, la conformidad corresponde casi al 70% del modo en que termina un litigio penal ordinario y en el 90% de los juicios rápidos es la manera preferente (obviamente lo normal será que sean sentencias condenatorias). Así, se replica lo que sucede en otros contextos de occidente, donde “el juicio” propiamente dicho (y el de los Jurados) realmente tienen un rol testimonial. Esta administrativización de enormes sectores del sistema de justicia penal, sería además un fenómeno coherente con la denominada “administrativización del Derecho penal”. Por el momento no existen razones para pensar que esta deriva pueda revertirse, y lo esperable es que las cifras se estabilicen por sobre el 90% en este tipo de soluciones. Una forma de morigerar los “efectos perversos” que esto puede generar sería un mayor control judicial sobre este tipo de acuerdos (una conformidad reglada), con el evidente riesgo de conculcar la celeridad vía aumento de la burocratización⁶¹. Otro paliativo sería ensanchar el camino a la “justicia restaurativa” para poder tener una justicia negociada (conformidades) con mayor contenido (Gaddi, 2020). Soluciones similares han sido propuestas en España por el Grupo de Estudios de la Política Criminal (GEPC, 2014).

socialmente más desintegradas, más que en la delincuencia socioeconómica o de poderosos (Díez-Ripollés, 2004).

⁶¹ Otro problema que puede suscitarse por el exceso de control, es la contaminación del juzgador (en los casos en que la conformidad no se produzca en los juzgados de instrucción o de control), al conocer los hechos con anterioridad a ser juzgados y conocer los detalles de la negociación entre Fiscalía y defensa.

c) Un argumento para aquellos que propugnan la creación de un cuerpo gerencial en la justicia penal española, sería que realmente nunca se ha logrado transformar sistémicamente la dimensión organizacional del sistema criminal. Es más, el intento más amplio al respecto fue la creación de la Nueva Oficina Judicial, la que realmente no terminó de implementarse por diversas razones (políticas, administrativas, de cultura organizacional). Además, estos cambios apuntaron más bien a transformar los despachos judiciales, que a un cambio organizacional real en las agencias penales. A lo anterior hay que agregar que es difícil pensar una mutación organizacional de esa escala si previamente no se hacen las transformaciones necesarias en el plano adjetivo (un nuevo código procesal penal) que reemplace la antigua LECRIM. Lo anterior es relevante, pues, a pesar de que organización y mundo jurídico corren en muchas ocasiones por carriles separados, son innegables las relaciones que existen entre unas y otras, por ello es recomendable que al mismo tiempo que se transforme la ley adjetiva procesal penal, se evalúe la organización que la pondrá en ejecución.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, (1962). *El allanamiento en el Proceso Penal*. Buenos Aires: EJEA.

ALONSO CUEVILLAS, Jaume, (2015). *Eficiencia y transparencia del sistema de justicia español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*. España: Editorial: J.M. BOSCH.

ARMENTA DEU, Teresa. (2015). Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>

BARONA VILAR, Silvia, (1994). *La Conformidad en el Proceso Penal Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

BINDER, Alberto, (2000). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

BRANDARIZ GARCÍA, José, (2016). *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Editorial Dykinson.

BUSTOS, Juan. (2007). *Obras completas. Derecho penal. Parte General*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

CARVAJAL, Zunilda, (2010). Las reformas procesales penales en Francia. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 15 (23-33), 2010, Universidad San Sebastián (Chile)

CASTILLEJO MANZANARES. Raquel, (2015). Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto. *Diario La Ley* N° 8544.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. (1997). La conformidad del acusado, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. (2008). La conformidad en el proceso penal. Reflexiones al hilo de su regulación en el procedimiento español. *Revista Auctoritas Prudentium*. Guatemala.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. (2015). Otra vez sobre la conformidad y conformidades en el proceso penal. En DEL MORAL GARCÍA, Antonio.; VERDEJO, Jaime. *Fernando Herrero Tejedor Algar – Liber Amicorum*. Pp, 481-508. Madrid: Editorial Colex.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, (2009a). ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. (2009b). La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho. En CARBONELL MATEU, Juan Carlos *et al.* (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, (2004). El nuevo modelo de seguridad ciudadana. *Revista de Derecho penal y Criminología*.

DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, (2012). Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española. *Revista de Estudios Judiciales*. N° 16. Pp: 31-54. doi:10.5354/0718-4735.2013.29492

DOMÍNGUEZ, José Luis.; RODRÍGUEZ, Anabel, (2003). Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal. En DA AGRA, Cándido *et al.* (eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo: Un debate abierto*. Barcelona: Atelier.

DUCE, Mauricio, (2009). Reformas a la justicia criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos. En DAMMERT, Lucía (ed.). *Crimen e inseguridad, políticas, temas y problemas en las Américas*. Santiago de Chile: FLACSO Chile-Catalonia, Pp: 189-224.

FARALDO, Patricia, (2008). Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género. En MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas actuales del Derecho*

penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 737 y ss.

FEELEY, Malcolm.; SIMON, Jonathan. (1992). The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications. *Criminology*, vol. 30, núm. 4, 1992, págs. 449 y ss. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.1992.tb01112.x>

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonnathan, (1994). Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law. En NELKEN, David. *The Futures of Criminology*. Londres: SAGE Publications. págs. 173 y ss.

FEELEY, Malcolm, ; SIMON, Jonathan, (2003). The Forms and Limits of the New Penology. En BLOMBERG, T. G.; COHEN, S. *Punishment and Social Control*. New York: Routledge, págs. 75 y ss.

FERNÁNDEZ, Cristina; BRANDARIZ, José, (2016). Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación. *InDret*, no 4, pp. 1-25.

FERRÉ, Juan Carlos, (2018). El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 6.

FIX-FIERRO, Héctor, (2006). *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 332 pp. ISBN 970-32-2798-8.

FRAGA MANDIÁN, Javier, (2018). *Las diversas manifestaciones del la conformidad en el Derecho procesal español*. Madrid: Editorial SEPIN.

FREIBERG, Arie, (2005). Managerialism in Australian criminal justice: RIP for KPIs. *Monash University Law Review*. V. 31. N° 1, Pp: 12-36.

GADDI, Daniela, (2020). Materiales para una conformidad restaurativa. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6928>

GAÑÓN, Gabriel, (2008). ¿La macdonalización del sistema de justicia criminal?: La aceptación improvisada de los paquetes de reforma judicial para el tercer milenio. En BERGALLI, Roberto.; RIVERA BEIRAS, Iñaki.; BOMBINI, Gabriel. *Violencia y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, Pp. 237-265.

GARCIA MAGNA, Deborah, (2019). El recurso excesivo al Derecho penal en España. Realidad y alternativas. *Polít. criminal*. Vol. 14, No 27 (Julio 2019), Art. 4, pp. 98-121. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100098>

GARCIA, Elisa.; AGUILAR, Araceli.; BECERRA, José, (2013). *Informe ODA. La administración de justicia según los datos. Especial referencia a la jurisdicción penal*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.

GARLAND, David, (2003). The Rise of Risk. In ERICSON, Richard V.; DOYLE, Aaron (eds.), Risk and Morality. Toronto: Univ. of Toronto Press.

GARLAND, David. (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel; DEL REAL ALCALÁ, Alberto, ; SOLANES CORELLA, Ángeles. (2015). Modernización y mejora de la Administración de Justicia y de la operatividad de los jueces en España. *Documentos de Trabajo (IELAT, Instituto de Estudios Latinoamericanos)*, N° 71, Pp: 1-35.

GASCÓN, Fernando, (2009). Los procesos penales en Europa: Líneas de evolución y tendencias de reforma. *Revista de Derecho Procesal*, 2009, Pp: 469-498.

GIMENO SENDRA, José Vicente. (2002). “Filosofía y principios de los juicios rápidos”, *Diario La Ley*, n° 5667, Sección Doctrina, 2 de diciembre de 2002.

GIMENO SENDRA, José Vicente, (2004). La conformidad premiada en los juicios rápidos. Estudios Monográficos. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penitenciario*, N° 5 (mayo).

GOMÉZ COLOMER, José Luis, (2012). La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España. *Revue Internationale de Droit Pénal*. Vol.83. Pp:15-41. <http://doi.org/10.3917/ridp.831.0015>

GONZÁLEZ, Claudio, (2015). El New Public Management en las reformas al sistema de justicia criminal en Latinoamérica. El caso de Chile. *Actas Coloquios EchFrancia*. 7: 79-99.

GONZÁLEZ, Claudio, (2018). *Gestión, Gerencialismo y Sistema Penal*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial BdeF.

GONZÁLEZ, Claudio, (2020). Política Criminal y Gerencia Pública. Conceptos, características y relaciones. *Revista Cuestiones Criminales*. 3 (5/6). Pp: 8-34.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, (2014). *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Perdón, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch y GEPC.

HARCOURT, Bernard, (2007). *Against Prediction*. Chicago: Univ. of Chicago Press.

HARCOURT, Bernard, (2013). *Política criminal y gestión de riesgos: genealogía y crítica*. Buenos Aires: Ad- hoc.

HASSEMER, Winfred, ; MUÑOZ CONDE. Francisco, (1989). *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanc.

HERNÁNDEZ, José, (2002). Rapidez y Reformas del Proceso Penal. Jueces para la Democracia. *Información y Debate* 44. Pp: 27-32.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan.Antonio.; GASCÓN INCHAUISTI, Fernando., (2018). “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *Indret*, 3/2018.

LANGER, Máximo, (2007). “Revolution in Latin American criminal procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *American Journal of Comparative Law*, vol. 55. Issues 4, Pp:617-676. <https://doi.org/10.1093/ajcl/55.4.617>

LANGER, Máximo, (2014). La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista de Derecho Público N° 32* (Universidad de los Andes). Enero-Junio. <https://doi.org/10.15425/redepub.32.2014.18>

LANGER, Máximo, (2019). Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annu. Rev. Criminol.* DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255.

LOADER, Ian, ; SPARKS, Richard, (2007). Contemporary landscapes of crime, order and control: governance, risk, and globalization. In MAGUIRE, Mike *et al.* (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford/New York: Oxford University Press, , 4a ed.

MARTÍNEZ, Lucía, (2014). La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. N°2/2014.

MARTINEZ, Vicente, (2010). La Nueva Oficina Judicial. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. N° 25. Pp: 1-17.

MOUHANNA, Christian; VESENTINI, Frédéric, (2016). Indicators or Incentives? Some Thoughts on the Use of the Penal Response Rate for Measuring the Activity of Public Prosecutors' Offices in France (1999–2010). In: HONDEGHEM, Annie.; ROUSSEAU, Xavier.; SCHOENAERS, Frédéric. *Modernisation of the Criminal Justice Chain and the Judicial System. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Vol 50. Londres: Springer.

MUERZA ESPARZA, Julio, (2015). El procedimiento monitorio penal. *Actualidad Jurídica*. Aranzadi N° 897.

O'MALLEY, Pat, (2006). *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, Buenos Aires.

ORTIZ DE URBINA, Iñigo, (2003). *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: El análisis económico de la política criminal*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

ORTIZ DE URBINA, Iñigo, (2004). Análisis económico del Derecho y Política criminal. *Revista de Derecho penal y Criminología*., n.o extraordinario 2. Pp: 31-73.

PASTOR PRIETO, Santos, (2003). *Dilación, eficiencia y costes. ¿cómo ayudar a que la imagen de la Justicia se corresponda mejor con la realidad?*. Working Papers 201010, Fundación BBVA/BBVA.

PASTOR PRIETO, Santos, (1989). *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Madrid: Ed. Tecnos.

PUEYO, Andrés. ; REDONDO, Santiago, (2007). Predicción de la violencia: Entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 157-173.

RAYON BALLESTEROS, María, (2007). La nueva oficina judicial para el siglo XXI. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL (2007) 303-322.

RIVERA-BEIRAS, Iñaki, (2015). Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España. *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 9. Pp:102-144. *Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona*.

SCHÜNEMANN, Bernard, (2002). ¿Crisis del procedimiento penal?. Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo. En *“Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio”*. Madrid: Tecnos.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús, (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús, (1996) «Eficiencia y Derecho Penal», en *ADPCP*, pp. 93-127.

SIMON, Jonathan, (1988). The Ideological Effects of Actuarial Practices, en *Law and Society Review*, vol. 22, N° 4, 1988, Pp: 771 y ss. <https://doi.org/10.2307/3053709>

SOZZO, Máximo, (2020). *Reforma de la justicia penal en América Latina. Promesas, prácticas y efectos*. Buenos Aires: Ediciones DIDOT.

TURNER, Jenia, (2017). Plea Bargaining and International Criminal Justice. *The University of the Pacific Law Review*, Vol. 48, 2017.

VIANO, Emilio, (2012). Plea bargaining in the United States: A perversion of Justice *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 83. Pp: 109-145. <https://doi.org/10.3917/ridp.831.0109>

VIGOUR, Cécile, (2006). Justice: L'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques. *Droit et Société*, N° 63-64, Pp: 425-455. <https://doi.org/10.3917/drs.063.0425>

VILA, David, (2013). Regímenes de valoración de riesgos en las políticas de seguridad y control contemporáneas. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. N° 15-10.

VILLEGAS, Jesús, (2010). El Informe Léger: La supresión del juez instructor francés. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. Núm. 25, Pp. 19-35.

WEIGEND, Thomas. (2021). exclusion without trial? exclusion of evidence and abbreviated procedures. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 247-271, jan./abr. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.502>

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Este artículo es fruto de la estancia de investigación del autor en el Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga el año 2020, y constituye parte de su proyecto de investigación Fondecyt/Posdoctoral N° 3180458 financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), proyecto denominado “Análisis del concepto y uso de la eficiencia en el sistema penal chileno: El factor cuantitativo-gerencial”. También agradezco a los profesores F. Montijano, J. Becerra y J. Orellana del departamento de Derecho penal de la Universidad de Málaga, y al profesor J.A. Brandariz de la Universidade da Coruña, por sus valiosas sugerencias y críticas al borrador de este texto.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 27/04/2021
- Desk review and plagiarism check: 27/04/2021
- Review 1: 09/05/2021
- Review 2: 09/05/2021
- Preliminary editorial decision and transference to V7N3: 16/05/2021
- Correction round return: 24/05/2021
- Final editorial decision: 30/05/2021
- Postprint deposit: 25/06/2021 <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.2515>

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GONZÁLEZ GUARDA, Claudio Javier. La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2061-2102, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.538>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

**Persecução penal: investigação,
juízo oral e etapa recursal**

*Criminal prosecution: investigation,
public oral trial and appeal*


O procedimento penal por fatos de criminalidade organizada: do maxi-processo ao «grande processo»¹

*The criminal proceeding for facts of organized crime:
from the maxi-processo to the «big process»*

Renzo Orlandi²

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Italia

renzo.orlandi@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-3027-4972>

RESUMO: Neste artigo são analisadas as transformações no processo penal posteriores ao *maxi-processo*, especificamente a formação de um processo penal especial destinado à persecução da criminalidade organizada, o «grande processo», «difuso», no qual os singulares e concretos procedimentos penais confluem, com o sério risco de perder a sua individualidade.

PALAVRAS-CHAVE: organizações criminosas; máfia; procedimento especial; técnicas especiais de investigação.

-
- ¹ Relatório apresentado em Macerata, em 13 de maio de 1993, no âmbito de um encontro sobre «Luta contra a criminalidade organizada: os instrumentos normativos», organizado na Faculdade de Direito da Universidade local. O texto original foi revisado, acrescido de algumas notas essenciais e publicado na *Rivista Politica del Diritto*, anno XXV, n. 3, setembro de 1994, pp. 385-398, com o título original: *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al «grande processo»*. Tradução do italiano ao português por Luiz Eduardo Cani.
- ² Professor Ordinário na Universidade de Bolonha desde 2006. Suas pesquisas são no campo das ciências penais. Os seus interesses são voltados, em particular, ao direito processual penal e à evolução dos sistemas também em perspectiva histórica e comparada. Temas preponderantemente trabalhados: prova penal, justiça penal e política, prevenção e repressão do crime organizado, análise e revisão crítica da doutrina penal e processual penal, jurisprudência em perspectiva comparada. Envolvido também, como responsável principal, em pesquisas nacionais e internacionais, mantém relações de colaboração com Universidades e Institutos de Pesquisa estrangeiros, dentre os quais, com a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT: *In this article, the transformations in the criminal procedure after the maxi-processo are analyzed, specifically the formation of a special criminal procedure destined to the pursuit of organized crime, the «big process», «diffuse», in which the singular and concrete criminal proceedings come together, with the serious risk of losing his individuality.*

KEYWORDS: criminal organizations; mafia; special proceeding; special investigation techniques.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

Esta intervenção não poderá mais do que exaurir em medida muito reduzida os argumentos evocados no título. A amplitude do tema atribuído a mim impunha uma drástica seleção das questões merecedoras de ser ilustradas. Então, considerei oportuno iniciar por aquelas mais gerais, também porque – ao que me consta – em relação a essas não houve ainda uma reflexão adequada por parte da doutrina. O que farei aqui é, portanto, um discurso geral, preliminar e uma pontual individuação e interpretação das normas processuais singulares que se referem a fatos de criminalidade organizada. É, em outras palavras, um olhar de cima e de longe, tendente a capturar as grandes linhas da recente legislação de emergência.

Com o escopo de evitar a confusão que poderia ser determinada pela sobreposição de opiniões e pontos de vista em uma matéria que pretende antes de tudo ser ordenadamente analisada, tentarei – no que for possível – abster-me de exprimir comentários e apreciações críticas: o esforço será voltado mais a compreender a razão de ser das soluções normativas que serão examinadas.

Quero começar antecipando imediatamente – por meio de teses – aquela que, na realidade, constitui a conclusão de um raciocínio e que pode ser expressa nos seguintes termos: no momento atual, os fatos subsumíveis sob a noção de criminalidade organizada são objeto de um processo judiciário que, com boa razão, se pode qualificar como especial.

Uma afirmação similar pode fundamentalmente ser sustentada a partir, em particular, da entrada em vigor do *Decreto-legge* n. 306, de

8 de junho de 1992³. Quando falo de «processo judiciário especial» não aludo apenas ao tão discutido sistema do «duplo binário». Eu não sei, na verdade, o que exatamente designa essa expressão; mas é certo que vem sendo usada em uma acepção muito mais restrita do que aquela por mim proposta, se a referência é apenas as exceções (*deroghe*)⁴ relacionadas à formação contraditória (*dibattimentale*)⁵ da prova⁶. Quando se fala aqui de «especialidade» do procedimento penal se pretende referir ao processo penal inteiro, a partir dos momentos iniciais – aqueles relativos à busca da notícia-crime – até a sentença que conclui o julgamento.

Se trata de ver em que consiste essa especialidade. E, a esse propósito, convém antecipar uma advertência para alertar a respeito de certas sugestões que a metáfora do duplo binário pode evocar: vale dizer, a ideia de um primeiro binário, sobre o qual continuaria a marchar o sistema (mais ou menos) acusatório, elaborado com a reforma de 1988. Eu creio que o procedimento especial do qual se fala não representa apenas um desvio (mais ou menos marcado) de um modelo acusatório, mas contém – veremos em quais termos – fortes elementos de diferenciação

³ REPUBBLICA Italiana. Testo coordinato del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=-1992-09-15&atto.codiceRedazionale=092A3636&elenco30giorni=false. Acesso em: 21 maio 2021.

⁴ [N.T.] *Deroghe* é o plural de *deroga*, que, literalmente, significa derrogação. Conforme o *Vocabolario della Lingua Italiana* Treccani, a palavra *deroga* é empregada na linguagem jurídica para designar exceções ao que é estabelecido: DEROGA. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/deroga>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵ [N.T.] *Dibattimento* é a fase final do processo penal em primeiro grau, antecedida por uma audiência judicial preliminar. Equivale à audiência de instrução e julgamento brasileira. *Dibattimentale* designa o que diz respeito a essa fase, inclusive aos atos debatidos, de modo que pode ser traduzido por “em julgamento” ou “no julgamento”. Contudo aqui trata-se da formação da prova. Falar em formação contraditória parece ser mais adequado, na medida em que não basta a apresentação da prova na audiência de julgamento. Deve-se debater para que se tenha prova. Isto é, a formação pressupõe o contraditório.

⁶ Quer-se aqui aludir aquele complexo de normas (como os art. 238, 468 *comma* 4 *bis*, 495 *comma* 1 e 511 *bis* do CPP) que têm o seu epicentro no art. 190 *bis* do CPP).

até mesmo em relação ao modelo processual assim chamado misto, pertencente a uma tradição mais remota.

Sempre a nível de antecipação se pode dizer que o procedimento especial nos enfrentamentos ao crime organizado é o resultado (recente) de uma escolha consciente de oportunidade por parte do legislador. Faz tempo que existiu, no nosso ordenamento processual, a possibilidade de utilizar instrumentos particulares para o acerto de certos crimes: basta pensar nas interceptações telefônicas preventivas⁷, na predisposição de sinergia entre atividade repressiva e preventiva⁸ e, ainda, nas investigações sobre patrimônios dos parentes próximos (*prossimi congiunti*)⁹ previstos na normativa especial antimáfia¹⁰: se tratava, porém, de momentos episódicos, nos quais se podia pelo menos vislumbrar o embrião daquela organização bem mais geral e coordenada do «procedimento especial» que foi gradualmente afirmando-se no tempo, e que alcançou uma fisionomia reconhecível com os importantes eventos normativos de 1991 e de 1992¹¹.

Para compreender em toda a sua potencialidade (*portata*) o «caminho» feito pelo legislador italiano, pode ser útil um paralelo com a contemporânea novela legislativa da Alemanha federal¹², a qual se limita

⁷ Art. 226 *sexies* do CPP de 1930.

⁸ Art. 165 *ter* do CPP de 1930.

⁹ [N.T.] A definição para fins penais está prevista no art. 307 do Código Penal italiano: “Para efeitos da lei penal, entende-se por parentes próximos (*prossimi congiunti*) os ascendentes, os descendentes, o cônjuge, a parte de uma união civil entre pessoas do mesmo sexo, os irmãos, as irmãs, os afins no mesmo grau, os tios e sobrinhos: entretanto, na denominação de parentes próximos (*prossimi congiunti*), não se compreendem os afins, quando o cônjuge morreu e não há filhos.”

¹⁰ Art. 25, *comma* 21, da *Legge* n. 646, de 13 de setembro de 1982.

¹¹ Se se refere principalmente ao *Decreto-legge* n. 345, de 29 de outubro de 1991 (que instituiu a direção investigativa antimáfia); ao *Decreto-legge* n. 367, de 20 de novembro de 1991 (que instituiu a direção nacional antimáfia), e ao *Decreto-legge* n. 306, de 8 de junho de 1992 (sobretudo pela parte que introduz significativas exceções às regras concernentes à formação contraditória – *di- bbatimentale* – da prova: art. 3, 7 e 9).

¹² *Gesetz zur Bekämpfung des Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* aprovada em 15 de julho de 1992 e entrada em vigor em setembro do mesmo ano. Para informações a respeito, veja-se:

a regular técnicas especiais de investigação em relação a fatos de criminalidade organizada, sem tocar a estrutura do julgamento¹³. É verdade que, no modelo processual alemão, no qual o material da investigação preliminar é destinado, em boa parte, a entrar entre as fontes cognitivas do órgão judicante¹⁴, potencializar o aparato investigativo público equivale, em definitivo, a influir no procedimento de formação da sentença de mérito. Mas – é preciso admitir – no ordenamento alemão as exceções ao princípio da oralidade (no entanto, maciçamente presente também no nosso sistema) valem indistintamente para todos os processos, enquanto a peculiaridade sobre a qual se quer aqui chamar atenção, é representada pela adoção, na lei italiana, de um julgamento processual especial (*special procedura dibattimentale*) para determinados crimes.

Se confirma, assim, a tese há pouco enunciada (e destinada a ser ulteriormente argumentada) segundo a qual, os fatos de criminalidade organizada são objeto não apenas de uma «investigação» especial (*special «indagine»*), mas também de um «juízo» especial (*special «giudizio»*): em outras palavras, de um procedimento especial geral. Mas, antes de

HILGER, Hans. *Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG – 1. Teil. Neue Zeitschrift für Strafrecht*, ano 12, v. 10, pp. 457-463, 1992; HILGER, Hans. *Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG – 2. Teil. Neue Zeitschrift für Strafrecht*, ano 12, v. 11, pp. 523-525, 1992.

¹³ A lei em questão intervém sobretudo nas *indagine preliminare*, regulamentando uma espécie de prática investigativa que a polícia esteve elaborando já a partir dos anos 70, na época da luta contra o terrorismo. Convém recordar, em particular, o cruzamento eletrônico de dados pessoais, voltado a individualizar as pessoas a submeter à investigação (a assim chamada *Rasterfahndung*, então disciplinada nos §§ 98a e 98b do *Strafprozeßordnung*, daqui em diante, StPO); o uso de agentes de polícia «disfarçados» com falsidade ideológica (*false generalità*) (§§ 110a e 110e do StPO); o seguimento (*pedinamento*) e a observação (*osservazione*) a distância finalizado com a identificação do indiciado e a aquisição de informações inerentes à sua vida de relação (§ 163e do StPO).

[N.T.] *Indagine preliminare* é o nome da investigação criminal estabelecida nos arts. 326 e ss. do CPP italiano (Decreto *del Presidente della Repubblica* n. 447, de 22 de setembro de 1988), doravante chamada de investigação preliminar. *Rasterfahndung* é um método computacional de procura de foragidos por meio da categorização dos suspeitos, também chamado de *dragnet investigation*. *Strafprozeßordnung* é a lei processual penal alemã.

¹⁴ §§ 251-256 do StPO.

ver quais aspectos caracterizam este tratamento especial, é necessário estabelecer quais casos devem ser submetidos: ou seja, é necessário ver o que significa aqui «criminalidade organizada».

2. A NOÇÃO PROCESSUAL DE CRIMINALIDADE ORGANIZADA

«Criminalidade organizada» é expressão indeterminada que mal se presta a individuar o pressuposto de fato para a aplicação de certas normas processuais. Apesar da necessidade de «determinação» valer sobretudo no direito penal substancial¹⁵, é preciso admitir que também no direito processual essa é aplicável, principalmente quando estão em jogo princípios ou direitos fundamentais, cuja limitação, entre outras coisas, deve quase sempre se dar por ato motivado¹⁶ da autoridade judiciária.

É, portanto, compreensível que a expressão seja usada com parcimônia nas normas concernentes à atividade processual em sentido estrito¹⁷. Os exemplos são raros: particularmente, o art. 274, letra C, do CPP em matéria de requisitos cautelares¹⁸; o art. 240 *bis* das *Disposizioni di attuazione del Codice di Procedura Penale* (Decreto-legge n. 271, de 28 de julho de 1989), em matéria de suspensão dos prazos processuais no período de trabalho¹⁹; o art. 13 *comma* 1 do Decreto-legge n. 152, de 13 de

¹⁵ Art. 25 *comma* 2 da Constituição da República Italiana.

¹⁶ Bem como, algumas vezes, questionável em matéria de legitimidade.

¹⁷ A respeito: Cf. CONSO, Giovanni. La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore. *La Giustizia Penale*, a. 97, n. 7, pt. III, pp. 385-392, 1992.

¹⁸ Tal disposição – como é sabido – reconhece uma exigência cautelar no concreto perigo que o indiciado cometa delitos de «criminalidade organizada». A vagueza do pressuposto deixa aflorar a dúvida que aqui a norma atribua ao magistrado um poder de escolha, não conforme a reserva legal imposta no art. 13, *comma* 2, da Constituição da República Italiana. A liberdade pessoal pode ser limitada apenas nos «casos previstos em lei»; e, se por casos aqui se deve entender tipos penais determinados (*fattispecie criminose determinate*), a previsão legal deve ser formulada de modo taxativo, através de cláusulas gerais. Na realidade, porém, a suspeita de que aquela referência à «criminalidade organizada», contida no art. 274, letra C, seja constitucionalmente ilegítima não parece fundada. A norma em questão não individualiza os casos nos quais a liberdade pessoal pode ser limitada, mas define os *motivos* diante dos quais tal limitação pode ser legitimamente disposta.

¹⁹ [N.T.] Dias úteis.

maio de 1991, em tema de interceptações telefônicas²⁰. A locução «criminalidade organizada» aparece, por outro lado, com maior frequência em algumas leis que regulam a atividade de polícia, a qual, enquanto for usada em operações informais, não precisa ser ancorada a tipos legais (*fattispecie*²¹) bem determinados²².

Nesta matéria, o princípio de determinação não é implementado com muito rigor. Apenas alguns fatos de criminalidade organizada são individuados através de referências (taxativas) a determinar hipóteses criminosas; para o resto, a lei processual se refere a uma série indeterminada de crimes, individuados através de nexos teleológicos ou causais com alguns dos tipos legais (*fattispecie*) taxativamente indicados. O discurso, então, se complica ulteriormente se se pensa que a lei processual não fornece, a respeito disso, uma única catalogação de crimes. Encontramos no nosso ordenamento uma multiplicidade de listas, com extensões diversas.

Uma primeira lista a tomar em conta – a mais ampla – é aquela que abrange os delitos em flagrante dos quais resulta obrigatória a prisão (art. 380 do CPP). Essa faz incidir o art. 118 do CPP que, permitindo o envio de atos e informações da autoridade judiciária ao Ministro do Interior, cria a premissa para colaboração mútua entre atividade repressiva

²⁰ Nem mesmo aqui a indeterminação do pressuposto («criminalidade organizada») parece comportar censuras de ilegitimidade constitucional. O art. 15, *comma* 2, da Constituição da República Italiana admite que a liberdade de comunicação possa ser limitada «com as garantias estabelecidas em lei», e não «nos casos legalmente previstos». É, portanto, compatível com o preceito constitucional uma norma como o citado art. 13, o qual – individuando através de uma cláusula geral as hipóteses de interceptação telefônica – atribui ao magistrado o poder de fixar por quais crimes a interceptação mesma pode ser disposta.

²¹ [N.T.] *Fattispecie* é usada na linguagem jurídica para designar as circunstâncias que possuem relevância jurídica, podendo ser traduzida como hipótese de incidência da norma, como preceito normativo ou, especificamente no direito penal, como tipicidade (*fattispecie oggettiva* e *fattispecie soggettiva*) ou tipo legal (*fattispecie legale*). Em sentido comum, designa algum caso particular do qual se trata: FATTISPECIE. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/fattispecie>. Acesso em: 21 maio 2021.

²² Veja-se, por exemplo, os art. 12 e 13 do *Decreto-legge* n. 152, de 13 de maio de 1991 (institutivo dos serviços centrais e interprovinciais de polícia), bem como os art. 2, 3 e 4 do *Decreto-legge* n. 345, de 29 de outubro de 1991 (institutivo da direção investigativa antimáfia).

e atividade preventiva. A mesma incidência se encontra no art. 270 do CPP, como limite à possibilidade de utilizar os êxitos da interceptação telefônica efetuada em outros procedimentos; e no art. 9 do *Decreto-legge* n. 8, de 15 de janeiro de 1991, como um dos pressupostos para a adoção de medidas idôneas a assegurar a incolumidade dos colaboradores da justiça.

Outra lista de crimes relevante para os nossos objetivos é aquela contida no art. 275 *comma* 3 do CPP, que fixa uma espécie de presunção *iuris tantum* quanto à subsistência de requisitos cautelares aptos a justificar a custódia no cárcere. E a mesma norma se referem, por exemplo, a disposição que atribui ao procurador nacional antimáfia o poder de dispor sobre a permanência cautelar (*soggiorno cautelare*²³) (art. 25 *quarter* do *Decreto-legge* n. 306 de 1992), e as disposições sobre a matéria em termos de duração da investigação preliminar: notadamente o art. 407 *comma* 2, letra A, do CPP, por sua vez complementado pelo art. 405, *comma* 2, do CPP.

Enfim, deve ser mencionada a lista contida no art. 51, *comma* 3 *bis*, do CPP, elaborada para fixar os limites de atribuição da procuradoria distrital antimáfia. A mesma norma é também expressamente complementar de numerosas outras disposições, entre as quais merecem ser particularmente recordados o art. 190 *bis* do CPP em matéria de direito à prova oral; o art. 371 *bis* do CPP em matéria de atividade do procurador nacional antimáfia; o art. 406, *comma* 5 *bis*, do CPP concernente às modalidades de concessão de prorrogação na investigação preliminar.

A lista de crimes do art. 51, *comma* 3 *bis*, do CPP acaba sendo a mais reduzida, e é formulada em modo tal para ser abrangida por inteiro nas duas listas precedentes. Se pode, portanto, dizer que nos procedimentos relativos aos crimes elencados na norma em questão valem seja as regras especiais que se vinculam expressamente a tal norma, seja aquelas previstas para os procedimentos relativos às outras, como no mencionado rol de crimes (art. 118, 275, 406 e 407 do CPP). É sobretudo com relação aos crimes indicados no art. 51, *comma* 3 *bis*, do CPP que se verifica o

²³ [N.T.] O art. 16 da Constituição da República Italiana reconhece o direito à liberdade para que os cidadãos possam circular e permanecer (*soggiornare*) livremente. A medida de *soggiorno cautelare* consiste na determinação, pelo procurador nacional antimáfia, de local onde o imputado deve se estabelecer e das condições que deve cumprir.

maior número de desvios da disciplina processual ordinária. São também estes os crimes que compõem a noção processual de criminalidade organizada²⁴, e é mesmo em relação a esses que se delineia a existência de um «procedimento especial», no sentido há pouco mencionado.

3. DELITOS DE CRIMINALIDADE ORGANIZADA E CONOTAÇÕES RELEVANTES PARA A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL ESPECIAL

Não há dúvida que as disposições especiais aplicáveis aos delitos indicados no art. 51, *comma 3 bis*, do CPP são o resultado de escolhas de oportunidade. Todavia, embora aqui a discricionariedade legislativa desempenhe um papel decisivo, é difícil escapar da impressão que algumas daquelas escolhas foram impostas por uma espécie de prepotente «natureza das coisas», quase como se a eficaz perseguição do crime organizado impusesse fatalmente uma adequação da normativa processual²⁵. É lícito, então, supor que o conceito de «criminalidade organizada», embora vago e indefinido, forneceu a justificação lógica para uma série de desvios «razoáveis» da normativa ordinária²⁶. Daquele conceito as-

²⁴ Prescinde-se aqui de considerar o delicado problema inerente a definição de uma noção que, além de tudo, permanece cercada de um halo de indeterminação. O elenco fornecido no art. 51, *comma 3 bis*, do CPP satisfaz aqueles requisitos de precisão objetiva que as escolhas normativas ligadas a isso teriam aconselhado: ao reduzido repertório de crimes individuados através da referência ao *nomen iuris* (art. 416 *bis* e 630 do CP, bem como art. 74 do *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 309, de 9 de outubro de 1990), soma-se a referência a uma série indefinida de tipos penais (*fattispecie criminose*), cuja característica consiste em estar em uma relação instrumental ou teleológica com uma associação de tipo mafioso.

²⁵ Salienta as «peculiaridades objetivas e subjetivas» dos procedimentos relativos à criminalidade organizada e a consequente inadequação da normativa processual produzida na reforma de 1988: GREVI, Vittorio. *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*. In: GREVI, Vittorio (Org.). *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993, p. 6.

²⁶ Nesta perspectiva, o nome «criminalidade organizada» desvela um significado tipicamente funcional, pragmaticamente orientado: uma expressão que designa unitariamente aquela série indefinida de fenômenos idôneos a justificar a introdução no sistema de institutos processuais especiais e de técnicas de investigação particulares. Não é distinto, em definitivo, o ponto de vista

sume relevância, em particular, algumas conotações fundamentais, que convém brevemente analisar, a fim de compreender a razão de ser e o escopo inovador das escolhas mencionadas acima.

A. OMERTÀ²⁷

O caráter silencioso dos fenômenos criminais torna necessária a predisposição de atividade investigativa inspirada em rigorosos critérios de segredo (também interno) e estruturados de modo a assegurar o efeito surpresa da operação. Os exemplos são numerosos e se relacionam a uma variada tipologia de instrumentos investigativos: as interceptações de conversas são admitidas com maior facilidade quando se trata de crimes de criminalidade organizada²⁸; as buscas podem ser excepcionalmente conduzidas em edifícios ou blocos de edifícios inteiros²⁹; às vezes as inspeções e buscas podem ser utilizadas até mesmo antes da notícia-crime, tornando-se, assim, instrumentos de investigação da notícia mesma³⁰; podem também ser lembradas as atividades de investigação secreta que consistem em seguir e observar informalmente à distância, possíveis nos casos que a lei admite que seja retardada a execução da medida cautelar

que afirma que o conceito em questão abrange o conjunto das manifestações criminosas que os órgãos investigativos seriam incapazes de perseguir com o uso das temáticas tradicionais de investigação: Por exemplo, Cf. BUSCH, Heiner. *Organisierte Kriminalität: vom Nutzen eines unklaren Begriffs. Demokratie und Recht*, v. 20, n. 4, pp. 375-395, 1992, p. 375 e 383.

²⁷ [N.T.] *Omertà* é o nome dado à lei do silêncio da Camorra. Atualmente, usa-se a palavra para designar um pacto de silêncio que vise preservar a identidade do autor de um crime: OMERTÀ. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/omerta>. Acesso em: 21 maio 2021.

²⁸ Em particular, o art. 13 do *Decreto-legge* n. 152, de 13 de maio de 1991, simplifica os pressupostos para o cumprimento do ato; o art. 25 *ter* do *Decreto-legge* n. 306, de 8 de junho de 1992, admite, ao invés, que a interceptação possa ser disposta com a dúplice finalidade de prevenir os crimes indicados no art. 51, *comma 3 bis*, do CPP e de obter informações acerca desses.

²⁹ Art. 25 *bis* do *Decreto-legge* n. 306, de 8 de junho de 1992.

³⁰ Art. 27, da *Legge* n. 55, de 19 de março de 1990, bem como art. 103 do *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 309, de 9 de outubro de 1990.

(pessoal ou real)³¹; o uso de agentes provocadores³² e, sobretudo, o recurso maciço aos «colaboradores da justiça», tornado possível por uma legislação complexa de natureza marcadamente recompensadora³³. Parece significativa também a regra especial em tema de prorrogação dos prazos de investigação preliminar (art. 406, *comma 5 bis*, do CPP), segundo a qual a pessoa indiciada por um dos crimes elencados no art. 51, *comma 3 bis*, do CPP, pode não ser comunicada sobre eventuais prorrogações³⁴.

B. PERICULOSIDADE

O conceito de criminalidade organizada caracteriza-se, então, pela ideia de «perigo grave» que evoca. Prescindimos de qualquer evidência em torno do uso político-ideológico ao qual esta conotação, sem dúvida, se presta. Interessa aqui, em vez disso, evidenciar a consequência jurídico-processual do conceito. Sob esse ponto de vista, a conotação de periculosidade intrínseca aos fenômenos de criminalidade organizada justifica (no plano da razoabilidade) uma limitação particularmente marcada dos direitos fundamentais da pessoa. Também aqui os exemplos abundam na nossa legislação: basta pensar, no que concerne à *liberdade pessoal*, na norma que fixa um tipo de presunção *iusuris tantum* em matéria

³¹ Art. 98 do *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 309, de 9 de outubro de 1990; art. 10 do *Decreto-legge* n. 419, de 31 de dezembro de 1991; art. 12 *quater*, *comma 3*, do *Decreto-legge* n. 306, de 8 de junho de 1992.

³² Art. 97 do *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 309, de 9 de outubro de 1990; art. 12 *quater*, *commi 1, 2 e 4*, do *Decreto-legge* n. 306, de 8 de junho de 1992.

³³ Merecem ser recordados, a este propósito, não apenas as normas que estabelecem reduções de pena para quem se dispõe a colaborar (art. 8 do *Decreto-legge* n. 152, de 13 de maio de 1991), mas também aquelas que reservam um tratamento penitenciário mais favorável aos condenados dispostos a colaborar (art. 4 *bis* e 58 *ter* da *Legge* n. 354, de 26 de julho de 1975), bem como aquelas que permitem a adoção de programas e medidas para salvaguardar a incolumidade de certas pessoas (art. 9-15 do *Decreto-legge* n. 8, de 15 de janeiro de 1991, e o *Decreto-legge* n. 119, de 29 de março de 1993).

³⁴ Para uma análise das práticas investigativas à luz das normas especiais de emergência, veja-se: MADDALENA, Marcello. I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993, p. 79 e ss.

de subsistência dos requisitos cautelares para dispor da custódia no cárcere³⁵, e aquela que dita, de fato, uma regra particular de suspensão dos prazos da custódia cautelar³⁶. Com relação a *liberdade de domicílio*, a experimentabilidade (*esperibilità*³⁷) das buscas é admitida com uma certa largura dos pressupostos, como já dito³⁸; a *liberdade e sigilo das comunicações* pode ser limitada com maior facilidade do que nos casos ordinários, quando se trata de acertar fatos de criminalidade organizada³⁹, ou quando se trata de investigar uma pessoa fugitiva em relação a tais fatos⁴⁰. No que concerne, enfim, ao *direito de defesa*, vale a pena mencionar sobretudo a severa restrição ao contraditório prevista no art. 190 *bis* do CPP. Esta norma – também a julgar pela sua colocação topográfica – parece-nos como limitação ao direito de defesa do imputado e, mais precisamente, àquela particular manifestação da garantia defensiva representada pelo direito à prova oral. É, portanto, a suposta gravidade do crime – embora seja considerada como a necessidade de evitar a «usura do testemunho»⁴¹ – que justifica o sacrifício ao direito fundamental.

Retornaremos em breve a esta disposição, a propósito da qual, porém, vale a pena fazer imediatamente um esclarecimento. Em realidade, não se pode dar como certo que seja apenas uma exceção ao direito de defender-se provando; ou seja, seria reducionista vermos uma simples erosão das garantias defensivas, visando tornar possível um acerto da verdade mais rápido e, ao mesmo tempo, mais confiável. Se considerarmos bem, o art. 190 *bis* do CPP contraria, invertendo os termos, o

³⁵ Art. 275, *comma* 3, do CPP.

³⁶ Art. 304, *comma* 2, do CPP, também em relação ao art. 297, *comma* 4, do CPP.

³⁷ [N.T.] O verbo *esperire* designa o que pode ser tentado, provado, experimentado. Relaciona-se ao trabalho de peritos, mas também ao que pode ser objeto de prova, ou seja, as tentativas ou as direções das perícias: ESPERIRE. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/esperire>. Acesso em: 21 maio 2021.

³⁸ Veja-se as normas supracitadas nas notas 28 e 29.

³⁹ Veja-se as normas supracitadas na nota 26.

⁴⁰ Art. 295, *comma* 3 *bis*, do CPP.

⁴¹ [N.T.] A expressão italiana «*usura del testimone*» designa um desgaste dos testemunhos devido às inquirições repetidas, durante vários anos. Os principais problemas desse desgaste são a contaminação das memórias e a contaminação cruzada das provas.

paradigma de gnoseologia judiciária subjacente ao precedente art. 190 do CPP; aquele, precisamente, que reconhece na oralidade e no contraditório, a regra para chegar à decisão. Se pode dizer que para o art. 190 *bis* do CPP é a prova escrita que constitui a regra, enquanto aquela oral deve ser admitida apenas se o juiz a considera «absolutamente necessária». Mais que uma atenuação de garantias defensivas, isso faz, portanto, uma exceção ao princípio da oralidade. Uma exceção sem justificação lógica se se considera que o contraditório vale sobretudo como melhor método para aproximar-se da verdade. De fato, se garantir a defesa nos termos previstos do art. 190 do CPP abrangesse o risco de afastar-se da verdade, seria razoável adotar o método sugerido no art. 190 *bis* do CPP em relação a qualquer caso a julgar (*regiudicanda*⁴²), sem distinção de qualquer tipo. Se, ao contrário, fosse o direito à prova oral – como previsto no art. 190 do CPP – a garantir uma melhor aproximação à verdade, seria ilógico e irrazoável renunciar ao método mais confiável justo quando se trata de acertar fatos graves e severamente punidos, vale dizer, justo quando – sendo tão elevada a aposta em jogo – se recomendaria a maior circunspeção no ato de julgar. Mas a contradição deixa de existir para quem – como já referido – considera que o contraditório é uma simples expressão do direito de defesa, suscetível de ser limitado diante da necessidade de perseguir fatos de notável periculosidade⁴³. E é apenas com base em uma suposição semelhante que se pode justificar, do ponto de vista da razoabilidade, uma disposição como aquela do art. 190 *bis* do CPP.

⁴² [N.T.] *Regiudicanda* é o equivalente italiano à expressão latina *res judicanda* que designa a coisa que ainda pende de julgamento. Em português, pode-se recorrer ao conteúdo (ou objeto, a depender da concepção) do processo penal que aguarda julgamento. Daí porque optou-se por caso a julgar, partindo da proposta de caso penal como conteúdo do processo penal: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

⁴³ Pode-se, em definitivo, afirmar que – com o art. 190 *bis* do CPP – o legislador caiu no equívoco eficazmente denunciado por: FERRUA, Paolo. *Contraddittorio e verità nel processo penale*. In: FERRUA, Paolo. *Studi sul processo penale: Anamorfosi del processo accusatorio*. Turim: Giappichelli, 1992, v. 2, p. 47 e ss. O equívoco consistente em conceber o contraditório e o direito à prova oral como simples garantias individuais, cuja tutela residiria em exigências *políticas* ao invés de em razões de caráter *epistemológico* (como dito por: UBERTIS, Giulio. *La ricerca della verità giudiziale*. In: UBERTIS, Giulio. (Org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1992, p. 31 e ss.).

C. DIFUSÃO

Ao caráter difuso da criminalidade organizada se unem as novidades mais significativas da normativa processual especial. O termo «difusão» é aqui entendido em, pelo menos, três acepções distintas.

Antes de tudo, em sentido *espacial*. O fato que a atividade das organizações criminosas se tornou progressivamente a mesma no território nacional inteiro e até mesmo além de suas fronteiras, tornou obsoletas as tradicionais repartições territoriais dos ofícios judiciários. A este fenômeno foram combinadas, em um primeiro momento, as disposições normativas permissivas de trocas de informações para fins de coordenação investigativa entre órgãos de investigação⁴⁴. Por sua parte, a reforma processual de 1988 havia reforçado os instrumentos de coordenação entre ofícios do Ministério Público⁴⁵, mas de uma maneira que logo pareceu inadequada para atingir os escopos desejados⁴⁶. Se previne assim, mesmo entre debates acalorados e polêmicas, a preparação de mecanismos adicionais e mais eficazes de coordenação, que culminaram – como é conhecido – na apresentação de uma série de provimentos normativos destinados, por um lado, a melhor coordenar a atividade de polícia através da instituição de forças conjuntas para serviços especiais e da direção investigativa antimáfia⁴⁷ e, por outro lado, a racionalizar a atividade do ofício de acusação através da instituição das procuradorias distritais e da procuradoria nacional antimáfia⁴⁸. Mas a difusão territorial

⁴⁴ Já no CPP anterior o rito estavam presentes disposições desse tipo: art. 165 *bis* e 165 *ter* inseridos no CPP de 1930 por meio do art. 4º do *Decreto-legge* n. 59, de 21 de março de 1978.

⁴⁵ Principalmente os art. 117 e 371 do CPP.

⁴⁶ Veja-se, por exemplo, os sintéticos, mas densos, comentários dedicados ao problema por: VIOLANTE, Luciano. *Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa. Relazione della Commissione parlamentare antimafia. Cassazione penale*, 1990, p. 2047-2048.

⁴⁷ Art. 12 do *Decreto-legge* n. 152, de 13 de maio de 1991, e *Decreto-legge* n. 345, de 29 de outubro de 1991.

⁴⁸ Art. 51, *comma 3 bis*, e 371 *bis* do CPP, bem como art. 70 *bis* do *Regio-decreto* n. 12, de 30 de janeiro de 1941 (Ordenamento judiciário). Cf., por fim, o argumento: TURONE, Giuliano. *Indagini collegate, procure distrettuali e procura nazionale antimafia. In: GREVI, Vittorio. (Org.). Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993, p. 141 e ss.

da atividade criminosa não produziu efeitos apenas sobre a organização da atividade investigativa e sobre a estrutura do ofício de acusação. Essa terminou por contaminar até a atividade decisória, desde o momento que, também no nosso ordenamento processual, os êxitos da investigação preliminar têm muita probabilidade de transformar-se em provas úteis para o julgamento. Mormente nos processos por fatos de criminalidade organizada, nos quais as linhas de continuidade entre as duas fases se tornaram, de fato, notáveis. Graças ao já referido art. 190 *bis* do CPP, a cesura entre investigação (*indagine*) e julgamento (*dibattimento*) resta atenuada em relação aos procedimentos, por assim dizer, ordinários. Mas é sobretudo a separação entre diversos procedimentos a sair mais relativizada, pois a norma em questão tende a abolir as delimitações entre um accertamento e outro, favorecendo a circulação de material probatório e a sua utilização em uma série indeterminada de julgamentos (principalmente os art. 238, 238 *bis* e 511 *bis* do CPP e o art. 78 das *Disposizioni di attuazione del Codice di Procedura Penale*).

As organizações criminosas se caracterizam, entre outras coisas, pela sua difusão temporal. Os fatos de criminalidade organizada têm a dúplice característica de serem conhecidos (embora genericamente) pelos órgãos de investigação (polícia e Ministério Público) antes mesmo de se tornarem objeto de um procedimento penal, e de continuarem a manifestar-se depois desse momento. Entra, assim, definitivamente em crise a clássica distinção entre atividade preventiva e atividade repressiva. Por um lado, o processo se enriquece de institutos sempre mais claramente voltados a satisfazer finalidades preventivas⁴⁹. Por outro lado, e sobretudo, é fácil constatar que a atividade assim chamada preventiva tende progressivamente a fundir-se com aquela repressiva, até que se confunda com esta. Basta pensar em institutos como a interceptação

⁴⁹ A observação aplica-se genericamente, isto é, para todos os procedimentos penais qualquer que seja o caso a julgar (*regiudicanda*) em questão, como demonstra a circunstância que as disposições em matéria de medidas cautelares orientadas em sentido preventivo (principalmente o art. 274, letra c; art. 321; art. 287-290; art. 312-313 do CPP), são formuladas sem referência a particulares categorias de crimes. Mesmo assim, justo a assinalada difusão temporal do fenômeno, faz com que as normas como aquelas citadas encontrem aplicação especialmente em relação a fatos de criminalidade organizada.

telefônica preventiva⁵⁰, ou as inspeções e buscas especiais admitidas sob o pressuposto de uma simples suspeita de que determinadas atividades criminosas estão sendo desenvolvidas⁵¹. Parece, ainda, significativo a esse respeito que as «entrevistas investigativas» (*colloqui investigativi*⁵²) com os colaboradores da justiça são simultaneamente postos sob o controle de órgãos do executivo que têm atribuições de prevenção criminal (Ministro do Interior, chefe da polícia) e de um magistrado (procurador nacional antimáfia)⁵³. A singularidade dos atos e operações preventivas com caráter repressivo reside nisto: que não pressupõem necessariamente a existência de uma notícia-crime, ainda assim servem (ou podem servir, se for o caso) a preparar o terreno para uma futura atividade de investigação penal (*indagine penale*). Apesar de a lei não indicar expressamente a finalidade preventiva, estes meios investigativos especiais *ante dictum* se transformam fatalmente – nas mãos dos órgãos de polícia – em instrumentos para obter elementos úteis ao prosseguimento de investigações já em curso e, o mais importante, para buscar ativamente novas notícias-crime, vale dizer, para obter o pressuposto de fato de um novo procedimento penal.

Temos, por fim, um outro tipo de «difusão» relacionada aos fenômenos de criminalidade organizada e que tem grande importância nesse contexto específico: se alude à atitude própria das condutas criminosas aqui consideradas para condicionar a atividade, por si lícita, da vida de relação social. A articulada ramificação do crime organizado e suas numerosas interferências especiais com a vida econômica e política, tiveram consequências marcantes no terreno processual. Contam-se agora numerosas disposições especiais que legitimam o magistrado a regular situações externas ao processo com provimentos provisórios, ou, de qualquer maneira, ainda suscetíveis de ser modificados. Por exemplo, é suficiente a submissão a procedimento de prevenção criminal ou a procedimento penal, o reenvio a julgamento ou a condenação em apelação

⁵⁰ Art. 225 das *Disposizioni di attuazione del Codice di Procedura Penale* e art. 25 *ter* do Decreto-legge n. 306, de 8 de junho de 1992.

⁵¹ Veja-se, a esse respeito, o já citado art. 27, *comma* 2, da *Legge* n. 55, de 19 de março de 1990, e o art. 103 do *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 309, de 9 de outubro de 1990.

⁵² [N.T.] Modalidade de entrevista com suspeitos de crimes.

⁵³ Art. 18 *bis* da *Legge* n. 354, de 26 de julho de 1975.

(não definitiva), porque automaticamente extingue-se o direito a ser candidato nas eleições locais⁵⁴, ou porque determinam-se preclusões no campo das autorizações administrativas⁵⁵, ou, ainda, nos organogramas de certas instituições de crédito⁵⁶. Ao mesmo tempo, acentua-se o uso em função preventiva, também *ante delictum*, de tradicionais medidas cautelares ou de segurança: pense-se no sequestro de bens determinado nas normas dos art. 2 *bis* e 2 *ter* da *Legge* n. 575, de 31 de maio de 1965; ao estabelecimento cautelar (*soggiorno cautelare*) *ex* art. 25 *quarter* do *Decreto-legge* n. 306, de 8 de junho de 1992; ao confisco de bens (art. 2 *ter*, *comma* 3, da *Legge* n. 575, de 31 de maio de 1965).

Põe-se aqui um problema de porte notável, que não toca apenas à relação entre atividade preventiva e atividade repressiva, mas envolve até a mais geral relação entre juiz e lei. Tradicionalmente, o juiz pode regular situações externas ao processo através da sentença definitiva, ou, em qualquer caso, com a adoção de provimentos também provisórios, mas sujeitos a exame de legitimidade pela Corte de Cassação⁵⁷. Em relação a muitos dos provimentos referidos acima constata-se, ao invés disso, que as decisões com julgamento de mérito se refletem imediatamente sobre delicadas situações externas ao processo, sem que a esse correspondam controles específicos em sede de impugnação. E também quando esses controles são previstos (como acontece, por exemplo, para as medidas cautelares citadas), a sua eficácia é, em qualquer caso, escassa, considerada a vagueza dos pressupostos de fato com base nos quais o relativo provimento pode ser adotado (pense-se na «notável desigualdade entre o padrão de vida e a quantidade de renda», ou no fundado motivo que o sujeito está prestes a cometer um determinado delito), e a conseqüente dificuldade para revisar eventual *error in iudicando*.

⁵⁴ Art. 15 da *Legge* n. 55, de 19 de março de 1990.

⁵⁵ Art. 10 da *Legge* n. 575, de 31 de maio de 1965.

⁵⁶ Art. 9, *comma* 4, do *Decreto-legge* n. 152, de 13 de maio de 1991.

⁵⁷ A qual teria, teoricamente, a atribuição de assegurar a exata observância da lei (art. 65, *comma* 1, do *Regio-decreto* n. 12, de 30 de janeiro de 1941), assim evitando a produção de um direito judiciário paralelo ou alternativo àquele legal.

4. CONCLUSÃO

É hora de puxar os fios das considerações, embora rápidas, desenvolvidas até aqui. O quadro que emerge é aquele de uma legislação processual, que tende fatalmente a adequar as próprias regras ao caráter «difuso» e «perigoso» do crime organizado, trazendo, assim, à existência um modelo «especial» de procedimento.

Especial é o modo em que são obtidas as notícias-crime: não passivamente recebidas pelas forças de polícia, mas buscadas de maneira ativa e constante graças à predisposição de um aparato de autoabastecimento que tem os seus pontos fortes na coordenação centralizada das iniciativas investigativas (direção investigativa antimáfia), no uso de instrumentos de investigação *ante delictum* (como as interceptações, inspeções e buscas preventivas, assim como as entrevistas investigativas com colaboradores da justiça).

Especial é, ainda, a organização do ofício de acusação, articulado nas vinte e seis direções distritais antimáfia, bem como controlado e coordenado a nível central pela correspondente direção nacional.

Especiais são, então, as atribuições cautelares do juiz neste tipo de procedimento, no qual necessidades repressivas e preventivas se apresentam assim estreitamente entrelaçadas.

Especiais, enfim, são as regras a seguir para a formação do julgamento como atestam, em particular, as exceções ao princípio da oralidade e do contraditório: vale dizer, as disposições dos art. 190 *bis*, 468, *comma* 4, 495, *comma* 1, do CPP, bem como aquelas dos art. 238, 238 *bis* e 511 *bis* que – apesar de relacionadas à generalidade dos casos a julgar (*regiudicande*) – são, de fato, destinadas a encontrar aplicação em um número limitado de casos.

O que se impõe evidentemente é a totalidade desta especialidade processual: o alegado caráter unitário da criminalidade organizada induziu o legislador a organizar unitariamente não apenas a investigação (*indagine*) da polícia e a função de acusação, mas até mesmo a atividade probatória e, portanto, o juízo.

É mesmo nesta qualidade, por assim dizer, transitiva dos meios de prova, que se captura o aspecto talvez saliente do processo especial. Parece superado o assunto – pacífico, ao invés disso, por quem pensa

com base nos paradigmas do sistema acusatório⁵⁸ – segundo o qual cada processo constitui uma história autônoma, de modo tal a dizer respeito apenas aos imputados diretamente envolvidos, e não a outros imputados nem, em todo caso, ao acerto de outros casos a julgar (*regiudicande*). Ao contrário: no modelo aqui considerado, o processo singular (*singolo processo*⁵⁹) não é voltado principalmente a afirmar a justiça do caso nesse discutido, sendo, em vez disso, concebido como meio para atingir um fim que transcende a solução daquele mesmo caso: um fim (político) genericamente identificável na luta contra o crime organizado⁶⁰. Em outras palavras, o processo singular termina com a perda da sua unidade, confrontando-se como fragmento de uma totalidade articulada e complexa: parte de uma espécie de grande processo virtual, definível como a soma de uma série indeterminada de assuntos legais (*vicende giudiziaria*⁶¹) concretos, entre si ligados pelo fato de se referirem a uma realidade criminosa que, no fundo, presume-se ser sempre a mesma.

No lugar do assim chamado «*maxi-processo*»⁶², elevado a emblema da luta contra o crime organizado na anterior codificação⁶³, temos hoje aquele que pode ser definido como o «*grande processo*»: um processo «difuso», no qual os singulares e concretos procedimentos penais confluem, com o

⁵⁸ Ou, melhor, para quem, vendo no processo uma «técnica de resolução dos conflitos», é induzido a acentuar a importância das regras processuais, a ponto de considerá-las o autêntico pressuposto fundante da decisão de mérito: Cf. DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*. Analisi comparatistica del processo. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 179-182 (principalmente).

⁵⁹ [N.T.] Optou-se por traduzir literalmente, embora se possa falar em processo único, processo individual, único processo, processo particular, processo determinado, processo sozinho etc.

⁶⁰ Não se tem, com essas palavras, a intenção de avaliar, nem de rejeitar a solução legislativa. Como já advertido anteriormente, importa neste texto individuar e descrever o processo especial que a lei instituiu para reprimir os fenômenos adequados à noção de criminalidade organizada. Se se exime, portanto, de análises ou apreciações críticas das normas positivas.

⁶¹ [N.T.] *Vicende* é o plural de *vicenda* que, por sua vez, designa uma série de coisas ou fatos, evento ou série de eventos, casos, episódios fatos, histórias etc. *Vicenda giudiziaria* designa as matérias levadas a julgamento (*legal matters*).

⁶² [N.T.] Expressão criada pela mídia italiana para designar o processo contra a máfia da Sicília (*Cosa Nostra*), que tramitou em Palermo, entre o fim da década de 1980 e o início da década de 1990, e se desenvolveu em face de 475 imputados.

⁶³ [N.T.] Código de Processo Penal italiano de 1930.

sério risco de perder a sua individualidade. Disso, de resto, encontramos uma sugestiva confirmação na regra segundo a qual a sentença penal pode ser utilizada como prova no julgamento do fato (art. 238 bis do CPP). Esta norma singular – vendo bem – encontra sua justificação lógica justo na ideia de um «grande processo», a respeito do qual as sentenças dos julgamentos de mérito valem essencialmente pela contribuição informativa que são capazes de fornecer para o conhecimento daquela realidade criminosa «única».

REFERÊNCIAS

BUSCH, Heiner. Organisierte Kriminalität: vom Nutzen eines unklaren Begriffs. *Demokratie und Recht*, v. 20, n. 4, pp. 375-395, 1992.

CONSO, Giovanni. La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore. *La Giustizia Penale*, a. 97, n. 7, pt. III, pp. 385-392, 1992.

DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*. Analisi comparatistica del processo. Bolonha: Il Mulino, 1991.

FERRUA, Paolo. Contraddittorio e verità nel processo penale. In: FERRUA, Paolo. *Studi sul processo penale: Anamorfosi del processo accusatorio*. Turim: Giappichelli, 1992, v. 2.

GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993.

HILGER, Hans. Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG – 1. Teil. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, ano 12, v. 10, pp. 457-463, 1992.

HILGER, Hans. Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG – 2. Teil. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, ano 12, v. 11, pp. 523-525, 1992.

MADDALENA, Marcello. I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993.

REPÚBLICA Italiana. *Testo coordinato del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306*. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/carica-DettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-09-15&atto.codiceRedazionale=092A3636&elenco30giorni=false. Acesso em: 21 maio 2021.

TURONE, Giuliano. Indagini collegate, procure distrettuali e procura nazionale antimafia. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993.

UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: UBERTIS, Giulio. (Org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1992.

VIOLANTE, Luciano. Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa. Relazione della Commissione parlamentare antimafia. *Cassazione penale*, 1990.

REFERÊNCIAS DA TRADUÇÃO

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

DEROGA. In: *TRECCANI*. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/deroga>. Acesso em: 21 maio 2021.

ESPERIRE. In: *TRECCANI*. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/esperire>. Acesso em: 21 maio 2021.

FATTISPECIE. In: *TRECCANI*. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/fattispecie>. Acesso em: 21 maio 2021.

OMERTÀ. In: *TRECCANI*. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/omerta>. Acesso em: 21 maio 2021.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism. The text here published is a translation of: Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al «grande processo». *Rivista Politica del Diritto*, anno XXV, n. 3, setembro de 1994, pp. 385-398; translation from Italian to Portuguese by Luiz Eduardo Cani.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 24/05/2021
- Desk review: 01/06/2021
- Final editorial decision: 08/06/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (BC)

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ORLANDI, Renzo. O procedimento penal por fatos de criminalidade organizada: do maxi-processo ao «grande processo». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2105-2126, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.634>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Reformalización en la mira de la congruencia

Reformalization under the consistency principle

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa¹

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

rguerra@uandes.cl

 <https://orcid.org/0000-0003-2540-8814>

RESUMEN: En relación con la reformalización, introducida en el Derecho procesal penal mediante las prácticas del Ministerio Público, el autor se hace cargo de la situación jurídica de este fenómeno en el sistema chileno, en el contexto del principio de congruencia. Luego de confirmar la interpretación legal desde la cual se autoriza su uso y de presentarse las sentencias disponibles en la materia, se propone un análisis crítico de la reformalización.

PALABRAS CLAVE: Principio de congruencia; reformalización; garantías fundamentales.

ABSTRACT: *In relation to the reformalization, introduced in the criminal procedural law through the practices of the Public Prosecutor's Office, the author deals with the legal situation of this phenomenon in the Chilean system, in the context of the principle of congruence. After confirming the legal interpretation from which its use is authorized and presenting the available sentences on the matter, a critical analysis of reformalization is proposed.*

KEYWORDS: *Congruency principle; reformalization; fundamental rights.*

SUMARIO: Introducción; 1. Plataforma conceptual del principio de

¹ Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Monseñor Álvaro de Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Abogado. Este proyecto es resultado de un artículo monográfico realizado en el marco del proyecto FONDECYT iniciación 11190024 titulado “Delimitación del miedo insuperable ante el estado de necesidad”.

congruencia; 2. Reformalización: análisis crítico y alcances de la figura; 3. Méritos y defectos de la reformalización; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Por medio de la reformalización se introducen diferentes consecuencias para el principio de congruencia², dando lugar a una serie de problemáticas interpretativas en el sistema chileno. Este artículo tiene por finalidad hacerse cargo de algunas de estas, concretamente la que suscita la reformalización en el derecho de defensa³, esto es, aquella

² En este contexto, utilizamos la expresión *congruencia* y no *correlación* para denominar la falta de relación que existe entre los presupuestos fácticos de acusación y la formalización de la investigación en proceso penal chileno. Toda variación o incorporación de nuevos hechos no comunicada en la fase de investigación, debe ser rechazada en los presupuestos de la acusación. De lo contrario, estaríamos infringiendo la congruencia consagrada entre estos presupuestos fácticos en el art. 259 inciso final del Código Procesal Penal, FALCONE SALAS, Diego. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal, p. 211. Si bien la expresión *congruencia* se observa en el trabajo de diversos autores chilenos, debemos indicar que en otros se utiliza la expresión *deber de correlación*, véase DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Los poderes de decisión del juez penal: Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación), *passim*. Sin embargo, hemos optado por la expresión *congruencia* para lograr conexión con la jurisprudencia chilena. Así, esta denomina este vicio *principio de congruencia*, véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, resolución de 27 de octubre de 2008, Rol 238-2008, considerando quinto.

³ El principio de congruencia está estrechamente conectado con el derecho a defensa. El principio de congruencia no descansa en un mero deber de correlación fáctica entre la formalización y la acusación. El reconocimiento de un mero deber de correlación en el principio acusatorio nos desvía de las aportaciones de la congruencia en el contexto de “la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos, y por tal motivo la acusación –el objeto del proceso– [que] ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez”, véase RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal, pp. 646 y ss. De ahí que tenga relevancia en una línea teleológica objetiva destacar la vinculación del principio de congruencia con el derecho a defensa en el proceso. La formalización es una garantía para el

comunicación de la investigación de uno o más hechos al imputado que, posiblemente constitutivos de algún delito, tiene lugar con posterioridad a la formalización⁴. En este contexto, no se tratarán otras materias de relevancia como, por ejemplo, los efectos del principio de congruencia en materia de nulidad⁵, entre otras.

Sin embargo, cabe subrayar que la jurisprudencia exhibe la relevancia del principio de congruencia, como la falta de conexión entre los hechos de la formalización, la acusación y la sentencia⁶. Esto explica el estudio preferente que aquí entregamos a la reformalización,

imputado que puede dar lugar a escenarios más o menos favorables. Por ello, es importante destacar que la reformalización no solo infringe en términos *generales* el principio acusatorio sino *específicamente* el derecho a defensa.

⁴ En este contexto, el legislador define en el art. 229 del CPP la formalización en los siguientes términos: *la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.*

⁵ En esta línea, la relación fáctica de los hechos debe existir entre la formalización, la acusación y la sentencia, señalados en los artículos 229, 259, 341 y garantizados con la nulidad del juicio según el art. 374 letra f) del CPP. El principio de congruencia constituye una regla de razonamiento fundamental para la dogmática procesal penal. Si bien su estudio se limita generalmente a tratados y manuales de Derecho procesal penal, con la inserción del sistema acusatorio en Chile, el principio es estudiado en la actualidad, véase ARIAS, Cristián. El artículo 360 del Código procesal penal, 2007, p. 154 y ss.

⁶ En este orden de ideas, la Sentencias de la Corte de Apelaciones de Copiapó, en causa Rol N° 248-2012, indica que el principio de congruencia o de correlación entre la imputación y el fallo está consagrado legislativamente en el art. 341 del CPP. Así pues, la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. En esta línea, según el razonamiento de la Corte, “el principio de congruencia supone, entonces, conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, en términos detallados de tiempo, lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica”. Si bien algunos autores sostienen que la limitación de la acusación a la sentencia es manifestación del principio acusatorio, debemos indicar que nuestro trabajo estudia los rendimientos del principio de congruencias en el ejercicio de causales de impugnación. El principio acusatorio es reflejo de un mandato de optimización que debemos diferenciar del sistema acusatorio, RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal, pp. 646 y ss.

sin menoscabo de esta omisión a la congruencia, en lo que concierne a la nulidad, que si bien no conoce casos en que se haya aplicado en torno a la reformalización, nos parece el asunto más interesante para estos efectos.

Así las cosas, la reformalización tiene importancia porque pone a prueba los límites de la formalización como garantía en el proceso. De ahí que parezca pertinente, antes de abordar el análisis de la legislación chilena, hacerse cargo de la ausencia de regulación de la reformalización, en la que las importantes cuestiones se pueden apreciar, con lo cual se obtiene un panorama general que permite apreciar los cambios en la jurisprudencia, así como los méritos y defectos de la reformalización.

1. PLATAFORMA CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Hasta el uso del principio de congruencia en la jurisprudencia, la regulación positiva obligaba a considerar la estrecha relación entre los presupuestos de la acusación y los de la sentencia, básicamente una conexión destinada a la protección de la defensa del imputado, de forma de no vulnerar el debido proceso. Ahora bien, en la medida en que tales presupuestos exhiban estructuras diferenciadas (acusación y juicio), no sería posible un examen conjunto.

Para estos efectos se pueden distinguir tres aristas esenciales en el principio de congruencia: la manifestación del derecho de defensa, la relación circunstanciada y precisa de los hechos atribuidos en la acusación y el establecimiento de un contenido dogmático para cautelar la presunción de inocencia. De este modo, a continuación, se revisará sucintamente estos aspectos del principio.

En cuanto a la llamada reformalización, en la medida en que su uso no ponga en riesgo el sistema acusatorio, debe descartarse de plano su consagración en el art. 229 del CPP. Así, admitir la reformalización permite incorporar nuevos hechos que en el proceso podrían ir en favor del imputado. Sin embargo, esta última hipótesis no es del todo evidente, pues la subsunción de los hechos —en una figura delictiva más lesiva— fracasaría en la medida en que la reformalización busque definir debidamente los contornos del suceso.

En lo que concierne a la reformalización, desde luego esta podría tener aplicación en favor del reo, pues podría permitir incorporar nuevos presupuestos fácticos en virtud del principio de objetividad⁷. Sin embargo, no es posible observar en la reformalización una restricción de operatividad en favor del imputado⁸. De ahí que su uso puede implicar un desequilibrio en el proceso en favor del órgano persecutor⁹. De esta forma, hasta que no impere una concepción restringida de la reformalización, este instrumento parece distorsionar el sentido de la formalización.

1.1. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

De las tres aristas enunciadas en torno a los fundamentos del principio de congruencia, el de este como una manifestación del derecho de defensa es una de las de mayor importancia¹⁰, por su atractivo en resultados de absolución y de menor riesgo en comparación con otras defensas, especialmente propias de la inexigibilidad¹¹. Así, el desarrollo

⁷ En este contexto, la disposición del art. 77 del CPP indica que *los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.*

⁸ Sin embargo, a modo de ejemplo, se puede observar restricciones en favor del imputado en la disposición del art. 334 del CPP. Esta disposición indica de forma expresa que *no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.* Sin embargo, jurisprudencialmente se asienta la excepción cuando esta prueba pueda ser beneficiosa para el imputado, véase BLANCO, Rafael. *Código Procesal Penal: Sistematizado con jurisprudencia*, 2017.

⁹ Respecto del principio de igualdad en el proceso, véase GANDULFO R. Eduardo. *Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno.* Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, 1999, p. 449.

¹⁰ Véase ARIAS, Cristián. El artículo 360 del Código procesal penal. Santiago, 2007, p. 154 – 174.

¹¹ Respecto de la problemática de dónde circunscribir el principio de inexigibilidad en el sistema chileno, véase GUERRA, Rodrigo. Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la ineivabilidad. Santiago: Ara Editores, p. 97 y p. 97 nota 228.

ulterior del principio —en fallos de nulidad— explica que las primeras reflexiones se hayan fundado a su razón frente a la incongruencia de presupuestos fácticos.

Como se ha indicado, el principio de congruencia obliga a reparar en la relación circunstanciada de los hechos objeto de la formalización. Esto es, la comunicación de uno o más presupuestos que posiblemente sean constitutivos de delito. Sin embargo, la redacción del precepto del art. 230 del CPP confunde en la materia, pues se desprende jurisprudencialmente que no existe una restricción estricta en torno a la oportunidad de formalización. De este modo, la posibilidad de reformular estaría aparentemente permitida en el proceso¹².

La formalización es resultado de una de las garantías más importantes del imputado no así, como se indicará, en la segunda sección de este artículo, la figura de reformulación que, en cuanto tal, debe estar cubierta por los parámetros del debido proceso. Garantiza esta conclusión preliminar, en primer lugar, la circunstancia de tratarse de una formulación fáctica de cargos que condiciona la estrategia de defensa.

Así las cosas, por *manifestación del derecho a defensa* debe entenderse el conocimiento estricto de los hechos que se imputan¹³. Nada sugiere que se deba adoptar una exégesis distinta de la que opera en la formalización y la acusación, como ocurre en los arts. 229 CPP (formalización), 259 CPP (acusación) y 341 CPP (sentencia), disposiciones que jamás han entregado una exégesis diferente de la que gobierna en la letra f) del art. 374 del CPP¹⁴.

¹² Así las cosas, el art. 230 del CPP indica que *el fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial*.

¹³ En este orden de ideas, el principio de congruencia es una consecuencia del derecho a defensa. Pues bien, únicamente existe defensa ante una formulación precisa de los hechos. Es decir, una formulación que imputado conozca y pueda cuestionar. De ahí que únicamente sobre estos hechos el Tribunal pueda pronunciarse, véase FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Garantías del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª Edición, 2007, p. 513.

¹⁴ En este orden de ideas, la disposición de la letra f) del art. 374 nos indica que será motivo de nulidad la *sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341 del CPP*. Asimismo, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol 25-2010, indica, en su considerando tercero, “que, la exigencia legal de congruencia no es sino un reflejo del

Lo relevante es que, de aceptarse dicha congruencia, es decir, no solo entre los hechos de la acusación y la sentencia, debería admitirse que una imprecisión en los hechos de la formalización podría dar lugar a la nulidad del juicio. Así, a modo de ejemplo, cuando la fiscalía incorpora presupuestos facticos que enmiendan la omisión de algunos, se asume como posible un resultado menos favorable a la situación del imputado. Pues bien, el Ministerio Público podría incorporar hechos que aumentan el desvalor de la hipótesis delictiva¹⁵.

Finalmente, sin perjuicio de las objeciones que puedan dirigir a la lectura presentada en torno al principio de congruencia, como manifestación del derecho de defensa, debe examinarse si resuelve adecuadamente la situación que genera la reformalización en el sistema chileno.

1.2. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

El principio de congruencia se manifiesta en la relación circunstanciada de hechos de la formalización, la acusación y la sentencia

derecho de defensa en cuanto se requiere que la imputación sea precisa y determinada. Así entonces, el tribunal debe cautelar la identidad del objeto del proceso, tanto material, referido a los mismos hechos y circunstancias, como personal, esto es, mismos acusados. De lo anterior no cabe sino concluir que para que el imputado pueda defenderse y ser defendido adecuadamente resulta indispensable saber exactamente cuáles son los hechos que se le imputan, sus circunstancias y calificación. Dicho así, la secuencia lógica y necesaria que todo juicio debe seguir, desde el punto de vista de la congruencia y precisión de la imputación, refiere a que los hechos e imputados de la formalización deben abarcar los hechos e imputados de la acusación; y los hechos y acusados de la acusación deben abarcar los hechos y acusados condenados en la sentencia definitiva. De lo dicho, se desprende que no cualquier error fáctico o circunstancia secundaria de la acusación puede importar una infracción a su congruencia con el fallo, como contrariamente lo sostuvo la defensa al referir a la dicotomía de fechas antes mencionada y han seguido erradamente los jueces de fondo en su ponencia sobre el punto, por cuanto para que ello ocurra es necesario que se establezcan en la sentencia, como delito, hechos que no han sido materia de la acusación, lo que en la especie no ha ocurrido, conforme se desprende de su lectura, en que aparece que los hechos son los mismos”.

¹⁵ Respecto de una comprensión moderna y racional del desvalor en materia penal, véase SANCINETTI. El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional. Barcelona: InDret Penal, 2017, p. 1-21.

condenatoria. Relación que se ve afectada a través de la introducción de nuevos presupuestos que perturban el objeto del proceso¹⁶. La incorporación de estos hechos produce un detrimento en las garantías del imputado, por medio de la extensión de la competencia del Tribunal a cuestiones ajenas a su jurisdicción¹⁷. Tal situación procesal, en el sistema jurídico penal chileno, ocasiona una infracción de las garantías, que sería susceptible de recurso de nulidad o cautela de garantía¹⁸.

¹⁶ En este orden de ideas, “dentro de esta concepción del acusatorio, la doctrina había entendido que el objeto del proceso se estructuraba e individualizaba con base en dos criterios: uno subjetivo y el otro objetivo. El objeto del proceso se identificaba y diferenciaba de los otros posibles objetos por referencia al sujeto pasivo o imputado-acusado en contra del cual se dirige el proceso penal, lo que se denomina la identidad subjetiva del objeto del proceso. De otra parte, el objeto del proceso se identifica por el hecho punible (o hechos) atribuido a ese sujeto, lo que da lugar a la identidad objetiva del mismo”, DEL RÍO FERRETI, Carlos. 2009, p. 205. En esta línea, Binder indica que la precisión y la claridad de la acusación son muy importantes porque es la acusación la que fija el objeto del juicio, de los hechos que hacen la acusación. Subsidiariamente está fijado por la calificación jurídica que propone la acusación, véase BINDER, Alberto M. B. 1999, p. 162. Los términos del art. 10 del código procesal penal.

¹⁷ En esta línea, Binder indica que la precisión y la claridad de la acusación son muy importantes porque es la acusación la que fija el objeto del juicio, de los hechos que hacen la acusación. Subsidiariamente está fijado por la calificación jurídica que propone la acusación, véase BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 1999, p. 162.

¹⁸ Así pues, el art. 10 del CPP dispone que, respecto de la cautela de garantías, *en cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. ____ Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo. ____ Con todo, no podrá entenderse que existe afectación sustancial de los derechos del imputado cuando se acredite, por el Ministerio Público o el abogado querellante, que la suspensión del procedimiento solicitada por el imputado o su abogado sólo persigue dilatar el proceso.*

Diferentes casos reflejan la infracción del principio de congruencia, como el presentar en juicio prueba que no tiene relación con los hechos de la acusación; el caso de quien es condenado por hechos que no se encuentran en la acusación; el aceptar incorporar prueba de la fiscalía que, en la audiencia de preparación de juicio oral, no tiene concordancia con los hechos de la acusación, entre otros supuestos. De ahí que la práctica procesal de la reformalización sea una problemática adecuada en este trabajo, con el propósito de ilustrar por qué la reformalización puede afectar el principio de congruencia¹⁹.

Conforme a lo expuesto, la incorporación de un nuevo hecho no es indiferente en el proceso, pues existe consecuencias en términos de imputación. Por esta razón, el principio de congruencia nos parece que cobra relevancia dentro de la doctrina de la imputación, para la que existen ciertos hechos que, concurriendo determinados factores de control, es necesario enunciar²⁰. Así, si los hechos imputados fueran indeterminados sería siempre posible imputarlos bajo parámetros que

¹⁹ Si la defensa conoce de los hechos imputados a su cliente por medio de la formalización, prepara su teoría del caso en atención a estos. En este sentido, siguiendo a Moreno la teoría del caso puede ser definida como “el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirá determinar la versión de los hechos que sostendrá ante un tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que acreditan en un juicio oral”, MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del Caso*, 2014, p. 18.

²⁰ En este sentido, la imputación fáctica debe considerarse tanto en la teoría del caso de la fiscalía como la defensa. Presentación de los hechos que incide en el juicio de imputación fáctico que realiza el juez. Por ello, una adecuada teoría del caso puede generar una apreciación de los hechos que afecte la valoración de la realidad fáctica del caso, porque esta solo tendría un carácter formal, véase BLANCO, Rafael; DECAP, Mauricio; MORENO, Leonardo; ROJAS, Hugo. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, 2005, p. 15-37. En la misma línea, podemos sostener que esta variación en la realidad fáctica del caso se podrá relativizar por su aplicación concreta. Pues en “todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de procesos judiciales, la verdad es relativa”, TARUFFO, Michele. *La Prueba*, 2008, p. 26. En cambio, en modelos procesales de carácter inquisitivo “rige el principio de investigación, también llamado principio de la verdad material o principio de instrucción o inquisitivo [que] supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa (‘instruye’ por sí mismo) y, en ello, no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso”, ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, 2001, p. 99.

van más allá de lo extraordinario²¹, mientras que si esos mismos son acuciosamente descritos en la formalización solo serán imputables en mérito de una razón proporcionada²².

El principio de congruencia no debe entenderse, entonces, como una regla que establece las condiciones de admisibilidad de nuevos hechos en el proceso. Pues bien, de lo contrario, en diversas oportunidades sería válido introducirlos por medio de la reformalización. Por ejemplo, un fiscal podría incorporar nuevos hechos, cuando ello sea necesario en la pesquisa de un delito de alta complejidad; un fiscal podría incorporar nuevos presupuestos para fortalecer su teoría del caso; un fiscal podría presentar un hecho omitido en la formalización cerrado el plazo de investigación; y un fiscal podría modificar la relación circunstanciada de los hechos para evitar que se propague una comprensión inadecuada de la imputación fáctica²³.

Ninguno de estos casos establece una excepción al principio de congruencia. Por ello, puede sostenerse que el principio de congruencia está subordinado a la formalización. Así pues, requiere de un razonamiento supeditado a un supuesto conceptual acerca de qué hechos sería adecuado considerar objeto del proceso. En otras palabras, nos parece que el principio está conectado con la formalización a modo de garantía, es decir, como un mecanismo de defensa que requiere precisión en hechos

²¹ Respecto de los parámetros de la imputación extraordinaria, véase HRUS-CHKA, Joachim. Imputación y derecho penal. Navarra, 2005.

²² En este contexto, la palabra proporción es utilizada dentro del contexto de aquellos principios que sirven de base para una política criminal. Así las cosas, el principio de seguridad y legalidad exigen una formulación precisa de los cargos que debe estar en consonancia con el principio de la dignidad humana. Así las cosas, existirían metarreglas que aludirían “a criterios operativos para casos de conflicto entre principios ... [para] llegar a las concretas reglas que resuelven grupos de casos. No se trataría propiamente de reglas que han surgido de la ponderación de principios, sino de enunciados (criterios) sobre la operatividad de esos principios y la prevalencia de unas sobre otras. La denominación [...] más adecuada es la de metarreglas, para destacar que son enunciados normativos y, además, de segundo orden o referidas a otros”, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Fundamentos de Política criminal. Madrid: Marcial Pons, 202, p. 80.

²³ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. La libertad del derecho penal. Barcelona: Atelier, 2014, p. 38.

que, inicialmente, no deberían ser modificados²⁴. De ahí que, incluso, el mismo imputado pueda ser informado de los hechos si se considera afectado por una investigación no formalizada²⁵.

Una vez que se ha determinado la importancia de la formalización como garantía en el proceso, el principio entra en escena diciéndonos que hechos no pueden ser incorporados como objeto del proceso en la resolución de un conflicto intersubjetivo²⁶. Así, cuando la relación circunstanciada de los hechos satisface las exigencias del principio de congruencia, el agente goza de las garantías del debido proceso.

El principio de congruencia opera, pues, como una parte fundamental de los presupuestos de la imputación, ya que los hechos constituyen el *factum* del proceso. Tal consecuencia precede a definir la

²⁴ Si bien es posible reconocer una vinculación entre el contenido de la formalización y la acusación en relación con el principio de delimitación progresiva del objeto del proceso, es importante indicar que la cuestión no está zanjada en términos dogmáticos. Pues el objeto del proceso puede observarse tanto en la calificación jurídica de los hechos como en los presupuestos fácticos de la acusación e incluso la formalización. En este contexto, según el aforismo *Iura Novit Curia*, los hechos pueden ser objeto de discusión en su calificación jurídica y el tribunal tiene autonomía sobre esta calificación y preliminarmente en la audiencia de control detención (ostensibilidad de los indicios que acreditan los presupuestos fácticos de la prisión preventiva). Sin embargo, en el plano constitucional penal la congruencia es parte de una *tutela judicial efectiva*. De ahí que la falta de congruencia en los hechos afecte la *garantía de defensa en juicio*. Por ello, la congruencia impide la alteración de los hechos que son fijados en el objeto del proceso según la perspectiva de este trabajo. Cuestión que, si bien no tiene tratamiento dogmático expreso a propósito de la formalización, se puede observar el plano procesal constitucional en AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. La congruencia procesal como límite del principio dispositivo en el proceso civil, p. 510.

²⁵ Así, en lo que respecta al *control judicial anterior a la formalización de la investigación*, según lo dispuesto en el art. 186 del CPP, *cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.*

²⁶ Respecto a la realidad intersubjetiva del Derecho penal, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 44.

atribución de responsabilidad en el segundo nivel de la imputación²⁷. Por eso el principio de congruencia es un filtro que nos permite identificar sobre qué versará la discusión de los dos niveles de la imputación, porque el principio no incide en el mérito o demérito de los antecedentes presentados, sino en los presupuestos fácticos que se presenta ante el tribunal.

Por último, nos parece que el principio de congruencia puede operar en una perspectiva formal y material. Cuando opera en la perspectiva formal, constituye una guía para la deliberación de la formalización en casos en los que se prevé que la incorporación de un nuevo hecho conduce a un efecto nocivo en la defensa del imputado. Cuando opera en la perspectiva material, constituye un criterio para el juzgador sobre la identidad material del proceso, que es el contenido hipotético normativo del crimen, simple delito o falta en el proceso, sin embargo, a diferencia de la perspectiva formal, el juzgador tendrá en cuenta no solo los efectos jurídicos de estos nuevos hechos en miras a la nulidad, sino también los que debió prever de no valorar en juicio.

1.3. CONTENIDO DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Hemos observado que, al estudiar el principio de congruencia, el modelo chileno presenta una aceptación general. Así, la expresión *delitos determinados* del art. 229 del CPP en torno a la formalización, nos entrega el derecho a reconocer los hechos precisos que se investigan en la audiencia de control de detención y su relación circunstanciada. Por eso, esta relación debe indicar el día, lugar, hora y fecha de ocurrencia de los hechos. La legislación chilena precisa este punto a través de los factores esenciales de la conducta imputada. Último punto que, ciertamente, se ratifica a través de la expresión *cargos que se presentaren* en el art. 232 del CPP.

²⁷ La imputación de segundo nivel es jurídica. En este nivel de la imputación se debe acreditar que el sujeto sabiendo que infringe la norma no ajusta su comportamiento a esta. Así pues, sin adolecer alguna afectación en sus capacidades psicobiológicas de comprensión o alguna hipótesis de vis compulsiva, opta por infringir el ordenamiento fuera de una hipótesis de error de prohibición, véase HRUSCHKA, Joachim. Imputación y Derecho penal. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 38; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. La libertas del derecho penal. Barcelona: Atelier, 2014, pp. 66-73.

Pero estas razones, se nos presenta como insuficiente la interpretación entregada en torno a la congruencia. En efecto, esta apunta a que la base del principio está compuesta por la inviolabilidad del derecho a defensa. De ahí que todo aquello que, en la sentencia, implique una sorpresa para quien se defiende, en la línea de un nuevo antecedente fáctico lesiona la congruencia²⁸. Si estas explicaciones se ordenan a este último punto, entonces nos parece que la congruencia logra su objetivo.

La pregunta por la congruencia es la pregunta por la justificación de su distinción central: aquella que existe en la relación de los hechos de la formalización, la acusación y la sentencia. Así, no puede plantearse sobre la base de una identidad meramente semántica. De ahí que se deba mostrar cuál es la razón de que un nuevo hecho sea parte del proceso. En otras palabras, hay que demostrar por qué es deseable para la defensa, sin importar su trascendencia en la pretensión del ente persecutor.

Ahora bien, el argumento positivo para aceptar que la sentencia no puede exceder el contenido de la acusación se encuentra en el art. 341 del CPP. En efecto, si tal disposición se dirige a evitar condenas por hechos no contemplados en la acusación, únicamente puede recaer la diferencia entre la acusación y la sentencia en la calificación jurídica de los hechos, o la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación.

Que la calificación jurídica de un tribunal afecte las pretensiones del Ministerio Público o la defensa, puede ser emendada por la posibilidad de someter a cuestionamiento la tesis del Tribunal. Todas las calificaciones jurídicas conllevan efectos que inciden en la valoración del hecho conforme a la norma²⁹. De ahí que no pueda existir una imposición en los parámetros

²⁸ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2004, p. 568.

²⁹ Así pues, con posterioridad a la imputación fáctica existe una segunda etapa dirigida a orientar estos hechos por medio de un juicio atingente a las reglas de conducta (*applicatio legis ad factum*) y de imputación de segundo orden (*imputatio iuris*). Juicio en que intervienen valoraciones donde cobra relevancia la operación de medición del hecho conforme a una regla de conducta permisiva, prescriptiva o prohibitiva, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. La libertad del derecho penal. Barcelona: Atelier, 2014, p. 66-73.

de la calificación, pues puede ser sometidas a control en audiencia³⁰. Pero, en realidad, ni siquiera el recurso de nulidad sería una solución al problema en caso de disentir en torno a la calificación jurídica, porque la precisión de los hechos de la acusación es importante en relación con el objeto del proceso³¹. En síntesis, el conocer los hechos de la imputación, la relación circunstanciada de los hechos y las limitaciones propias de esta descripción, nos llevan a aceptar la importancia del principio de congruencia³².

1.4. CONCLUSIONES PROVISIONALES

El principio de congruencia, como regla procesal que comprende la coherencia de los hechos de la formalización, la acusación y la sentencia, es un principio de razonamiento que provee presupuestos adecuados para imputar responsabilidad. Aunque ha sido estudiado como un principio procesal, es apto para ser acogido en el Derecho penal. En efecto, sin perjuicio de que la congruencia abarca un espectro dogmático de segundo orden en la imputación, el Derecho penal también debe hacer frente a situaciones en las que un agente sea castigado por hechos que están desvinculados de la acusación. Si bien el principio puede ser de ayuda en la deliberación jurídico-penal, nuestra propuesta es que debería ser estudiado en el ámbito de la reformalización, puesto que, confrontado con otras distinciones de la doctrina procesal, el principio aporta soluciones consistentes según observaremos a continuación.

³⁰ En este sentido, según lo dispuesto en el art. 341 del CPP, *la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.*

³¹ BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1999, p. 162.

³² HORACIO LANGEVIN, Julián. Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 47

2. REFORMALIZACIÓN: ANÁLISIS CRÍTICO Y ALCANCES DE LA FIGURA

2.1. INICIOS DE LA REFORMALIZACIÓN

Luego del inicio de la reforma procesal penal, se introduce la reformalización, cuya existencia en nuestra jurisprudencia altera el escenario en materia de formalización. La reformalización nunca fue objeto de discusión en la reforma procesal penal, de modo que, consecuentemente, el legislador no tuvo en cuenta esta práctica en las decisiones que adoptó en la regulación de la formalización. No debe extrañar entonces que la historia de la formalización no aporte elementos que prueben su existencia.

En efecto, una de las Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que le dio origen, en causa Rol 738-2006, del 23 de mayo de 2006, únicamente perseguía limitar la extensión de la formalización por hechos que un principio fueron calificados propios de un robo por sorpresa para recalificarlos como robo con violencia³³. La única disposición penal prevista, consistente en la formalización de la investigación, se hacía cargo precisamente de la comunicación precisa de los hechos objeto del proceso. Sin embargo, no abordaba la incorporación de nuevos presupuestos a continuación de la formalización.

Luego de que la Corte de Apelaciones de Santiago el 23 de mayo de 2006 aceptara la reformalización —e innovará en este aspecto— se estandariza su uso en la jurisprudencia. Sin embargo, en los primeros fallos en torno a esta, la jurisprudencia se muestra reticente en su aplicación. Pues bien, la reformalización afecta el objeto del proceso, pues la descripción inicial de los hechos en la formalización es una garantía en defensa del imputado.

Así las cosas, posiblemente el único que da sentido a los propósitos de la reformalización es precisar los hechos de la investigación para la defensa. Sin embargo, una imprecisión de los hechos permite recurrir con posterioridad a la nulidad de la sentencia, lo cual, ciertamente, facilita la defensa. De este modo, la imprecisión en relato de los hechos opera en favor del imputado.

³³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 738-2006 del 23 mayo de 2006 (RUC 0500234342-K).

Como se puede observar, la reformalización no es admisible gracias a un espacio en la legislación o si, por el contrario, se creía preferible contar con esta figura para subsanar omisiones del Ministerio Público. Si bien en la actualidad no se perciben dificultades para aceptar la reformalización, la excepción podría radicar en un argumento procesal. Pues bien, “si fuese ad-*portas* del vencimiento del plazo de investigación o con cierre de la misma, podría afectar seriamente el derecho de defensa al agregar nuevos hechos no considerados primitivamente”³⁴.

Como sea, lo que es claro es que el legislador optó por un modelo orientado a respetar las garantías del debido proceso. Esto es, a través de uno de sus pilares de la comunicación: la formalización. Así, una de las primeras sentencias en la materia es una resolución del Juzgado de Garantía de los Andes. Esta sentencia se opuso a la aplicación de la reformalización, pues la reformalización únicamente se utilizan para solventar las acciones de la fiscalía y crea incertidumbre en relación con los hechos que son imputados en el proceso³⁵.

También el fallo del Juzgado de Garantía de los Andes se encuentra en línea con la sentencia del Juzgado de Garantía de San Javier. Este último sostuvo, respecto de la reformalización, su improcedencia, porque el derecho procesal debe ajustarse a los parámetros positivos del ordenamiento chileno³⁶. Por último, la sentencia del Juzgado de Garantía de Talca reafirma la tesis de rechazo a la reformalización. Este Juzgado rechazó la reformalización —en la línea del Juzgado de Talca— por no estar presente en la regulación del sistema procesal. Así, en la formalización inicial —en el caso del Juzgado de Talca— se imputó al agente participación como autor en un delito de robo con violencia. Sin embargo, “semanas después el ente persecutor procedió a reformular la investigación modificando el día, la hora, el número de sujetos activos y

³⁴ ESCOBAR SALAS, Juan Manuel. La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto. 2013, p. 76.

³⁵ Sentencia del Juzgado de Garantía de Los Andes, RIT 251-2004, del 1 junio 2004.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Garantía de San Javier, RIT 696-2004, del 30 noviembre 2004.

demás antecedentes”³⁷. La reformalización permitió únicamente precisar los términos de la formalización.

2.2. INICIATIVAS POSTERIORES DE APLICACIÓN

A propósito del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 23 de mayo de 2006, un grupo de sentencias, que en principio únicamente aspiraba a introducir modificaciones menores en la relación circunstanciada de los hechos, impuso en el seno de la jurisprudencia la reformalización. El fundamento de estas era una mirada sistemática centrada en el momento procesal oportuno para presentación de nuevos hechos, lo que se expresó en una serie de adaptaciones a la formalización.

Confirmando la idea anteriormente expuesta, la Sentencia del caso Bombas, mediante sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa Rit 3418-2007, presenta los nuevos hechos en el proceso que, junto con aportar una nueva calificación jurídica de los mismos, se hizo cargo de nuevos presupuestos fácticos ausentes en la formalización inicial³⁸. Así, en un inicio se les formalizó a los imputados por el delito de asociación ilícita. Luego, por la figura delictiva de colocación de artefactos explosivos en diferentes partes de Santiago el 2010³⁹. En esta línea, el año 2011, el Ministerio Público requirió una audiencia de reformalización con el objetivo de agregar nuevos hechos y precisar los expuestos en la formalización⁴⁰.

³⁷ ESCOBAR SALAS, Juan Manuel. La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto. 2013, p. 44.

³⁸ Sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 3418-2007, del 18 de marzo de 2012.

³⁹ Esto, a propósito de la Ley N° 18.314 (sobre conductas terroristas) publicada el 17-05-1984.

⁴⁰ Por último, en este caso uno de los argumentos que sustentó el Ministerio Público radicó que “un juez de garantía no puede negarse a que el ente persecutor realice nuevas formalizaciones de investigación respecto de un imputado”, ESCOBAR SALAS, Juan Manuel. La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto. 2013, p. 53. Ello, según el razonamiento de la Sentencia de la Corte Apelaciones de Coyhaique, Rit 372-2004, *passim*.

Por otra parte, en lo que al uso de la reformatización respecta, la sentencia del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 16.027-10, del 04 abril 2011, no contiene innovación alguna. Según la sentencia, la reformatización permite incorporar nuevos hechos para una mejor defensa. En este caso, la Fiscalía asumió inicialmente una tesis de parricidio que, no obstante, modificó en la reformatización, agregando las figuras penales contempladas en los artículos 399 (lesiones menos graves) y 494 N°5 (agravante en supuestos de violencia intrafamiliar) del Código Penal. Para hacerse cargo de estas figuras, el Juzgado de Garantía de Santiago señaló que una de las finalidades del sistema es entregar a la Fiscalía las herramientas adecuadas para desarrollar su investigación. De ahí que no exista una norma que exija en una sola oportunidad formalizar todos los delitos que se han investigado. Con ello, el Juzgado rechazó la petición de impugnación de la reformatización por parte de la defensa.

También la reformatización es aceptada en el caso La Polar⁴¹. De un modo diferente a los expuesto con anterioridad, la Fiscalía no incorporó nuevos hechos en el contexto de los presupuestos fácticos, así como en la subsunción de los hechos bajo los supuestos que contempla el art. 160 de la Ley General de Banco, entre otros ilícitos de los que imputó en la formalización. En este sentido, solo especifica los hechos que fueron enunciados en un inicio en la formalización. De ahí que, si bien el Ministerio Público no introduce nuevos hechos en la reformatización, por su especificación, debería considerarse, siguiendo a Escobar, que “se ha comunicado a los imputados el delito por el cual se los investiga dando cumplimiento, de esa forma, a los objetivos de garantía que dicha actuación persigue [...] ha reformatizado buscando precisar y detallar de la mejor manera la forma como se han producido las infracciones”⁴².

Con todo, nos parece que toda imprecisión en la imputación es un argumento que la defensa puede argüir en una audiencia e incluso precisar —de ser necesario alguna convención— en la audiencia de control de detención. Sin embargo, hasta la fecha no se ha presentado

⁴¹ Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 6930-2011, de fecha 14 febrero 2012.

⁴² ESCOBAR SALAS, Juan Manuel. La reformatización de la investigación: un problema jurídico no resuelto. 2013, p. 59.

posiciones dogmáticas en favor de esta interpretación. Como se observa, las primeras sentencias en torno a la reformalización se inscribían en una interpretación restrictiva de las disposiciones del CPP. Pues bien, la imprecisión fáctica era un argumento en resguardo de las garantías del imputado para interponer la nulidad.

2.3. PARÁMETROS CONSTITUCIONALES

Si bien los argumentos para cuestionar la reformalización podrían ser diversos, básicamente presentamos dos a nivel constitucional. Por una parte, el primero sería detectar qué hechos se deben incorporar antes de la audiencia de preparación de juicio oral, haciéndose cargo de sus singularidades en aras del debido proceso. Una segunda vía sería más bien positiva, pues la constitución indica en art. 19 N° 3, inc. 6, que *toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*. Ciertamente, la disposición también indica que *corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento*.

El derecho chileno no cuenta con una regulación de la reformalización porque es creación de la jurisprudencia. Por ello, la reformalización trasciende los términos del art. 229 del CPP y cubre nuevos presupuestos fácticos. Presupuestos que aparentemente permitirían una defensa más acuciosa. Así, en lo que al uso abusivo de reformalización concierne, particularmente las hipótesis posteriores a la solicitud del cierre de la investigación o ampliación del plazo de investigación son las que generan mayor resonancia en el sistema.

Si bien la reformalización podría sugerir equipara *la comunicación que el fiscal efectúa al imputado* con todas las comunicaciones que realiza, esta sería una interpretación extensiva. Nuestra opinión, como se ha dicho, decanta por una interpretación estricta⁴³. Sobre todo si la reformalización

⁴³ En esta línea, el art. 5 del CPP indica que *no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. ___Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.*

se practica con posterioridad a la solitud del cierre de la investigación, pues sería imposible determinar de dónde previene la incorporación repentina de estos hechos. De ahí que el segundo argumento —a nivel constitucional— se construye a partir del rechazo de una lectura flexible de la formalización. Tal es el caso paradigmático del caso Bombas y, posteriormente, La Polar. En el caso Bombas, a las antiguas previsiones relativas al uso de artefactos explosivos, existentes en el ordenamiento sustantivo del Código Penal chileno, la reformalización agregó nuevos hechos que indiquen en el desarrollo del juicio. Esto es, presupuestos fácticos más amplios que, referidos a la problemática del principio de ejecución, dan cuenta de otros lugares en los que fueron colocados artefactos explosivos en Santiago.

Si bien en el caso La Polar se podría indicar que la precisión de los hechos no constituyó un uso abusivo de la reformalización, no existe una disposición específica en el sistema que comprendan su uso solo en favor del imputado. Por ejemplo, el art. 334 del CPP indica que *no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral*, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de *diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público*. Sin embargo, existen una serie de fallos que permiten solo la lectura de estos documentos cuando sean favorables al imputado. Último razonamiento que sería necesario incorporar en el caso de la reformalización a modo de excepción y no regla general en el sistema.

Ahora bien, en el contexto constitucional, el legislador chileno optó por una interpretación centrada en el respecto de las garantías fundamentales. Pues bien, a través del art. 5 del CPP se plasma la prohibición de analogía en la lectura de las disposiciones del CPP. La reformalización parece cubierta a través de una interpretación analógica del art. 230 del CPP.

Como es fácil de advertir, ambos argumentos de orden constitucional presentan méritos y defectos, pues la reformalización ofrece la posibilidad de precisar hechos para una mejor defensa en juicio, aunque impulsa las dificultades propias de un defecto en el ejercicio de la acción penal según lo dispuesto en el art. 229 y siguiente del CPP.

En suma, prescindir de la reformalización parece más adecuado desde un punto de vista estricto en la interpretación de las reglas

del proceso, pero, además de la visibilidad de los alcances de nuevas instituciones en el plano jurisprudencial. A continuación, se podrá apreciar cómo estas dos líneas de argumentación han estado presentes en la discusión en torno a la reformalización.

3. MÉRITOS Y DEFECTOS DE LA REFORMALIZACIÓN

En la medida en que la ley no regula el uso de la reformalización, se resuelve su uso a través de una lectura analógica. Sea que la reformalización se use para precisar presupuestos facticos, antes del cierre de la instigación o con posterioridad a esta, en la actualidad no cabe duda de que debe aplicarse en beneficio del imputado, sin perjuicio de los muy defectuosos términos de su concreción en las disposiciones del ordenamiento chileno.

El principal problema que trae consigo la reformalización es la debida presentación de los hechos. De este modo, la reformalización se acentúa como una hipótesis conflictiva que no encuadra con los hechos de la formalización, la acusación y la sentencia. Es lo que podríamos denominar la cuestión del *factum* en la imputación, pero susceptible de una *contingencia* que no reduce el sistema.

Las enormes dificultades que ofrece la reformalización se aprecian a propósito de las primeras sentencias que se pronuncian en torno a esta, que se hacen cargo de su rechazo debido a la falta de su positivización en el sistema. Todo ello implica que lo que subyace a la reformalización, conduce a interpretaciones analógicamente extensivas del ordenamiento, al punto de convertir la formalización en una suerte de indeterminación fáctica.

Otra duda que subsistente es si las disposiciones del art. 229 y art. 5 del CPP son compatibles con la reformalización. Si el punto ya es discutible en el ámbito de las primeras etapas del proceso, donde tradicionalmente se ha considerado que los hechos de la formalización llevan la carga de la congruencia, tanto más lo es en donde no se aprecia que los términos positivos del ordenamiento la reconozcan. Por ello, si la reformalización provoca dudas interpretativas, mayores son las incertidumbres que suscita en relación con el principio de congruencia.

Desde luego es importante que, a diferencia de lo que ocurre con las disposiciones de la formalización, el art. 229 del CPP se haga cargo

expresamente de la reformalización, así como del principio de congruencia en aras del principio de objetividad. Si bien la escueta formulación del art. 229 del CPP es consonante con la facultad privativa de formalización, es decir, en la que los jueces no pueden interrogar a los involucrados en el proceso, recibir pruebas o incluso solicitar la carpeta investigativa de Fiscalía para calificar la formalización⁴⁴, ello no es suficiente para aceptar la reformalización.

En resguardo de la reformalización, parecen quedar excluidos los hechos que afectan el derecho de defensa y, en general, toda superposición estos que afecte el principio de no contradicción. Ciertamente, la incorporación de nuevos hechos debería contar con una aceptación expresa de la defensa. De este modo, la reformalización demanda explicar la necesidad de incorporar nuevos hechos en favor de la defensa.

La reformalización requiere del ente persecutor una explicación. En definitiva, explicar ¿por qué el debido proceso demanda la incorporación de estos nuevos hechos? Así pues, deberíamos preguntarnos ¿qué sucede si la defensa elabora su teoría del caso y esta es afectada por la incorporación de nuevos hechos en la reformalización? La defensa ¿debería trabajar su teoría del caso desde los presupuestos fácticos iniciales o los contemplados en la reformalización? Cuando esta disyuntiva se produce, debemos examinar si es posible admitir la práctica de la reformalización en el sistema.

Ahora bien, la dogmática no ha tratado en extenso la figura de la reformalización, pues no existe regla en el código que la reconozca. Así, la figura de la formalización es la única comunicación que el fiscal realiza, en audiencia de control de detención, en los términos del art. 229 del CPP. La formalización, como facultad privativa del Ministerio Público, cumple una función de garantía, porque informa

⁴⁴ En este contexto, siguiendo a Piedrabuena, “en la III Región, un juez le ordenó al fiscal, antes de citar a una audiencia de formalización, que le acompañara la carpeta investigativa para analizar su mérito y como el fiscal se negó, el juez ordenó su detención, siendo el recurso de amparo acogido por la Corte de Copiapó... En un juzgado periférico de Santiago, los jueces interrogaban a las policías y hacían una especie de reconocimiento del imputado por la víctima, situándolos en distintas filas del público asistente”, véase GUILLERMO PIEDRABUENA, Richard. 2011, p. 110.

al imputado de los hechos en los que se le atribuye participación y su calificación jurídica.⁴⁵

Sin embargo, la inviolabilidad de la defensa conlleva el respecto del principio de congruencia en la reformalización. Si bien el principio regularmente se le simplifica mediante una relación fáctica entre los hechos de la acusación y la sentencia, ciertamente el principio es más amplio. Pues bien, desde que tal relación se origina la demarcación fáctica para requerir instrucción, informar de los hechos al imputado antes de su declaración, en el auto de procesamiento, en el requerimiento acusatorio que eleva el caso a juicio o el acto a través del cual se dicta sentencia⁴⁶, entre otros, deben indicar de forma precisa cuáles son los supuestos de hecho que van a ser objeto de análisis y garantizar el derecho a defensa. De ahí que la comunicación de estos hechos también materialice las garantías consagradas en el art. 93 del CPP⁴⁷.

Conforme con lo anterior, como varios de los supuestos de aplicación de la reformalización dicen relación con los motivos de la imputación, el principio de congruencia adquiere relevancia. Por eso, desde que los dogmáticos chilenos renuevan su estudio y exhiben su importancia, las diferenciaciones fundamentales que en él se constatan se debería considerar en la reformalización. El principio de congruencia es una herramienta indispensable en el debate contra aquellas doctrinas que propugnan una correlación exclusiva entre los presupuestos de la acusación y la sentencia, de modo que la determinación de la infracción del principio no penda de un balance entre los hechos de la formalización, la acusación y, posteriormente, la sentencia condenatoria.

⁴⁵ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno, t.I. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2002. p.540

⁴⁶ JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del Imputado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p.168.

⁴⁷ En este contexto, en torno a los *derechos y garantías del imputado*. *Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes*. Así pues, tendrá derecho, según la letra a) del art. 93 del CPP, a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes; y, según la letra c) del art. 93 del CPP, a solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen.

Los esfuerzos de la dogmática ponen de manifiesto las diferenciaciones expuestas como la importancia de precisión en los términos de la imputación; esto es, en etapas procesales que inciden, determinantemente, en la formulación de teoría del caso de la defensa. Así, la formalización “es una actuación unilateral, exclusiva y soberana del fiscal que cumple una función esencialmente garantista, que consiste en informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra”⁴⁸.

De este modo, desde la óptica de la defensa, cada imputado tiene derecho a tener conocimiento de los hechos por los cuales se le investiga, es decir, “se asegura que estas personas, que pasan a denominarse imputados, sean debidamente emplazadas o tengan oportuno y debido conocimiento de la incoación del proceso en su contra, dirigido a establecer su posible responsabilidad penal en algún hecho específico”⁴⁹. Sin embargo, a pesar de que la dogmática sigue tematizando acerca del principio de congruencia, y de la trascendencia que ha adquirido en la formalización, su estudio continúa siendo escasamente desarrollado en lo que compete a la reformalización. Con ello, este artículo reinserta la discusión en el debate académico.

CONCLUSIONES

La reformalización es una regla no positivizada en el proceso, que provee criterios inadecuados para precisar el objeto del proceso. En consecuencia, sin perjuicio de que esta comprende un espectro que puede ser positivo para el defendido, el sistema procesal se debe ordenar a una interpretación estricta de sus disposiciones. Si bien la reformalización puede ser un instrumento valioso en aras del ejercicio del principio de objetividad, puede prestarse para un uso arbitrario. La reformalización

⁴⁸ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo; HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. El Código Procesal Penal, Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia. Santiago: Librotecna, 2006, p. 266.

⁴⁹ CAROCCA PÉREZ, Alex. La defensa penal pública. Santiago: Lexis Nexis, 2002, p.73

solo puede ser reconocida en el sistema de ser favorable al imputado, puesto que, confrontado con el principio de congruencia, esta únicamente debe aportar soluciones consistentes en la presentación precisa de los hechos investigados.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS VICENCIO, Cristián. El artículo 360 del Código procesal penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 9, p. 151-174, 2007. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2007.15118>

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, “La congruencia procesal como límite del principio dispositivo en el proceso civil”, en Arancibia, Jaime (editor), *La buena fe en el Derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile) 1990/2020*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1999.

BLANCO SUÁREZ, Rafel. *Código Procesal Penal: Sistematizado con jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.

BLANCO, Rafael; DECAP, Mauricio; MORENO, Leonardo; ROJAS, Hugo. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago: LexisNexis, 2005.

CAROCCA PÉREZ, Alex. Congruencia entre Acusación y Defensa en el Nuevo Proceso Penal Chileno. *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales*, Santiago, n. 39, p. 310, 1998.

CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco. *El Código Procesal Penal. Comentario, concordancias y jurisprudencia*. Santiago: Librotecnia, 2006.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos paralelismos con la situación chilena. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 22, n. 1, p. 203-233, 2009. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100010>

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Los poderes de decisión del juez penal: Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ESCOBAR SALAS, Juan Manuel. La reformatización de la investigación: un problema jurídico no resuelto. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114379>>. Último acceso: 13 dic. 2020.

FALCONE SALAS, Diego. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección, Estudios Año 21 - N° 2*, pp. 183-224, 2014. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000200006>

FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Garantías del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

GANDULFO, R. Eduardo. Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, n. 20, p 415-474, 1999. <http://dx.doi.org/10.4151/ISSN.07186851-Vol.0-Num.20-Fulltext.448>

GUERRA, Rodrigo. Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad. Santiago: Ara Editores, 2017.

GUILLERMO PIEDRABUENA, Richard. La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante. *Revista de Derecho*, Santiago, n. 26, p. 109-136, 2011.

GUILLERMO PIEDRABUENA, Richard. *Memorias del Primer Fiscal Nacional*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2011.

HORACIO LANGEVIN, Julián. *Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2007.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

HRUSCHKA, Joachim. *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2006.

JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2014.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L, 2004.

MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2014.

- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL* (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) pp. 643 – 686, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100020>
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política criminal: Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *La libertad del Derecho penal: Estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona: Atelier, 2014.
- SANCINETTI, Marcelo Alberto. El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional. *InDret Penal*, Barcelona, n. 2, p 1-21, 2017.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 03/05/2021
- Desk review and plagiarism check: 23/05/2021
- Review 1: 03/06/2021
- Review 2: 22/06/2021
- Preliminary editorial decision: 17/08/2021
- Correction round return: 23/08/2021
- Final editorial decision: 15/09/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (PM)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GUERRA ESPINOSA, Rodrigo Andrés. Reformalização en la mira de la congruencia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2127-2154, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.559>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español

The Whistleblowing Directive: Key aspects of its transposition into Spanish law

José Caro Catalán¹

Universidad de Cádiz, Cádiz, España

jose.caro@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0001-9735-155X>

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza el contenido de Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión y su proceso de transposición al ordenamiento jurídico español. Como punto de partida, se realiza una contextualización del fenómeno del whistleblowing a nivel global. Luego se aborda el contenido esencial de la Directiva, profundizando en los canales de denuncias internos y externos. Y, por último, se abordan los aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. Para llevar a cabo este último epígrafe, el autor se sirve de la consulta pública sobre la transposición de la Directiva planteada por el Ministerio de Justicia el 7 de enero de 2021 así como de algunas de las aportaciones realizadas en el seno de ese proceso por entidades e instituciones interesadas. Por último, el artículo se refiere brevemente al proceso de transposición de la Directiva en otros Estados miembros.

PALABRAS CLAVE: Canales de denuncias; alertadores; transposición; Derecho de la UE.

ABSTRACT: *This paper analyses the key aspects of the imminent transposition into Spanish law of Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report*

¹ Investigador Predoctoral FPU-UCA de Derecho Procesal en la Universidad de Cádiz. Miembro del Grupo de Investigación IURISDICTION-Estudios de Derecho Procesal (SEJ287), financiado por la Junta de Andalucía.

breaches of Union law. As a starting point, it provides a contextualisation of the phenomenon of whistleblowing at the global level. Then, the essential content of the Directive is addressed, going deeper into the internal and external whistleblowing channels. Finally, the key aspects of its transposition into Spanish law are addressed. To carry out this last section, the author makes use of the public consultation on the transposition of the Directive proposed by the Ministry of Justice on 7 January 2021, as well as some of the contributions made during this process by stakeholders.

KEYWORDS: Reporting channels; whistleblowers; transposition; UE Law.

CONTENIDO: Introducción; 1. Los canales de denuncias: origen, recepción en España y evolución legislativa; 2. La Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión; 2.1. Antecedentes; 2.2. Objetivos y ámbito de aplicación; 2.3. Contenido; a) Canales internos de denuncia; b) Canales externos de denuncia y revelación pública de la información; c) Medidas de protección; 3. El proceso de transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español; 3.1. La consulta pública para la transposición de la Directiva de 7 de enero de 2021; a) Ámbito material de aplicación; b) Ámbito personal de aplicación; c) Canales internos de denuncia; d) Canales externos de denuncia; e) Autoridades competentes encargadas de los canales externos de denuncias; f) Sanciones; g) Premios o recompensas; 3.2. Breve referencia al proceso de transposición de la Directiva en otros Estados miembros. Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

La detección e investigación de las actividades ilícitas que se comenten en el seno de las organizaciones –públicas o privadas– es uno de los principales desafíos a los que se enfrenta la política criminal moderna². Frente a este tipo de criminalidad – denominada *corporate crime*

² GARCÍA MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 31.

en el mundo anglosajón³– las medidas de investigación tradicionales se han demostrado claramente ineficaces⁴. Ante este panorama, los Estados tratan de encontrar nuevas –o no tan nuevas– herramientas que les permita perseguir, o incluso prevenir, la comisión de infracciones que se cometen dentro de las organizaciones.

Con este afán, en los últimos años, la protección de las personas denunciantes de irregularidades se está convirtiendo en uno de los elementos centrales de lucha contra este tipo de criminalidad⁵. Se parte de la idea de que las personas que forman parte de una organización están en una posición privilegiada para descubrir las actividades ilícitas o fraudulentas que se desarrollen en su seno. Sin embargo, el miedo a las represalias y el estigma social que recae sobre los denunciantes provocan que en la mayoría de casos las infracciones queden silenciadas. A fin de evitar este tipo de situaciones, los Estados están incorporando a sus ordenamientos garantías adicionales para que los potenciales denunciantes de estas infracciones –principalmente los empleados– se sientan libres y seguros a la hora de denunciar⁶.

El impulso de estas políticas de protección de los denunciantes en los últimos años no tiene su origen –al menos no únicamente– en los Estados, sino que se trata de un fenómeno global fomentado por instituciones internacionales. La protección de los denunciantes ocupa un lugar destacado en la agenda internacional de lucha contra la corrupción

³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Corrupción y la categoría de “delito de cuello blanco”: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados. *Revista IUS ET VERITAS*, Lima, n. 57, 2018, p. 164.

⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *Derivas de la justicia: tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 178 y ss.

⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9003, 19 de Junio de 2017, *versión digital*; SÁEZ LARA, Carmen. *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 15.

⁶ SÁEZ LARA, Carmen. *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 15.

del G20, del Consejo de Europa y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁷.

A nivel de la Unión Europea también se está promoviendo este tipo de políticas. De hecho, en octubre de 2019, el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, comúnmente denominada como Directiva “*Whistleblowing*”⁸ (en adelante, la Directiva). Aunque su ámbito de aplicación no solo se refiera a los denunciantes de corrupción, es indudable que la aprobación de esta Directiva ha supuesto un avance significativo en esta materia⁹. Sin embargo, todavía es pronto para valorar su impacto porque está pendiente de transposición en nuestro derecho interno.

En este trabajo nos proponemos analizar el fenómeno del *whistleblowing* (1) y, en particular, el contenido de la Directiva (2), con el objetivo final de valorar las opciones que tiene el Estado español a la hora de llevar a cabo su transposición (3). En este último apartado, tendremos muy en cuenta la consulta pública sobre la transposición de la Directiva planteada por el Ministerio de Justicia el 7 de enero de 2021, en la que se deja entrever algunas de las cuestiones clave que se están discutiendo en el proceso de transposición de la norma (3.1)¹⁰. Además, a fin de ofrecer

⁷ MECHTENBERG, Lydia., MUEHLHEUSSER, Gerd., ROIDER, Andreas. Whistleblower protection: Theory and experimental evidence. *European Economic Review*, Ámsterdam, n. 126, 2020, p. 2, BACHMAIER WINTER, Lorena; MARTÍNEZ SANTOS, Antonio El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2019, 503-550.

⁸ “La nueva Directiva “whistleblowing” abre canales seguros de denuncia frente a infracciones del Derecho de la Unión”, *Noticias Jurídicas*, 27 de noviembre de 2019. Disponible en: <<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14650-la-nueva-directiva-039;whistleblowing039;-abre-canales-seguros-de-denuncia-frente-a-infracciones-del-derecho-de-la-union/>>. Acceso en: 23 feb. 2021.

⁹ GARRÓS FONT, Imma., ROMERA SANTIAGO, Nuria. Hacia una protección efectiva de los denunciantes. *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 7-8, julio-agosto 2020, p. 2.

¹⁰ Consulta pública sobre la transposición de la Directiva planteada por el Ministerio de Justicia el 7 de enero de 2021: Disponible: <<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Consulta%20Pu>

una panorámica más completa, nos referiremos brevemente al proceso de transposición de la Directiva en otros Estados miembros (3.2), lo que nos permitirá ofrecer una perspectiva comparada de las cuestiones más relevantes que se están suscitando en su transposición.

En atención a los modestos objetivos formulados en el párrafo anterior, nos planteamos una serie de preguntas a las que trataremos de dar respuesta a lo largo de este trabajo: ¿Sería suficiente con una transposición de mínimos de la Directiva para conseguir una protección efectiva de los denunciantes en España? ¿Debe el legislador español aprovechar la transposición de la Directiva –que solo se refiere a la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión– para regular, de forma general e integral, los canales de denuncia? ¿Cuáles son los aspectos clave que pueden ser determinantes para valorar el éxito o el fracaso del proceso de transposición? Y, en su caso, ¿Qué opción sería la más adecuada para cada uno de estos aspectos en el caso de España?

1. LOS CANALES DE DENUNCIAS: ORIGEN, RECEPCIÓN EN ESPAÑA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Sin remontarnos a sus orígenes más remotos¹¹, basta con apuntar que, a principios de los años setenta del siglo pasado, en Estados Unidos se le puso nombre a este fenómeno para hacer referencia a aquellos informantes internos que denunciaban posibles infracciones cometidas en el seno de la administración sobre cuestiones relacionadas con salud pública, seguridad, corrupción o abusos de poder¹². En ese periodo, a consecuencia de una serie de factores sociopolíticos marcados por la corrupción y falta de ejemplaridad pública¹³, la administración

blica%20Whistleblowers%205%20ENE%2021.pdf>. Acceso en:23 02/2021). 23 feb. 2021.

¹¹ Para una aproximación histórica de este fenómeno *vid.* BUCY, Pamela. Information as a commodity in the regulatory world. *Houston Law Review* Houston, vol. 39, issue 4, 2002, pp. 909-916.

¹² ANN JOHNSON, Roberta. *Whistleblowing: When it Works—and Why*, Boulder: Lynne Rienner, 2003, p. 4.

¹³ Como apunta RAGUÉS I VALLÈS, la irrupción de este fenómeno “está muy vinculada con el movimiento de defensa de los derechos civiles, la desilusión

estadounidense implementó medidas dirigidas básicamente a proteger a los delatores frente a posibles represalias¹⁴.

Ya a principios de este siglo, como consecuencia del escándalo del caso “Enron”¹⁵, se promulgaron en Estados Unidos nuevas leyes dirigidas a mejorar el control de las administraciones públicas y de las corporaciones privadas, en concreto de las sociedades cotizadas. A tal efecto, se dictó la *Sarbanes-Oxley Act* que, en su sección 806, bajo el rótulo “*Protection for employees of publicly traded companies who provide evidence of fraud*”, incorporó varias medidas dirigidas a proteger a los empleados a fin de que se sintieran seguros a la hora de revelar posibles infracciones que hubieran podido cometer las corporaciones para las que trabajaban¹⁶. A raíz de este impulso legislativo, la protección de los alertadores ha pasado a formar parte de la cultura estadounidense. Algo que, en buena medida, ha favorecido su expansión al resto del mundo¹⁷.

Aunque el origen de este fenómeno no se halle en España, la idea de implantar canales de denuncias en las organizaciones a fin de mejorar

ciudadana ante la guerra del Vietnam y el *Watergate* y la incapacidad de las empresas y la administración para contener los nuevos riesgos de la tecnología y la industria”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret*, Barcelona, n. 3/2006, pág. 4.

¹⁴ GARCÍA MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador*. La regulación europea de los canales de denuncia, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020., pp. 38 y ss. Sobre el concepto del *whistleblower* vid. GARCÍA-MORENO, Beatriz. El concepto de alertador (o whistleblower). En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (edits.). *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 443-447.

¹⁵ Puede verse un reportaje periodístico sobre este caso en: “Enron: el mayor escándalo financiero de la historia, tan grande como olvidado”, *La vanguardia*, 2 de diciembre de 2016. Disponible en: <<https://www.lavanguardia.com/economia/20161202/412319658496/enron-quiebra-escandalo.html>>. Acceso en: 25 feb. 2021.

¹⁶ MARTÍNEZ SALDAÑA, David, ABRIL MARTÍNEZ, Javier. RODRÍGUEZ CELADA, Enrique. y REYES RICO, Laia., La protección del *whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho Laboral, Público, Penal y de Protección de Datos. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Madrid, n. 53-2019, 2019, p. 28.

¹⁷ ANN JOHNSON, Roberta. *Whistleblowing: When it Works—and Why*. Boulder: Lynne Rienner, 2003, p. 4.

la capacidad de detección y de prevención de la comisión de determinadas infracciones no es algo tan novedoso en nuestra cultura jurídica¹⁸. Aunque no tuviera eficacia normativa, el Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas del año 2006 ya recomendaba, por indicación de la Comisión Europea, “que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato”. Posteriormente, en su versión de 2013, se puntualizó que estos mecanismos debían ser canales de denuncia¹⁹.

A nivel normativo, el primer atisbo de reconocimiento de los canales de denuncia lo encontramos en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Esta ley, en su art. 30 establece que “los sujetos obligados adoptarán las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno”²⁰.

No obstante, como ha apuntado Morales Martín²¹, sin perjuicio de su regulación en alguna normativa sectorial²², la “popularización” en

¹⁸ Véase en este sentido el trabajo pionero de Ragués Vallès.

¹⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Cristina. ¿Proteger o premiar al whistleblower?: Un debate pendiente en España, GONZÁLEZ GARCÍA, Nicolás y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, *versión digital*.

²⁰ En la versión vigente de la ley, tras la reforma de 2018, se incorporó el art. 26 *bis* que prevé el establecimiento por parte de los sujetos obligados de “procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado”.

²¹ MORALES MARTÍN, Tamara. Canal de denuncias interno (whistleblowing), ¿anónimos o no? Esa es la cuestión. *Legal Today*. 29 de agosto de 2018. Disponible en: <<https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/nuevas-tecnologias-blogs/blog-prodat/canal-de-denuncias-interno-whistleblowing-anonimos-o-no-esa-es-la-cuestion-2018-08-29/>>. Acceso en: 2 mar. 2021.

²² Un ejemplo característico de canales de denuncias en normativas sectoriales lo encontramos en el ámbito de la seguridad nuclear. El art. 13 de la Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de

España de los canales de denuncia se produjo gracias a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. Aunque en esos momentos el Código Penal todavía no mencionaba a los canales de denuncia, las empresas comenzaron a implantar sistemas de denuncias internos en el marco de los programas de *compliance*, como una medida más de control y de prevención de delitos. Con la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se incorporó ya de forma expresa una mención a los canales de denuncia. En concreto, el art. 31.5 *bis* CP establece que los modelos de organización y gestión deberán imponer “la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”, y el art. 31.1. b) *bis* que incorpora el deber de “supervisión, vigilancia y control” sobre la labor de los subordinados²³.

A raíz de esta modificación legislativa, la Fiscalía General de Estado, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, declaró que “la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención”. Si bien, como continúa apuntando esta circular “para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos

creación del Consejo de Seguridad Nuclear, establece una suerte de canal de denuncias ante cualquier hecho “conocido que afecte o pueda afectar al funcionamiento seguro de las mismas y al cumplimiento de la normativa vigente en materia de seguridad nuclear o protección radiológica”.

²³ En este sentido, como ha apuntado MAGRO SERVET, “la adopción de un canal de denuncia cumple con estos deberes, de manera que favorece la implantación de una cultura de cumplimiento de la organización, como preconiza la jurisprudencia del TS (STS 154/2016, de 29 de febrero y STS 221/2016, de 16 de marzo)”. En: MAGRO SERVET, Vicente. ¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9586, de 4 de marzo de 2020, p. 3.

electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias”²⁴. Como ha puesto de manifiesto Ragués i Vallès, todo esto ha supuesto que, aunque no existe hoy día en España una obligación legal de contar en el sector privado con procedimientos internos de denuncia, “en la práctica, una entidad jurídica que no cuente con dicho procedimiento corre el riesgo de que —en caso de imputación penal— su modelo de prevención de delitos no sea visto con buenos ojos por parte del fiscal o del tribunal. De ahí que la inmensa mayoría de asesores en materia de cumplimiento normativo aconsejen a sus clientes la implantación de tales recursos”²⁵.

Por último, merece ser destacado el art. 24 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD), que prevé un régimen específico para el tratamiento de los datos personales obtenidos a través de los “sistemas de información de denuncias internas”.

De forma paralela, algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes que, en mayor o en menor medida, regulan la implantación de canales de denuncias en el seno de sus respectivas administraciones. A tal efecto, las legislaciones autonómicas más relevantes que se ocupan de este fenómeno son²⁶:

- Comunidad Valenciana: Ley/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción²⁷.

²⁴ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>>. Acceso en: 3 mar. 2021.

²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El tratamiento jurídico de los denunciadores antes y después de la Directiva 2019/1937. *La Ley Compliance Penal*, Madrid, n.1, 2020, pág. 3.

²⁶ VESTRI, Gabriele. Aproximación al sistema de “whistleblowing”. Un nuevo desafío para la Administración Pública española. *Revista General de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 51, 2019.

²⁷ En su art. 14.1. c) dispone que “La agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen la estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. Estos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por los que ya hayan actuado como denunciadores para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia”.

- Castilla y León: Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes²⁸.
- Islas Baleares: Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears²⁹.
- Aragón: Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas aprobada por las Cortes de Aragón³⁰.

Por su actualidad, merece una especial mención la regulación de esta cuestión en la comunidad autónoma de Andalucía. El pasado mes de julio, el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía publicó la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Esta ley tiene por objeto, por un lado, “la creación de una Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción y la regulación del procedimiento a seguir por la misma para la investigación e inspección de los hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que en detrimento de intereses públicos o financieros”. Y, por otro lado, el establecimiento de “una Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción y la regulación del

²⁸ En sus tres artículos, establece una especie de canal externo de denuncias para la administración autonómica, designando como organismo receptor de las denuncias a la Inspección General de Servicio. Además, ofrece una serie de garantías para proteger a los denunciantes.

²⁹ Esta Ley tiene por objeto la creación de una Agencia de Prevención y Lucha contra la Corrupción que se encarga entre otras cosas de gestionar las denuncias de corrupción bajo determinadas garantías.

³⁰ Muy similar a la anterior. No obstante, en este caso regula con mayor detalle los canales de denuncias. En su art. 46 establece que “no se admitirán denuncias anónimas. No obstante, la Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. En particular, la Agencia creará una oficina virtual, que pondrá a disposición de los denunciantes para la presentación de denuncias y documentación asociada, así como para la comunicación con los denunciantes que así lo soliciten, de manera segura y confidencial. Dichos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por quienes ya hubiesen actuado como denunciantes para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia”.

procedimiento a seguir por la misma para la investigación e inspección de los hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros, en los términos descritos en el Título I” (art. 1.2).

De todo lo expuesto hasta el momento se deduce que, a falta de la trasposición de la Directiva, nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación general e integral de los canales de denuncias. Como ha apuntado Bachmaier Winter a este respecto, la regulación vigente “ni cubre todos los ámbitos ni proporciona suficiente claridad y seguridad jurídica para que los sujetos que en el contexto laboral tienen conocimiento de infracciones legales, se sientan seguros para dar el paso de informar de los mismos”³¹.

2. LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE REPORTEN INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

2.1. ANTECEDENTES

A nivel de Derecho de la Unión Europea, antes de la protección de la Directiva, la protección de los denunciantes era una cuestión que estaba regulada de forma fragmentada³². La regulación europea en los sectores de servicios financieros, seguridad del transporte, seguridad animal, seguridad de las redes o de información y protección del medio ambiente ya hacía mención, de forma más o menos explícita, a los sistemas de denuncias para garantizar el cumplimiento de estas normativas. Sin embargo, la Directiva da un salto cualitativo, ya que propone articular

³¹ BACHMAIER WINTER, Lorena. “*Whistleblowing* europeo y *compliance*: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión”, *Diario La Ley*, Madrid, n. 9539, de 18 de diciembre de 2019, p. 3.

³² GARRÓS FONT, Imma, ROMERA SANTIAGO, Nuria. Hacia una protección efectiva de los denunciantes. *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 7-8, julio-agosto 2020, p. 50.

un instrumento común y transversal para hacer frente al fraude y a la corrupción a nivel europeo³³.

Para algún autor, la génesis de la Directiva se encuentra en la Comunicación de la Comisión “Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación” (2017/C 18/02)³⁴. Ya en esta resolución, la Comisión ponía de relieve su preocupación por garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la UE y reconocía “el papel crucial de las denuncias en la detección de las infracciones del Derecho de la UE”. A tal efecto, en su anexo fijaba una serie de recomendaciones para los “procedimientos administrativos para la gestión de las relaciones con el denunciante en relación con el Derecho de la Unión Europea”³⁵.

A esta Comunicación de la Comisión le siguió la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos. En esta resolución, tras exponer una larga enumeración de considerandos sobre la importancia de proteger a los denunciantes de irregularidades en el marco de la Unión Europea, se declaró la necesidad de “establecer con carácter de urgencia un marco horizontal y exhaustivo que, mediante la formulación de derechos y obligaciones, proteja eficazmente a los denunciantes en los Estados miembros y en las instituciones, autoridades y organizaciones de la Unión”³⁶. En este contexto, el 23 de abril de 2018, la Comisión Europea presentó una

³³ SÁEZ LARA, Carmen. *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 139.

³⁴ KAFTERANIS, Dimitrios, A new enforcement tool: a directive to protect whistle-blowers. *Business Law Review*, vol. 41, issue 2, 2020, p. 50.

³⁵ Comunicación de la Comisión. Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación (2017/C 18/02). Disponible en: < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0119\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0119(01)&from=EN)> Acceso en: 3 mar. 2021.

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos (2016/2224(INI)). Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0402_ES.html>. Acceso en: 3 mar. 2021.

propuesta de directiva con el objetivo de “explorar plenamente el potencial de protección de quienes denuncian infracciones, con el fin de reforzar la aplicación de la legislación”³⁷³⁸.

Finalmente, y tras superar todos los trámites previstos para el procedimiento legislativo ordinario (arts. 289 y ss. TFUE), la Directiva se aprobó y se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de noviembre de 2019.

2.2. OBJETIVOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como se deduce del considerando 1 de la Directiva, el legislador europeo parte de la siguiente premisa: las personas que trabajan para una organización son las primeras en tener conocimientos de las infracciones que se cometen en ella y, por lo tanto, deben desempeñar un papel protagonista a la hora de perseguir estas infracciones. Sin embargo, en la práctica, ante el temor a posibles represalias, los potenciales denunciantes no suelen llegar a informar sobre los posibles hechos ilícitos³⁹.

³⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0218&from=EN>. Acceso en: 3 mar. 2021.

³⁸ En realidad, como ha puesto de manifiesto algún autor, el Parlamento Europeo ya había solicitado de forma reiterada, durante casi una década, la adopción de una normativa europea que protegiera a los alertadores. Sin embargo, ni la Comisión Europea ni el Consejo parecían por la labor de actuar en este sentido, quizás porque este asunto siempre se ha percibido como un tema delicado de cara a la opinión pública. Sin embargo, parece que algunos escándalos de corrupción –principalmente el caso “*LuxLeaks*” – facilitaron el cambio de orientación de la Comisión al respecto. Vid. ABAZI, Vigilancia. The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection. *Industrial Law Journal*, vol. 49, Issue 4, 2020, pp. 1-2.

³⁹ Considerando primero de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019. En este sentido, resulta muy interesante el resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. En su apartado A, bajo la pregunta de ¿Cuál es el problema que se afronta? se señala que “en determinados ámbitos, las infracciones del Derecho de la UE que pueden perjudicar el interés público son difíciles de desenmascarar

Ante esta situación, se llega a la conclusión –considerando 5– de la necesidad de aprobar:

Normas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva de los denunciantes en los que respecta a aquellos actos y ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del Derecho, en los que la escasez de denuncias procedentes de denunciantes sea un factor clave que repercuta en esa aplicación, y en los que las infracciones del Derecho de la Unión puedan provocar graves perjuicios al interés público.

Por otro lado⁴⁰, la Directiva trata de acabar con la dispersión normativa en este materia⁴¹, con la finalidad de ofrecer un marco mínimo común que sirva para paliar “la escasez de denuncias” en determinados “ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del derecho” y en los que “las infracciones del Derecho de la Unión puedan provocar graves perjuicios al interés público”⁴².

puesto que las pruebas son complicadas de obtener. La información comunicada por denunciantes con acceso a dichas pruebas puede ser crucial en esos casos. Por consiguiente, garantizar que los denunciantes se sientan seguros para comunicar las infracciones puede ayudar a la aplicación de las medidas de ejecución y reforzar su efectividad”. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0117&from=EN>>. Acceso en: 19 mar. 2021.

⁴⁰ Considerando 3 de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>>. Acceso en: 5 ago. 2021.

⁴¹ Considerando 4 de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>>. Acceso en: 5 ago. 2021.

⁴² De acuerdo con un informe publicado por Transparencia Internacional en el año 2020 (“Mapping the EU on legal whistleblower protection”), la mayoría de los Estados europeos no disponen de una legislación específica que proteja a los alertadores. Y, los que la tienen, regulan la cuestión de forma deficiente. Según este informe, los únicos Estados que ofrecen una “strong protection” a sus alertadores son: Reino Unido, Malta, Italia, Países Bajos, Irlanda y Francia. Disponible en: <<https://www.transparency.nl/wp-content/uploads/2019/04/Mapping-the-EU-on-Whistleblower-Protection-TI-NL.pdf>>. Acceso en: 21 mar. 2021.

A lo largo de sus ciento diez considerandos, el legislador europeo va dejando pistas sobre los ámbitos específicos en los que cree que es necesario reforzar la aplicación del derecho de la UE. Este desarrollo cristaliza en su art. 2.1. a), en el que establece el listado de ámbitos en los que se aplicará el régimen jurídico previsto en la directiva. A tal efecto, establece que será de aplicación cuando se informe sobre infracciones del Derecho de la Unión que se produzca en uno de los siguientes ámbitos: i) contratación pública; ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; iii) seguridad de los productos y conformidad; iv) seguridad del transporte; v) protección del medio ambiente; vi) protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, vii) seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; viii) salud pública; ix) protección de los consumidores; x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información.

En todo caso, como cláusula de cierre, el art. 2.1. b) y c) establece que la Directiva se aplicará cuando las infracciones afecten a los intereses financieros de la Unión y cuando se refieran a normas relativas al mercado interior.

Como se puede comprobar, el ámbito de aplicación material de la Directiva es muy amplio, ya que puede llegar a ser de aplicación en prácticamente todas las ramas del Derecho de la Unión⁴³. Sin embargo, en principio, quedan excluidas de él las denuncias sobre infracciones de normas que no tengan su origen en la UE. Como vamos analizar *infra*, una de las cuestiones claves que deben decidir los Estados en la transposición de la Directiva es precisamente si amplían el ámbito de aplicación de la Directiva a infracciones del Derecho interno. Esta es una opción que, al menos en el caso de España, parece bastante factible⁴⁴.

⁴³ A este respecto, debemos tener en cuenta las exclusiones previstas en el art. 3.3, relativas a la protección de información clasificada, a la protección del secreto profesional de los médicos y abogados, el secreto de las deliberaciones judiciales y las normas de enjuiciamiento criminal.

⁴⁴ LOZANO CUTANDA, Blanca. La directiva de protección del denunciante. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9550, 2020, p. 3; CAMPANÓN GALIANA, Laura. Análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 (Whistleblowing), relativa a la protección de

En cuanto a su ámbito personal de aplicación, basta ahora con apuntar que la Directiva no se dirige únicamente a los trabajadores de estas entidades *stricto sensu*, sino a un amplio abanico de sujetos que, de forma más o menos estrecha, han mantenido o prevén mantener una vinculación con la entidad. En este sentido, el art. 4 establece un listado de sujetos a los que le será de aplicación el régimen previsto en la Directiva. Para hacernos una idea de la amplitud de su ámbito de aplicación personal, cabe destacar, por ejemplo, la inclusión de accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, los voluntarios, los trabajadores en prácticas, así como las personas que todavía no hayan comenzado su relación laboral cuando las infracciones se refieran al proceso de selección o de negociación precontractual⁴⁵.

Por último, debemos destacar que la Directiva se constituye como una *lex generalis* en materia de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, actuando de forma supletoria respecto de las normas especiales que existan o puedan llegar a existir para proteger a los alertadores, como ocurre en el caso del blanqueo de capitales⁴⁶.

2.3. CONTENIDO

De acuerdo con los objetivos perseguidos, la Directiva establece un conjunto heterogéneo de medidas de diversa naturaleza. Sin ánimo de exhaustividad, en este apartado vamos a analizar algunas de las más importantes.

las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, Madrid, n. 59, 2020, p. 5.

⁴⁵ Como ha apuntado STAPPERS “The Whistleblower Protection Directive implicates that enforcement of EU law can only be effective if protection is granted to the broadest possible range of categories of persons who have privileged access to information on breaches of EU law”. En: STAPPERS, Jan Tadeusz. EU Whistleblower Protection Directive: Europe on Whistleblowing. *ERA Forum: Journal of the Academy of European Law*, 2021, p. 6.

⁴⁶ ABAZI, Vigjilencia. The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection. *Industrial Law Journal*, vol. 49, issue 4, 2020, p. 5.

A) CANALES INTERNOS DE DENUNCIA

La medida más llamativa, y quizás la que más relevancia tenga en la práctica, es la que se refiere a la obligación de instaurar canales internos de denuncia en el seno de las “entidades jurídicas” públicas y privadas (art. 8).

Con carácter general, un canal de denuncias interno se puede definir como aquel canal de comunicación directo establecido en el seno de una organización para que los empleados, clientes o proveedores puedan acudir a él para denunciar las infracciones tanto de normas internas como de otras regulaciones que rigen las actividades de las empresas⁴⁷. Al tratarse de canales internos, su característica principal es que el receptor de la información es la corporación o, más bien, los responsables designados específicamente para tal fin⁴⁸.

La Directiva no establece un concepto de canal de denuncia pero sí se preocupa de garantizar que estos sean “efectivos, confidenciales y seguros”⁴⁹ para los alertadores. A tal efecto, en su art. 9 se encarga de regular cómo han de ser los procedimientos de denuncia interna y su seguimiento, para que se considere satisfecha la obligación impuesta por el artículo que le precede.

El primer requisito se refiere a la seguridad del canal. Según el art. 9.1 a) estos deben ser “diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura que garantice que la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero mencionado en la denuncia esté protegida, e impida el acceso a ella al personal no autorizado”. En cuanto al funcionamiento del canal, se exige que se dé acuse de recibo al alertador [art. 9.1.b)] y que se designe a una persona o departamento “imparcial” para realizar el seguimiento diligente de las denuncias [art. 9.1. c) y d)]. Asimismo, se establece la obligación de dar una respuesta en un plazo razonable –nunca más de tres meses–.

⁴⁷ PUYOL, Javier, *El funcionamiento práctico del canal de compliance “whistle-blowing”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 9.

⁴⁸ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 67.

⁴⁹ Considerando 3 de la Directiva 2019/1937.

La Directiva, a fin de modular esta nueva carga para empresas que operan en la Unión, ha optado por exonerar de esta obligación a aquellas entidades jurídicas del sector privado de tamaño reducido, en concreto, a las que no alcancen los 50 trabajadores (art. 8.2)⁵⁰. Por su parte, para las entidades del sector público, el art. 8.9 habilita a los Estados miembros a eximir de esta obligación a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores.

Por último, el art. 9.2 permite que la información se comunique de forma escrita o verbalmente, siendo posible en este último caso la utilización de un buzón telefónico u otros sistemas de mensajería. Aunque el artículo no diga más al respecto, el considerando 53 habla de la posibilidad de implantar estos canales a través de “una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet”. Nos parece que esta vía es la más adecuada y, probablemente, la que gozará de una mayor implantación, especialmente en aquellas organizaciones que cuenten con una intranet.

B) CANALES EXTERNOS DE DENUNCIA Y REVELACIÓN PÚBLICA DE LA INFORMACIÓN

A pesar de que la instauración de estos canales internos sea quizás lo más llamativo de la Directiva, esta no solo impulsa la alerta interna⁵¹. También prevé la comunicación directa a las autoridades –canales de denuncias externos– que la regula con detalle en el capítulo III, y la revelación pública de la información (art. 15). Aunque en los considerandos parezca apostar de forma prioritaria por los canales internos de denuncia, en el art. 10 de la Directiva no consagra esa preferencia, ya que permite a los alertadores acudir a los canales externos tras haber comunicado la información “en primer lugar a través de los canales de denuncia interna, o bien comunicándola directamente a través de los canales de denuncia externa”⁵². De esta forma, implícitamente la Directiva parece reconocer

⁵⁰ Salvo a las entidades a las que se refieren las partes I.B y II del anexo que, en todo caso, deberán instaurar los canales de denuncias internos (art. 8.3).

⁵¹ GARCÍA-MORENO, Beatriz, *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 60.

⁵² En el considerando 33 señala que, con carácter general, los alertadores “se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan

el derecho de los alertadores a elegir el tipo de canal de denuncia que consideren más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso (considerando 33).

Sin perjuicio de esta idea, el art. 7.2 ordena a los Estados miembros que promuevan la comunicación interna frente a la externa siempre que, a juicio del alertador, la denuncia pueda tratarse internamente de manera efectiva y considere que no hay riesgo de represalias. En este punto, DE ZWART ha identificado tres escenarios en los que esta situación se podría dar: (i) la organización no ha implantado un canal interno de denuncias o lo ha implantado de forma inapropiada, (ii) el alertador tiene motivos para pensar que si usa el canal interno puede sufrir represalias o cuando (iii) el alertador considera que las autoridades competentes están en una mejor posición para tomar las medidas adecuadas⁵³. Habrá que ver la forma en la que los Estados miembros articulan esta exigencia sin privar a los alertadores de su libertad de elección.

En cuanto a la gestión de este tipo de canales, el art. 11 hace responsable a los Estados de la designación de las autoridades competentes para recibir las denuncias, y establece una serie de principios que deberán regir en el funcionamiento de estos canales, principios que son muy similares a los previstos para los canales internos (independencia, autonomía, diligencia en la tramitación, respuesta en un plazo razonable, etc.)⁵⁴.

Cabe destacar que, en virtud de las disposiciones generales previstas en el Capítulo V –Disposiciones aplicables a las denuncias internas y externas–, tanto los canales de internos de denuncia como los externos deben garantizar que no se revele la identidad del alertador (art. 17) y un tratamiento de datos personales de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 (art. 18). Asimismo, las entidades jurídicas deberán llevar un registro de todas las denuncias recibidas. Este registro deberá cumplir con una serie de garantías dirigidas fundamentalmente a garantizar la confidencialidad de los alertadores y, en él, se conservarán las denuncias

motivos para denunciar por canales externos”.

⁵³ DE ZWART, Alja Poler. EU whistleblowing rules to change in favor of whistleblowers. *Journal of investment compliance*, vol. 21, n. 1, 2020, p. 57.

⁵⁴ GARRÓS FONT, Imma y ROMERA SANTIAGO, Nuria. Hacia una protección efectiva de los denunciantes. *Actualidad Administrativa*, Madrid, n.º 7-8, julio-agosto 2020, p. 5.

durante el tiempo que sea necesario y proporcionado para cumplir con los requisitos previstos en la Directiva y en el Derecho de la Unión.

Por último, como una suerte de recurso de *ultima ratio*, la Directiva prevé en su art. 15 la revelación pública, que permite al alertador poner la información a disposición del público usando cualquier instrumento que le sirva a tal efecto (ej. redes sociales, medios de comunicación, plataformas web, etc.)⁵⁵. Como es lógico, para que el individuo que lleve a cabo la revelación sea considerado un alertador y pueda disfrutar de las garantías previstas en la Directiva, se exige que concurren una serie de circunstancias que justifique acudir a este cauce más “agresivo” para la organización⁵⁶. En concreto, el art. 15.1 exige que se den algunos de las siguientes condiciones: a) que la persona haya denunciado primero por los canales de denuncias –interno o externos–, y no se hayan tomado las medidas apropiadas al respecto en el plazo marcado por la Directiva; b) que la persona tenga motivos razonables para pensar que la infracción supone un peligro “inminente o manifiesto para el interés público”, que el cauce de la denuncia externa –en el caso de que ese sea el adecuado– no presenta las debidas garantías y pueda suponer un riesgo de represalias o que las autoridades responsables del canal puedan estar en “connivencia” con el autor de la infracción o implicada en la misma.

Por lo tanto, la revelación pública se configura como un cauce subsidiario y excepcional, ya que su uso solo será admisible desde el punto de vista de la Directiva en situaciones de ineficacia –involuntaria o premeditada– de los canales internos y externos de denuncias en situaciones de emergencia por motivos de interés público y en supuestos

⁵⁵ LOZANO CUTANDA, Blanca. La directiva de protección del denunciante. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9550, 2020, p. 8.

⁵⁶ Como explica AMERIGO ALONSO, aunque las tres vías de comunicación previstas por la Directiva –canal interno, canal externo y revelación pública– no operan necesariamente de forma sucesiva “sí existe una clara preferencia por la observancia de este orden, de modo que, para la renuncia a utilizar alguno de los cauces previos, el denunciante ha de tener motivos razonables que justifiquen su decisión, como que considere que hay riesgo de represalias si acude a los canales internos o que procede desechar los canales externos ante el temor de que puedan ocultarse o destruirse pruebas”. En: AMERIGO ALONSO, José. Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing. *Diario La Ley*, Madrid, n.º 9699, 2020, p. 3.

de corrupción en los que la autoridad responsable del canal externo pueda estar implicada. En estos dos últimos supuestos, aunque nos parece lógica su inclusión, entendemos que su apreciación tiene un fuerte componente subjetivo, ya que el alertador difícilmente va a estar en condiciones de valorar adecuadamente si existe un “peligro inminente o manifiesto para el interés público”, o que efectivamente existe “connivencia” por parte de la autoridad encargada del canal externo. Por este motivo, la Directiva únicamente exige que el alertador tenga “motivos razonables” para pensar que concurren una de estas dos circunstancias.

c) MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Más allá de potenciar la instauración de canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros, la Directiva tiene por objeto garantizar la protección de los alertadores frente a las represalias⁵⁷. A tal efecto, en los arts. 19-22 se establece un sistema de garantías eminentemente laborales que insta a los Estados a tomar las medidas necesarias para evitar toda forma de represalias⁵⁸. Aunque no tiene carácter cerrado, el art. 19 incluye un listado de represalias que puede ser de utilidad para comprender mejor el tipo de situaciones que la Directiva trata de erradicar. Así, por ejemplo, este artículo prohíbe toda amenaza o tentativa de represalia en forma de: suspensión, despido, destitución, degradación o denegación de ascenso, cambio de puesto de trabajo, denegación de formación, evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales, imposición de medidas disciplinarias, etc.

Por su parte, en el art. 20 se establece una serie de medidas de apoyo para los alertadores, basadas en brindar información y asesoramiento completos e independientes sobre la protección que presta el ordenamiento jurídico, asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes y, en su caso, asistencia jurídica en los procesos en los que se pueda ver involucrado el alertador –entendemos que por tal condición–.

⁵⁷ Considerando 3 de la Directiva.

⁵⁸ TORRENT I SANTAMARIA, Josep María y PÉREZ GIL DE GÓMEZ, Laura. Análisis de la Directiva Europea de *whistleblowing* y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *Derecho PUCP*, Lima, n. 85, 2020, p. 101.

Por último, en el art. 21 se incorporan una serie de medidas de protección frente a represalias. De este precepto se deduce una preocupación del legislador europeo por exonerar de posibles responsabilidades a los alertadores que, en la obtención o difusión de la información, hayan cometido alguna infracción⁵⁹.

Al mismo tiempo, incorpora una serie de medidas procesales tendentes a reforzar su posición. En este punto, nos parece especialmente relevante la inversión de la carga de la prueba a favor del alertador “represaliado”. Establece el art. 21.5 que:

En los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a los perjuicios sufridos por los denunciadores, y a reserva de que dicha persona establezca que ha denunciado o ha hecho una revelación pública y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por denunciar o hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados.

Como es lógico, únicamente tienen derecho a disfrutar de la protección que brinda la Directiva aquellos sujetos encuadrables en su ámbito de aplicación personal. Para ello, no solo es necesario que se den los requisitos del art. 4 antes comentado, sino también que concurren algunas

⁵⁹ A este respecto, el art. 21.7 deja entrever el tipo de infracciones que el legislador europeo tiene en mente: “En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo, las personas a que se refiere el artículo 4 no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria.

Cuando una persona denuncie o revele públicamente información sobre infracciones que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, y dicha información incluye secretos comerciales, y cuando dicha persona reúna las condiciones establecidas en la presente Directiva, dicha denuncia o revelación pública se considerará lícita en las condiciones previstas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva (UE) 2016/943.

de las condiciones del art. 6. Por lo tanto, es preciso que el alertador “tenga motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva” (art. 6.1). De esta forma, para gozar de la protección de la Directiva, no basta con verter cualquier información. Los alertadores, de acuerdo con las circunstancias y la información de la que dispongan, deben creer razonablemente que los hechos denunciados son ciertos⁶⁰ –a este requisito se le ha denominado como el “estándar de la creencia razonable”⁶¹. Además, se exige que se haya respetado el orden de preferencia previsto en la Directiva en el uso de los canales de información (art. 6.2)⁶².

3. EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.1. LA CONSULTA PÚBLICA PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE 7 DE ENERO DE 2021

El período de transposición previsto para la Directiva finaliza con carácter general el próximo 17 de diciembre de 2021. Este plazo se ha excepcionado para las disposiciones relativas a las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, para las que se

⁶⁰ Como se ha destacado, con la elección de este criterio, la “protección no queda supeditada a la veracidad de la información, sino a la existencia de motivos razonables para confiar en ella”. En: AMERIGO ALONSO, José. Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9699, 2020, p. 3.

⁶¹ SÁEZ LARA, Carmen. *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing, cit. versión digital*. Como ha señalado esta autora, la Directiva “no exige al informante una certeza absoluta acerca de la infracción que denuncia sino solo, como acontece en el modelo americano y británico, la razonable creencia o la razonable sospecha de que ello constituye una violación protegida”.

⁶² CORONAS VALLE, Daniel. La nueva figura del Informante Protegido en la legislación europea: Evolución y Desafíos: Canales de Denuncia, Cumplimiento Normativo e Instituciones financieras. *La Ley Mercantil*, Madrid, n. 52, 2018, p. 6.

prevé un plazo de transposición más largo que finaliza el 17 de diciembre de 2023 (art. 26.1 y 2).

De acuerdo con el principio de trato más favorable y la cláusula de no regresión, los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes que los establecidos en la Directiva (art. 25.1) y, en ningún caso, su aplicación podrá suponer una reducción del nivel de protección ya garantizado por los Estados miembros (art. 25.2)⁶³. Por lo tanto, al elegir el mecanismo de la Directiva, la UE no ha apostado por una armonización total en esta materia. Cada Estado deberá optar entre ir más allá en la protección de los alertadores o “conformarse” con las normas mínimas previstas en la Directiva⁶⁴.

En el caso de España, en el momento de la remisión de este trabajo nos encontramos en pleno proceso de transposición de la Directiva. Por ahora, no tenemos demasiada información al respecto, más allá de que se encuentra todavía en fase prelegislativa. El día 16 de junio de 2020 tuvo lugar la sesión constitutiva del grupo de trabajo que se está encargando de preparar la propuesta del texto articulado que transpondrá la Directiva⁶⁵. Unos meses después, el 7 de enero de 2021, con el objeto de recabar la opinión de ciudadanos, organizaciones y asociación, el Ministerio de Justicia ha procedido a abrir el trámite de Consulta pública para la transposición de la Directiva⁶⁶.

⁶³ Como ha apuntado GARCÍA MORENO, los Estados al transponer la Directiva “pueden extender la aplicación del texto a otras áreas para lograr un marco jurídico coherente y comprensivo a nivel interno, pero la Directiva únicamente impone la obligación de crear canales de denuncia para reportar infracciones consumadas o planeadas del derecho de la Unión en ámbitos concretos”. En: GARCÍA MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 59-60.

⁶⁴ DE ZWART, Alja Poler. EU whistleblowing rules to change in favor of whistleblowers. *Journal of investment compliance*, vol. 21, n. 1, 2020, p. 55.

⁶⁵ “Justicia avanza en la trasposición de la directiva europea que protege a los denunciantes de infracciones contra el interés público”, *ELDERECHO.COM (Lefebvre)*, 17 de junio de 2020 Disponible en: <<https://elderecho.com/justicia-avanza-la-trasposicion-la-directiva-europea-protege-los-denunciantes-infracciones-interes-publico>>. Acceso en: 5 ago. 2021.

⁶⁶ Disponible en: <<https://www.mjusticia.gob.es/en/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/participacion-publica-proyectos-normativos/proyectos-real-decreto>>. Acceso en: 5 ago. 2021.

Aunque el texto de la consulta pública no tenga valor jurídico, en él se dejan entrever algunos de los aspectos claves que se están discutiendo a la hora de elaborar el texto legislativo que traspondrá la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, a través del análisis de este documento podemos llegar a comprender mejor las dudas más relevantes que se están suscitando con su transposición.

A continuación, vamos a comentar brevemente las preguntas planteadas por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en la citada consulta pública. Al mismo tiempo, expondremos algunas de las alegaciones realizadas por asociaciones y agencias públicas que han participado en este proceso, a fin de comprender mejor las posibles alternativas existentes. Aunque no se han publicado las aportaciones presentadas, algunas de estas entidades sí han publicado en sus páginas webs los documentos que han presentado en el proceso de consulta pública. A los efectos de este trabajo, hemos seleccionado tres de las aportaciones realizadas y publicadas, entendiéndolo que pueden resultar lo suficientemente representativas para sondear las posiciones de los actores interesados en la transposición de la norma. En concreto, nos referiremos a las aportaciones presentadas por la Oficina Antifraude de Cataluña⁶⁷, por *Transparency International España*⁶⁸, y las presentadas conjuntamente por Cumplen (Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo), IOC (Instituto de Oficiales de Cumplimiento) y WCA (*World Compliance Association*)⁶⁹.

⁶⁷ Documento de la Oficina Antifraude de Cataluña. Disponible en: <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%ABlica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021.

⁶⁸ Documento de *Transparency International España*. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIONES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021.

⁶⁹ Documento de Cumplen (Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo), IOC (Instituto de Oficiales de Cumplimiento) y WCA (*World Compliance Association*). Disponible en: <<http://www.worldcomplianceassociation.com/3068/noticia-la-world-compliance-association-presenta-su-propuesta-en-respuesta-a-la-consulta-publica-sobre-la-transposicion-de-la-directiva-ue-20191937.html>>. Acceso en: 5 ago. 2021.

A) ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Como hemos comentado, la Directiva a la hora de fijar su ámbito de aplicación material solo se refiere a las infracciones del Derecho de la Unión. Por lo tanto, una de las cuestiones fundamentales que deben decidir los Estados a la hora su transposición es si ampliar o no la protección del denunciante a cualquier infracción del Derecho nacional más allá de la normativa europea⁷⁰. Se trata de una opción que la propia Directiva prevé en su art. 2.2, al indicar que lo en él dispuesto se debe entender sin perjuicio de la facultad de los países para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos.

Las tres aportaciones que hemos consultado para esta investigación coinciden en señalar la conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación material de la Directiva. Desde nuestro punto de vista, el argumento más sólido para defender esta opción es el que se expone en el documento de *International Transparency España*. Como señala esta entidad:

Un régimen de protección de denunciantes/alertadores que solo se aplique a las infracciones de algunos de los ámbitos de la legislación de la UE supondría un peso desproporcionado para dichos alertadores, los cuales se verían obligados a realizar necesariamente un juicio previo de subsunción del contenido de la denuncia para saber si ésta se encuentra incluida en alguno o algunos de los ámbitos a los cuales sí se les otorga protección y qué procedimiento seguir para poder gozar de la misma. De este modo, el resultado sería que, dada esta importante limitación, sólo se podrían detectar aquellas irregularidades e ilícitos que finalmente gozasen del ámbito de protección y se perderían aquellos otros que no lo están, socavando directamente el fin para el cual son creados este tipo de canales: prevenir y detectar todo tipo de prácticas ilícitas o delictivas e impedir que exista una protección fragmentada y parcial⁷¹.

⁷⁰ En este sentido se plantean las dos primeras preguntas de la Consulta Pública: ¿Debe ampliarse la protección del denunciante a cualquier materia del Derecho nacional más allá de la normativa con origen en el Derecho europeo?; ¿En qué ámbitos o materias concretas la protección de los denunciantes necesita un mayor refuerzo?

⁷¹ Documento de *Transparency International España*. Disponible en: <<https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIO->

De lo anterior se deduce que, al menos previsiblemente, la futura ley no solo se referirá a las infracciones del Derecho de la Unión, sino también a otras normativas que, por motivos de interés público, merezcan esta especial protección (ej. función pública, urbanismo, subvenciones, etc)⁷².

B) ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

En lo relativo al ámbito personal de aplicación de la Directiva, la consulta pregunta sobre las entidades del sector público que deberían quedar integradas en él. A tal efecto, se cuestiona si se debe apostar por una concepción amplia del sector público como hace el art. 2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y, en su caso, si se debería incluir a los órganos constitucionales y partidos políticos.

En este caso, también concuerdan las tres aportaciones analizadas. Todas ellas defienden un ámbito de aplicación amplio que permita implantar estos canales en cualquier tipo de entidad de derecho público con independencia de su estatuto jurídico. En este punto, nos parece muy acertada la posición de la Oficina Antifraude de Cataluña al defender que esa ampliación estaría especialmente justificada en el caso de los partidos políticos, que además de recibir fondos públicos, llevan a cabo actividades de riesgo desde el punto de vista de la corrupción, especialmente en lo que concierne a su financiación⁷³.

NES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021. p. 4.

⁷² Documento de la Oficina Antifraude de Cataluña, Disponible en: <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%ABlica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021. p. 3.

⁷³ Documento de la Oficina Antifraude de Cataluña, Disponible en: <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%ABlica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021.p. 4.

c) CANALES INTERNOS DE DENUNCIA

Respecto de los canales internos de denuncia, la consulta se refiere a dos aspectos: los canales de denuncias anónimas y el alcance de la obligación para incorporar estos canales. Respecto de la primera cuestión, se pregunta si España debe acoger la opción de las denuncias anónimas y si, en su caso, esa posibilidad debería preverse tanto para el sector público como en el privado.

Esta es una de las cuestiones más delicadas a las que se enfrenta nuestro legislador a la hora de trasponer esta Directiva. A lo largo de su articulado, la Directiva exige la confidencialidad de los canales de denuncia, pero no que se garantice el anonimato. El anonimato se prevé como una opción para los Estados, que deben decidir si se exige a las entidades jurídicas que acepten y realicen el seguimiento de denuncias anónimas⁷⁴.

Las aportaciones consultadas también confluyen en este punto. Las tres destacan la conveniencia de la admisión del anonimato, al considerar que puede suponer un incentivo muy importante para la utilización de estos canales. En este sentido, tanto en el documento de *Transparency International España* como en el de la Oficina Antifraude de Cataluña hacen mención a pronunciamientos jurisprudenciales y de organismos internacionales que parecen validar esta posibilidad.

Pese a la unanimidad en este punto, no nos parece tan claro que el legislador español vaya a asumir este criterio. Está claro que un canal de denuncia en el que se permite al alertador reservarse su identidad y no revelarla bajo ninguna circunstancia es más seguro desde la perspectiva del alertador. También es cierto que, oficiosamente, la obtención de información de fuentes anónimas siempre ha sido un recurso admitido por las autoridades al mando de la investigación criminal⁷⁵. Y que, incluso

⁷⁴ Como indica en su considerando 34: “debe ser posible para los Estados miembros decidir si se requiere a las entidades jurídicas de los sectores privado y público y a las autoridades competentes que acepten y sigan denuncias anónimas de infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

⁷⁵ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 43.

la propia Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales en su art. 24 declara la licitud de los sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado la comisión de infracciones de forma anónima. Sin embargo, no podemos obviar algunos de los inconvenientes que acarrea este tipo de denuncias. Más allá de las cuestiones éticas que se podrían suscitar y que escapan del ámbito de este trabajo, el anonimato puede fomentar las denuncias falsas con fines espurios y difamatorios⁷⁶. Al mismo tiempo, puede tener efectos contraproducentes desde una perspectiva procesal. Por un lado, en fase de instrucción, la imposibilidad de tomarle declaración al alertador como testigo podría favorecer el sobreseimiento de la causa, especialmente en aquellos supuestos en los que el acervo probatorio sea escaso⁷⁷. Y, por otro lado, en fase de juicio oral, la información vertida por el alertador no se podría hacer valer a través de ningún medio de prueba⁷⁸. Desde nuestro punto de vista, estas circunstancias deberían ser por los menos valoradas por el legislador. Quizás se llegue a la conclusión de que el anonimato es la única forma de garantizar la eficacia de estos canales, sin embargo, creemos que antes se deberían explorar otras alternativas en las que se garantice la confidencialidad del alertador sin llegar al anonimato.

A este respecto, es interesante traer colación lo dispuesto sobre los canales de denuncias en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado el día 24 de noviembre de 2020 en el Consejo de

⁷⁶ Comparte esta opinión: GARCÍA MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 99.

⁷⁷ En esta línea *vid.* TORRENT I SANTAMARIA, Josep Maria y PÉREZ GIL DE GÓMEZ, Laura. Análisis de la Directiva Europea de *whistleblowing* y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *Derecho PUCP*, Lima, n. 85, 2020, nota al pie 33.

⁷⁸ Admite esta circunstancia el documento de *Transparency International España*, al señalar que “su único inconveniente es que procesalmente no puede otorgársele más valor que el que realmente pueden tener como prueba de indicios dentro del proceso”. Documento de *Transparency International España*, Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIONES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLI-CA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf>. Acceso en: 3 abr. 2021.p. 7.

Ministros. De acuerdo con la exposición de motivos, en el Anteproyecto se contempla “la posibilidad de que la denuncia derivada de la actuación, en el seno de una entidad pública o privada, de un alertador (...) pueda ser directamente presentada ante la autoridad penal competente por el responsable del canal de denuncia, no revelándose la identidad de la persona que dio la alerta interna salvo que se realice un requerimiento expreso al efecto”. Esta idea se plasma en su art. 528.6 que, conforme a lo anunciado en la exposición de motivos, autoriza al responsable del canal de denuncias a comunicar a las autoridades la *notitia criminis* reservándose para sí la identidad del alertador, salvo que fuese requerido para hacerlo.

Sin perjuicio de las diversas cuestiones que se pueden suscitar en torno a este precepto –en el caso de que finalmente se convierta en ley– creemos que es interesante traerlo aquí porque su previsión nos hace pensar que el legislador (o, mejor, el prelegislador) da por sentado que los canales de denuncias serán confidenciales, pero no anónimos. De lo contrario, por más que se requiriera la revelación de la identidad, esta no se podría producir y la norma perdería su sentido.

Más allá del anonimato, en este apartado de la consulta también se pregunta sobre la extensión de la obligación para implantar canales internos de denuncia. En concreto, se formulan una serie de preguntas sobre la conveniencia de fijar esta obligación para entidades jurídicas que, en principio, no entrarían en el ámbito subjetivo de la Directiva⁷⁹.

Más interesante nos parece la última pregunta del apartado 3, que se refiere a la idoneidad o no de permitir que los canales de denuncia puedan ser gestionados externamente por parte de un tercero, sin perjuicio de que la responsabilidad de la llevanza del canal sea del órgano interno de la compañía o entidad. En este punto, las aportaciones coinciden en admitir esa posibilidad. Sin embargo, no todas acogen esta opción con el mismo entusiasmo. A modo de ejemplo, en el documento conjunto de Cumplen, IOC y WCA, se defiende que esta se trata de una de las

⁷⁹ ¿Qué sujetos deberían cumplir con la obligación de establecer canales y/o mecanismos de denuncia interna? ¿Debe España asegurarse que las entidades privadas de menos de 50 trabajadores establezcan mecanismos y/o canales de denuncia internos? ¿En qué sectores concretos debería garantizarse especialmente el cumplimiento por parte de las empresas de disponer de canales de denuncia internos?

actividades “más susceptibles de externalización” dentro de los programas de cumplimiento normativo⁸⁰. Mientras que para la Oficina Antifraude de Cataluña esta opción debería descartarse en el sector público y controlarse en el privado⁸¹.

D) CANALES EXTERNOS DE DENUNCIA

En cuanto a los canales externos de denuncia, la consulta pública pone el foco en incorporar la posibilidad de archivo del procedimiento en dos escenarios: en los casos de infracciones menores y en aquellos en los que las infracciones denunciadas no contengan información nueva respecto de otras ya denunciadas anteriormente.

Los documentos analizados comparten que el archivo, si se introduce, se ha de hacer de forma muy pautada. En este punto, merece ser destacada la aportación de *International Transparency España*. Destaca en su documento que en ningún caso se debería establecer un “criterio de oportunidad” a la hora de decretar el archivo por parte del responsable del canal, sino que se podría fijar un elenco de conductas que, por su escaso o insignificante desvalor social, no fuera merecedor de iniciar un expediente⁸².

En lo que se refiere al segundo escenario, las aportaciones tampoco se oponen al reconocimiento del archivo, siempre con las cautelas oportunas. Como señala la Oficina Antifraude de Cataluña, la previsión de

⁸⁰ Documento presentado por Cumplen (Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo), IOC (Instituto de Oficiales de Cumplimiento) y WCA, Disponible en: <<http://www.worldcomplianceassociation.com/3068/noticia-la-world-compliance-association-presenta-su-propuesta-en-respuesta-a-la-consulta-publica-sobre-la-transposicion-de-la-directiva-ue-201919-37.html>>. Acceso en: 3 abr. 2021.p. 4.

⁸¹ Documento de la Oficina Antifraude de Cataluña, Disponible en: <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%ABlica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 3 abr. 2021.p. 9.

⁸² Documento de *Transparency International España*, Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIONES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf>. Acceso en: 3 abr. 2021.p. 12.

esta posibilidad no obsta para el reconocimiento “de ciertos derechos a la persona alertadora, a efectos de audiencia o de la posibilidad de recurrir el archivo por falta de diligencia en la tramitación o falta de consideración de factores relevantes”⁸³.

e) AUTORIDADES COMPETENTES ENCARGADAS DE LOS CANALES EXTERNOS DE DENUNCIA

En este apartado, la consulta pregunta abiertamente sobre la idoneidad de crear una autoridad administrativa independiente encargada de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias que se presenten por canales externos o si sería preferible atribuir esta función a una autoridad ya existente. En este punto, la Directiva no se pronuncia, dejando así total libertad a los Estados para que atribuyan esta competencia al órgano administrativo que estimen conveniente.

En el ámbito comparado, algunos Estados han optado por la creación de Agencias Nacionales Anticorrupción que previsiblemente asumirán también esta competencia (ej. Italia). En España, no tenemos una entidad de estas características, aunque algunas comunidades autónomas sí que las han creado para su ámbito competencial. Desde nuestro punto de vista, este es un modelo que puede resultar interesante, aunque para nada imprescindible. Esta función puede ser desempeñada perfectamente, por ejemplo, por la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, para el caso de las infracciones constitutivas de delito⁸⁴.

En cualquier caso, para nosotros, más allá de la cuestión orgánica, lo importante es que las entidades que finalmente se encarguen de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias que se presenten en los canales

⁸³ Documento de *Transparency International España*, Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIONES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf>. Acceso en: 3 abr. 2021.p. 12.

⁸⁴ Documento de Cumplen (Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo), IOC (Instituto de Oficiales de Cumplimiento) y WCA, Disponible en: <<http://www.worldcomplianceassociation.com/3068/noticia-la-world-compliance-association-presenta-su-propuesta-en-respuesta-a-la-consulta-publica-sobre-la-transposicion-de-la-directiva-ue-20191937.html>>. Acceso en: 3 abr. 2021.p. 4.

externos, den cumplimiento a las garantías que prevén los arts. 15 y ss. de la Directiva.

F) **SANCIONES**

En relación con las sanciones, el apartado sexto de la consulta pregunta sobre el tipo de sanciones a utilizar frente a las infracciones de la Directiva. En este punto, la Directiva únicamente exige que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, dejando su configuración a los Estados.

Los documentos analizados coinciden en apuntar que se deberán prever sanciones de diversa naturaleza en atención del bien jurídico protegido. La Oficina Antifraude de Cataluña señala que “deberían considerarse las sanciones económicas, amonestación, declaración del incumplimiento y publicidad en algunos casos”⁸⁵, llegando incluso a proponer “la pena de prisión para las modalidades más graves”⁸⁶.

Por otro lado, se propone también la regulación de las consecuencias civiles y laborales de las infracciones, como puede ser la responsabilidad civil por daños y perjuicios⁸⁷ o la nulidad de las cláusulas contractuales que vulneren derechos reconocidos en la ley⁸⁸.

⁸⁵ Documento de la Oficina Antifraude de Cataluña <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%BAblica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 3 abr. 2021. p. 13.

⁸⁶ Documento de la Oficina Antifraude de Cataluña, Disponible en: <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%BAblica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021. p. 13.

⁸⁷ Documento de Cumplen (Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo), IOC (Instituto de Oficiales de Cumplimiento) y WCA, Disponible en: <<http://www.worldcomplianceassociation.com/3068/noticia-la-world-compliance-association-presenta-su-propuesta-en-respuesta-a-la-consulta-publica-sobre-la-transposicion-de-la-directiva-ue-20191937.html>>. Acceso en: 5 ago. 2021. p. 5.

⁸⁸ Documento de la Oficina Antifraude de Cataluña, *cit.* p <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%BAblica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021. p. 13.

G) PREMIOS O RECOMPENSAS

Por último, se pregunta sobre la posibilidad de incluir premios o recompensas para los alertadores. Se trata, sin duda, de uno de los aspectos más problemáticos de los sistemas de denuncia y sobre el que la Directiva ni siquiera se pronuncia. En el modelo anglosajón, es habitual que se recompense la colaboración con la justicia. Es paradigmática en este sentido la legislación estadounidense, que prevé una recompensa para el alertador de hasta un 30 % del total del dinero recuperado⁸⁹.

Sobre este asunto, a pesar de reconocer las ventajas que conllevaría desde una perspectiva utilitarista la previsión de recompensas económicas para el alertador⁹⁰, las aportaciones consultadas coinciden en descartar la concesión de premios que incentiven económicamente a los alertadores, por las nocivas consecuencias que podría tener en la sociedad⁹¹. Nos parece muy afortunada en este apartado la aportación de *Transparency International España*, al defender que “el actuar conforme a derecho no parece que se tenga que motivar por la existencia de “premios”, sino por la verdadera convicción y compromiso con los valores éticos e institucionales en un Estado de Derecho”⁹².

⁸⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Cristina. “¿Proteger o premiar al whistleblower?: Un debate pendiente en España”, GONZÁLEZ GARCÍA, Nicolás y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, *versión digital*.

⁹⁰ Como apunta la Oficina Antifraude de Cataluña entre sus posibles ventajas está que “incentiva las alertas; aumenta la calidad en la información; cumple una función de prevención general (¿quién más puede estar observándose?); favorece la alerta como decisión económica racional; preserva la identidad del alertador; beneficia el erario público”. En: Documento de la *Oficina Antifraude de Cataluña*, <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Imatges/Prensa/Participaci%C3%B3n%20en%20consulta%20p%C3%BAblica_Ley%20transposicion%20Directiva%20personas%20alertadoras.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021.p. 15.

⁹¹ Documento de Cumplen (Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo), IOC (Instituto de Oficiales de Cumplimiento) y WCA, Disponible en: <<http://www.worldcomplianceassociation.org/3068/noticia-la-world-compliance-association-presenta-su-propuesta-en-respuesta-a-la-consulta-publica-sobre-la-transposicion-de-la-directiva-ue-20191937.html>>. Acceso en: 5 ago. 2021.p. 5.

⁹² Documento de *Transparency International España*, Disponible en: <<https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIO->

3.2. BREVE REFERENCIA AL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN OTROS ESTADOS MIEMBROS

Aunque este trabajo tenga por objeto la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, no está de más referirnos brevemente al estado en el que se encuentra el proceso de transposición de la Directiva en otros Estados miembros al momento de suscribir estas líneas –agosto del 2021– y, en su caso, comentar algunos de los resultados más relevantes.

De acuerdo con la *Whistleblowing Laws in Europe: An international guide* publicada por *DLA Piper* el pasado mes de junio⁹³, el nivel de implementación de la Directiva no es muy elevado, a pesar de que el período de transposición previsto vence con carácter general el próximo 17 de diciembre de 2021. De los 27 Estados miembros, solo 6 se encuentran en una fase avanzada del proceso de transposición –República Checa, Dinamarca, Irlanda, Holanda, Portugal, Suecia–. Otros 6 se sitúan en un estado intermedio –Francia, Alemania, Italia, Rumanía, Eslovaquia y España–. Mientras que el resto, o están iniciando ahora el proceso, o ni siquiera lo han empezado⁹⁴.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, hemos analizado los textos prelegislativos –y legislativos, en el caso de Dinamarca– que se están tramitando en los países que van más avanzados en el proceso de transposición, a fin de detectar posibles tendencias entre los legisladores europeos. Evidentemente, este análisis podría ser más exhaustivo, sin embargo, creemos que con la información expuesta es suficiente para ofrecer una panorámica de lo que se está haciendo en términos generales⁹⁵.

NES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf>. Acceso en: 5 ago. 2021. p. 15.

⁹³ Disponible en < <https://www.dlapiper.com/en/france/insights/publications/2021/06/whistleblowing-guide/>>. Acceso 8 ago 2021.

⁹⁴ También se puede consultar información sobre esta cuestión en: <https://www.polimeter.org/en/euwhistleblowing>. Acceso en: 8 ago. 2021. También en: <https://www.whistleblowingmonitor.eu/>>. Acceso en: 9 de ago. 2021.

⁹⁵ A la hora de elaborar la tabla hemos incluido básicamente los elementos que hemos considerado más relevante en la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español. No obstante, hemos eliminado la mención a los pre-mios y recompensas porque ninguno de los proyectos consultados los prevén.

	República Checa ⁹⁶	Dinamarca ⁹⁷	Irlanda ⁹⁸
Ámbito material	Cualquier infracción penal o administrativa, tanto del Derecho de la UE como del Derecho interno –limitado a ciertas áreas–.	Las infracciones del Derecho de la UE a las que se refiere la Directiva, así como otras infracciones graves del Derecho interno (con alguna exclusión interesante en materia de seguridad nacional).	Las infracciones del Derecho de la UE a las que se refiere la Directiva, así como prácticamente cualquier infracción del Derecho interno.
Obligación de establecer canales internos de denuncia	Se extiende a: (i) entidades sometidas a la legislación sobre contratación pública (ii) entidades con al menos 25 trabajadores en los últimos cuatro meses (iii) Entidades autorizadas para realizar préstamos al consumo (iv) Determinadas sociedades mercantiles (v) Entidades públicas que tengan por objeto actividades especialmente sensibles.	Se extiende con carácter general a todas las entidades públicas y privadas con 50 o más trabajadores.	Se extiende a todas las entidades públicas o privadas con 50 o más trabajadores.

⁹⁶ El proyecto de ley aprobado por el gobierno se puede consultar en el siguiente enlace: <<https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBR3DRSYB>>. Acceso en: 9 ago. 2021.

⁹⁷ La Ley aprobada por el parlamento danés se puede consultar en: <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/202013L00213>>. Acceso en: 9 de ago. 2021.

⁹⁸ La propuesta de reforma de la Draft Scheme of the Protected Disclosures aprobada por el Gobierno Irlandés para transponer la Directiva puede consultarse en el siguiente enlace: < <https://www.gov.ie/en/publication/e20b61-protected-disclosures-act-guidance-for-public-bodies/#eu-whistle-blowing-directive>>. Acceso en: 9 de ago. 2021.

	República Checa ⁹⁶	Dinamarca ⁹⁷	Irlanda ⁹⁸
Canales anónimos	No se especifica la posibilidad de implantar canales anónimos.	No se especifica la posibilidad de implantar canales anónimos.	Se permite el anonimato pero se especifica que <i>“nothing in this Act shall impose an obligation on any of the legal entities within the scope of this Act to accept and follow up on anonymous disclosures”</i> .
Autoridades competentes encargadas de los canales externos	Ministerio de Justicia.	Ministerio de Justicia y el de Defensa en el ámbito de sus competencias.	Diversas entidades públicas en función del ámbito de actuación.
Sanciones	Se prevé la imposición de sanciones administrativas en caso de incumplimiento.	Se prevén sanciones administrativas e incluso penales para las empresas incumplidoras.	El epígrafe 24 ordena la imposición de sanciones aducadas para las personas que obstaculicen la denuncia, tome represalias o incumpla el deber de confidencialidad.

TABLA 1

	Holanda ⁹⁹	Portugal ¹⁰⁰	Suecia ¹⁰¹
Ámbito material	Prácticamente cualquier infracción que pueda perjudicar al interés público, así como las infracciones del Derecho de la UE previstas en la Directiva.	Además de las infracciones de Derecho de la UE previstas en la Directiva, el art. 1.d) de la propuesta incorpora: “ <i>A criminalidade violenta, especialmente violenta e altamente organizada, bem como os crimes previstos no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, na sua redação atual</i> ”. En el ámbito de la seguridad nacional, el concepto de infracción se limita a los actos u omisiones de las reglas de contratación previstos en la Directiva.	Además de las infracciones del Derecho de la UE previstas en la Directiva, la ley extiende su aplicación a la información sobre cualquier infracción del derecho interno en la que se vea involucrado el interés público, con exclusión de las informaciones relativas a la seguridad nacional y de defensa.

⁹⁹ La propuesta de transposición de la Directiva que se está tramitando en el parlamento neerlandés puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=561fe05a-3175-4931-a93b-37250026eb31&title=Voorstel%20van%20wet.pdf>. Acceso en: 9 ago. 2021.

¹⁰⁰ *LapropostadeLein.º91/XIV* presentada por el gobierno y que se está tramitando en el parlamento puede consultarse en: <<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a-4c31684a566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c-6864476c325953387a4d7a4e684e4467784f53307759574e694c-5451324d6d51744f47566a4e5330794d545a6d5a5751314f5455314e-6d51755a47396a65413d3d&fich=333a4819-0acb-462d-8ec5-216fed59556d.docx&Inline=true>>. Acceso en: 14 ago. 2021.

¹⁰¹ La propuesta de transposición de la Directiva que se está tramitando en el parlamento sueco puede consultarse en: <<https://www.regeringen.se/49bcf4/contentassets/1332545b2f4f4981b0b52a91a255fba6/genomforande-av-vis-selblasardirektivet.pdf>>. Acceso en: 14 ago. 2021.

	Holanda ⁹⁹	Portugal ¹⁰⁰	Suecia ¹⁰¹
Obligación de establecer canales internos de denuncia	Todas las entidades públicas o privadas con 50 o más trabajadores.	Personas jurídicas públicas o privadas con 50 o más trabajadores. Es interesante la creación <i>ex lege</i> de canales de denuncias internos en el seno de varias instituciones del Estado (art. 8.4) (<i>Presidência da República, Assembleia da República, Tribunal Constitucional, Conselho Superior da Magistratura, Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Tribunal de Contas, a Procuradoria-Geral da República</i>).	Las entidades públicas o privadas que, al inicio del año, cuenten con 50 o más trabajadores.
Canales anónimos	No se contempla expresamente la posibilidad de implantar canales anónimos ¹⁰² .	Solo se reconoce esta posibilidad para las denuncias externas (art. 14.1).	No se contempla expresamente la posibilidad de implantar canales anónimos.

¹⁰² Sin embargo, en el informe del gobierno que acompaña la propuesta se muestra una posición reticente respecto de este tipo de denuncias. En concreto, se dice que “Los informes anónimos pueden ayudar a abordar infracciones o infracciones. Sin embargo, también existen desventajas para la detección, la imposición de sanciones y la protección de las personas afectadas que son sometidas a la legislación nacional en relación con la infracción del Derecho de la Unión o el abuso. En opinión del gobierno, una obligación general de verificar informes anónimos enfrenta demasiados problemas previsibles, pero también imprevisibles. Por ejemplo, después de una denuncia anónima, no se puede llevar a cabo ninguna investigación basada en un procedimiento contradictorio y es difícil proteger a un denunciante anónimo contra desventajas. Por lo tanto, el gobierno opina que tal deber debe ser considerado a la luz de todas las circunstancias que surgen en ese campo y de las tareas y poderes de las autoridades competentes” (traducción no oficial). Disponible en: <https://www.tweedekamer.nl/downloads/>

	Holanda ⁹⁹	Portugal ¹⁰⁰	Suecia ¹⁰¹
Autoridades competentes encargadas de los canales externos	<p>La autoridad designada con carácter general es un organismo autónomo creado a tal efecto: <i>Huis voor Klokkenluiders</i> (la casa de los denunciantes)¹⁰³. No obstante, también se designan a otras autoridades para que en el ámbito de sus funciones lleven a cabo esta tarea (ej. la autoridad holandesa en materia de consumo).</p>	<p>Se designa a las autoridades que, de acuerdo con sus competencias, deban o puedan verse afectados por el asunto objeto de la denuncia, haciendo referencia expresa a: <i>Ministério Público, os órgãos de polícia criminal, as entidades administrativas independentes, Os institutos públicos, As inspeções-gerais e entidades equiparadas e outros serviços centrais da administração direta do Estado dotados de autonomia administrativa, As autarquias locais, as associações públicas</i> (art. 12.1).</p>	<p>No se especifica en la propuesta de ley. En todo momento se refiere a la “autoridad que el gobierno designe como autoridad competente dentro de un área determinada” (cap. 6).</p>

document?id=aa664827-d3f3-4c9f-a618-eadae2f68bcf&title=Memorie%20van%20toelichting.pdf>. Acceso en: 14 ago. 2021.

¹⁰³ Más información sobre este organismo en: <https://www.huisvoorklokkenluiders.nl/>. Acceso en: 14 de ago. 2021.

	Holanda ⁹⁹	Portugal ¹⁰⁰	Suecia ¹⁰¹
Sanciones	El ordenamiento holandés ya prevé sanciones penales y civiles para los informantes que intencionalmente brinden información incorrecta y para las personas físicas o jurídicas que desalienten o perjudiquen a los informantes ¹⁰⁴ .	En el art. 26 establece un amplio catálogo de sanciones administrativas, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales.	El proyecto de ley no incorpora sanciones específicas.

TABLA 2

CONSIDERACIONES FINALES

La Directiva “*Whistleblowing*” va a suponer un punto de inflexión en las políticas anticorrupción dirigidas a proteger a los alertadores en Europa. Aunque su contenido no es muy ambicioso, ya que se limita a establecer un marco mínimo común para los Estados de la Unión Europea, tras realizar el análisis comparativo creemos que los Estados miembros, en sus respectivos procesos de transposición, van a optar mayoritariamente por extender la protección a los alertadores que reporten infracciones de normas que no tengan su origen en la Unión Europea.

Como hemos analizado en este trabajo a raíz de la consulta pública sobre la transposición de la Directiva planteada por el Ministerio de Justicia el 7 de enero de 2021, esta es la opción que parece que tiene más visos de prosperar en España. En caso de que así sea, será interesante comprobar

¹⁰⁴ Una exposición de las sanciones previstas en el ordenamiento holandés puede verse en el apartado 5 del informe. Disponible en: <<https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=aa664827-d3f3-4c9f-a618-eadae2f68bc-f&title=Memorie%20van%20toelichting.pdf>>. Acceso en: 14 ago. 2021.

si esa expansión del ámbito material tiene carácter indiscriminado o si se extiende únicamente a algunos sectores de nuestro ordenamiento en los que se considere que concurren razones de interés general.

Al hilo de esta idea, creemos que el legislador español debe aprovechar la transposición de la Directiva para diseñar un régimen jurídico común y transversal que garantice la protección de los alertadores, sin perjuicio de las reglas sectoriales que se puedan aprobar en esta materia. Más allá de las concretas medidas que se quieran adoptar, a nuestro juicio, el régimen jurídico que resulte de este proceso debe brindar la seguridad jurídica que los ciudadanos precisan. Para ello, entendemos que la mejor opción es la de aprobar una ley general que evite la dispersión normativa y ponga coto a la proliferación de normativas autonómicas sobre la materia.

Por otro lado, tendremos que estar atentos para ver qué sucede finalmente con dos de los temas más problemáticos: la admisión de denuncias anónimas y la concesión de premios o recompensas a los alertadores¹⁰⁵. Es evidente que, en términos de eficacia, sería recomendable dar validez a las denuncias anónimas y, en su caso, premiar a aquellos alertadores que hayan reportado determinadas infracciones. Sin embargo, nos parece que este tipo de medidas podría traer más perjuicios que beneficios. La admisión de las denuncias anónimas, como hemos comentado, podría favorecer el uso fraudulento de los canales de denuncias y fomentar un ambiente de desconfianza mutua en las organizaciones. Asimismo, la concesión de premios y recompensa a los alertadores nos parecería una medida muy poco acertada. Entre otras cosas porque con ella se correría el riesgo de convertir a los alertadores en una suerte de “cazarecompensas” en lugar de ciudadanos que cumplen con un deber ético. Algo que, como es lógico, no ayudaría a mejorar su imagen ante la sociedad. A nuestro juicio, a la hora de abordar todas estas cuestiones, el legislador español no debe perder de vista que en esta materia no solo está en juego la protección de los alertadores y la eficacia de los canales de denuncias para detectar irregularidades, sino también los derechos fundamentales de las personas denunciadas. Desde esta perspectiva, esperamos que nuestro legislador

¹⁰⁵ Ampliamente sobre esta cuestión *vid.* ORTIZ PRADILLO, J. C. *Los delatores en el proceso penal: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

pondera adecuadamente los bienes jurídicos en conflicto para que la exigencia de eficacia en la detección e investigación de infracciones no suponga una merma de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Por último, al hilo de esta idea queremos resaltar que, desde nuestro punto de vista, para que la Directiva cumpla con sus objetivos no solo será necesario que los Estados miembros estén acertados en su transposición, sino que será imprescindible también una labor de difusión y de concienciación de la ciudadanía, especialmente en aquellos países en los que la labor de los alertadores sigue estando estigmatizada –como es el caso de España–. De lo contrario, por más que el ordenamiento jurídico obligue a las entidades jurídicas a implantar canales internos de denuncia y refuerce la protección de los alertadores, será difícil que este instrumento pueda desarrollar todo su potencial.

REFERENCIAS

ABAZI, Vigilancia. The European Union Whistleblower Directive: A'Game Changer' for Whistleblowing Protection. *Industrial Law Journal*, vol. 49, Issue 4, 2020. <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwaa023>

AMERIGO ALONSO, José. Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9699, 2020.

ANN JOHNSON, Roberta. *Whistleblowing: When it Works—and Why*. Boulder: Lynne Rienner, 2003.

ARMENTA DEU, Teresa. *Derivas de la justicia: tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

BACHMAIER WINTER, Lorena, MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Tratado sobre compliance penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión*. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9539, de 18 de diciembre de 2019.

BUCY, Pamela. Information as a commodity in the regulatory world. *Houston Law Review*, Houston, vol. 39, issue 4, 2002.

CAMPANÓN GALIANA, Laura. Análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 (Whistleblowing),

relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 59, 2020.

CEVA, Emanuela y BOCCHIOLA, Michele. Theories of whistleblowing. *Philosophy Compass*, 2019. <https://doi.org/10.1111/phc3.12642>

DE ZWART, Alja Poler. EU whistleblowing rules to change in favor of whistleblowers. *Journal of investment compliance*, vol. 21, n. 1, 2020. <https://doi.org/10.1108/joic-08-2020-0015>

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Cristina. ¿Proteger o premiar al whistleblower?: Un debate pendiente en España, GONZÁLEZ GARCÍA, Nicolás y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. <https://doi.org/10.20318/economia.2020.5735>

GARCÍA-MORENO, Beatriz. El concepto de alertador (o whistleblower). En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (eds.). *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GARCÍA MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador*. La regulación europea de los canales de denuncia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

GARRÓS FONT, Imma; ROMERA SANTIAGO, Nuria. Hacia una protección efectiva de los denunciantes. *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 7-8, julio-agosto 2020.

KAFTERANIS, Dimitrios. A new enforcement tool: a directive to protect whistleblowers. *Business Law Review*, vol. 41, issue 2, 2020.

LOZANO CUTANDA, Blanca. La directiva de protección del denunciante. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9550, 2020.

MAGRO SERVET, Vicente. ¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?, *Diario La Ley*, Madrid, n. 9586, de 4 de marzo de 2020.

MARTÍNEZ SALDAÑA, David; ABRIL MARTÍNEZ, Javier; RODRÍGUEZ CELADA, Enrique y REYES RICO, Laia. La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho Laboral, Público, Penal y de Protección de Datos. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Madrid, n.º 53-2019, 2019. <https://doi.org/10.2307/j.ctv14t46sm.8>

MECHTENBERG, Lydia; MUEHLHEUSSER, Gerd; ROIDER, Andreas. Whistleblower protection: Theory and experimental evidence. *European Economic Review*, n. 126, 2020.

MORALES MARTÍN, Tamara. Canal de denuncias interno (whistleblowing), ¿anónimos o no? Esa es la cuestión. *Legal Today*. 29 de agosto de 2018. Disponible en: <<https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/nuevas-tecnologias-blogs/>

blog-prodat/canal-de-denuncias-interno-whistleblowing-anonimos-o-no-esa-es-la-cuestion-2018-08-29/>. Acceso en: 2 mar 2021.; última consulta: 02/03/2021).

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 43. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

PÉREZ TRIVIÑO, Jose Luis. Whistleblowing. *Economía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 14, 2018. <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4170>

PUYOL, Javier. *El funcionamiento práctico del canal de compliance “whistleblowing”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Es necesario un estatuto para los denunciante de la corrupción?. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9003, 19 de Junio de 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El tratamiento jurídico de los denunciante antes y después de la Directiva 2019/1937. *La Ley Compliance Penal*, Madrid, n.1, 2020.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informante interno (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret*, Barcelona, n. 3/2006.

SÁEZ LARA, Carmen. *La protección de denunciante: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

STAPPERS, Jan Tadeusz. EU Whistleblower Protection Directive: Europe on Whistleblowing. *ERA Forum: Journal of the Academy of European Law*, 2021. <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00649-7>

TORRENT I SANTAMARIA, Josep María y PÉREZ GIL DE GÓMEZ, Laura. Análisis de la Directiva Europea de *whistleblowing* y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *Derecho PUCP*, n. 85, 2020. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.003>

VESTRI, Gabriele. Aproximación al sistema de “whistleblowing”. Un nuevo desafío para la Administración Pública española. *Revista General de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 51, 2019.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Corrupción y la categoría de “delito de cuello blanco”: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados. *Revista IUS ET VERITAS*, Lima, n. 57, 2018. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201802.009>

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 13/04/2021
- Desk review and plagiarism check: 30/05/2021
- Review 1: 04/06/2021
- Review 2: 21/06/2021
- Preliminary editorial decision: 04/08/2021
- Correction round return 1: 14/08/2021
- Preliminary editorial decision 2: 31/08/2021
- Correction round return 2: 31/08/2021
- Final editorial decision: 02/09/2021
- Preprint deposit: 29/09/2021
- <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.2893>

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (APGS)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

CARO CATALÁN, José. La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2155-2200, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.552>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory


Perspectivas quanto à lavagem de provas na colaboração premiada: proposta para controle de abuso processual


Perspectives on evidence laundering in awarded collaboration agreements: a proposal on controlling prosecutorial malfeasance

Guilherme Brenner Lucchesi¹

Universidade Federal do Paraná – Curitiba/Paraná, Brasil

guilherme@lucchesi.adv.br


 <http://lattes.cnpq.br/1512135510310992>


 <http://orcid.org/0000-0001-9505-421X>

Lucas Gandolfi Vida²

Escola da Magistratura Federal do Paraná – Curitiba/Paraná, Brasil

lucasgandolfi2375@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7877504826684459>

 <http://orcid.org/0000-0002-7119-5736>

RESUMO: Identifica-se no processo penal a possibilidade de dissimulação ou ocultação da origem de uma informação inutilizável no processo como fonte de prova, a fim de conferir aparência de legitimidade à sua origem, especialmente em acordos de colaboração premiada. Este fenômeno é denominado pelos autores “lavagem de provas”, tratando-se

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws (LL.M.)* pela Cornell Law School (EUA). Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR. Vice-coordenador do Curso de Direito da UFPR. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR (Capes 6). Diretor Financeiro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Gestão 2021/2023. Advogado criminal. Inscrito na Ordem dos Advogados do Estado de Nova York, Estados Unidos da América (NYSB).

² Pós-graduando em Direito Público e Direito Contemporâneo pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UniCuritiba. Pincadista da 40ª Edição do Programa de Intercâmbio do CADE.

de situação processual ainda pouco discutida academicamente. Para análise deste fenômeno, este trabalho inicia pelo exame da natureza jurídica da colaboração premiada, bem como pelas etapas de seu procedimento. Busca-se, pela análise da lavagem de provas a partir da necessidade de preservação da cadeia de custódia de provas, identificar as consequências jurídicas deste fenômeno. A partir da experiência do programa de leniência do CADE, são propostas possíveis medidas para o controle do abuso processual pela acusação. Conclui-se que a instituição de uma central única para colaborações premiadas, com o fim de melhor gerir a prova advinda de acordos desta natureza, aliada à difusão de boas práticas na negociação de acordos, pode trazer maior segurança jurídica aos pretensos colaboradores, de modo a evitar a lavagem de provas.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de provas; Colaboração premiada; Abuso processual.

ABSTRACT: *This article identifies a possibility of dissimulation or concealment of the origin of unusable information in criminal proceedings as a source of evidence, in order to give an appearance of legitimacy to its origin, especially in awarded collaboration agreements. This phenomenon is dubbed “evidence laundering” by the authors and is of yet a procedural situation that is still insufficiently discussed in legal scholarship. To analyze this phenomenon, this article begins by examining the legal nature of awarded collaboration agreements, as well as the steps of their procedure. By analyzing evidence laundering from a perspective of preserving the chain of custody of evidence, the aim is to identify the legal consequences of this phenomenon. Based on the experience of CADE’s leniency program, possible measures to control this malfeasance by the prosecution are proposed. In conclusion, the article raises the possibility of establishing a single awarded collaboration center, combined with the dissemination of good practices in negotiating deals, as means to improve the evidence arising from these agreements, bringing greater legal certainty to would-be collaborators and avoiding evidence laundering.*

KEYWORDS: *Evidence laundering; Collaboration agreement; Wrongful process.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Considerações iniciais sobre a colaboração premiada; 2.1. A natureza jurídica da colaboração premiada como negócio jurídico processual, meio de obtenção de provas e mecanismo defensivo; 2.2. Etapas do procedimento da colaboração premiada; 3. Lavagem de provas no acordo de colaboração premiada;

4. Quebra da cadeia de custódia da prova: consequência necessária da lavagem de provas? 5. Possíveis soluções para a lavagem de provas: o uso de lições trazidas pelo programa de leniência do CADE; 6. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O procedimento da colaboração premiada ainda é caminho pouco trilhado pelos profissionais do sistema de justiça criminal. Apesar dos recentes desenvolvimentos teóricos e legislativos sobre a matéria, que vem ocupando espaço cada vez mais proeminente no sistema de justiça criminal brasileiro, suas peculiaridades e desafios práticos ainda são misteriosos para parcela considerável, não apenas da advocacia, como também do Ministério Público, da magistratura, das defensorias públicas e das polícias. Em razão de seu caráter negocial, a colaboração premiada não raro impõe dilemas e impasses entre as partes em negociação: acusação e defesa.

Para sua formação, o acordo de colaboração premiada inicia-se a partir de uma etapa preliminar, em que o investigado ou acusado propoente apresenta ao Ministério Público uma síntese das informações e indica os elementos de corroboração que pretende apresentar para obter como benefício uma sanção premial. Como muitas vezes esta etapa preliminar não é formalizada em um caderno procedimental, muitas destas tratativas iniciais não permanecem disponíveis para controle posterior de legalidade, possibilitando um fenômeno aqui identificado como *lavagem de provas*.

Propõe-se definir *lavagem de provas*, portanto, como a dissimulação ou a ocultação da origem de uma informação inutilizável no processo como fonte de meios de prova, a fim de conferir aparência de legitimidade à sua origem.

Ainda que este fenômeno possa ter lugar em outros momentos processuais, este artigo busca analisá-lo justamente sob sua potencial incidência na formação dos acordos de colaboração premiada. Justamente por isto, o artigo analisa inicialmente a compreensão técnica da colaboração premiada, examinando não apenas sua natureza jurídica,

seu procedimento e a posição das partes que o celebram, como também suas estratégias e métodos, além de seus resultados endoprocessuais, como forma de compreender como a colaboração premiada é momento processual propício para a lavagem de provas.

Uma vez verificada a possibilidade de sua ocorrência no âmbito da colaboração premiada, busca-se compreender o fenômeno da lavagem de provas, a partir do conceito proposto. Serão analisados os contornos legais do fenômeno e a (i)licitude das provas dele derivadas sob a ótica de um caso hipotético, inspirado pelo decidido no MS/SP n.º 35.693 pela 2.ª Turma do STF.

Prosseguindo, a lavagem de provas também será examinada à luz da cadeia de custódia das provas, de modo a verificar se a obtenção — premeditada ou não — de informações fornecidas pelo aspirante a colaborador, sem a concessão de um benefício premial em troca, viola alguma regra processual penal. Por fim, apresentamos possíveis conclusões extraídas a partir da experiência do programa de leniência do CADE, observada a partir da vivência de um dos autores no Programa de Intercâmbio do CADE – Pincade.

Por tratar-se de discussão ainda incipiente na práxis dos acordos de colaboração premiada, de relativa complexidade teórica e prática, o tema da lavagem de provas merece discussão qualificada na doutrina processual penal. Desta maneira, enfatiza-se que, mais do que trazer as consequências jurídicas e as eventuais soluções definitivas, o trabalho busca explorar uma possível saída, assim como um modo de controlar a lavagem de provas na colaboração premiada, convidando a comunidade jurídica ao diálogo quanto às potenciais soluções apresentadas.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA

Sob a perspectiva das autoridades públicas, o objetivo da colaboração premiada é permitir o acesso a informações privilegiadas quanto à ocorrência de um fato criminoso e do *modo operandi* de uma organização criminosa, a partir da perspectiva de um dos autores do próprio fato, de modo a auxiliar a identificação de provas e o desbaratamento da própria organização. A utilização do (co)autor do crime como testemunha — ou, melhor dizendo, a sua utilização para fornecimento de meios de prova

— foi identificada por Stephen S. Trott, para quem a colaboração de um dos autores é uma das mais úteis, importantes e, de certo, indispensáveis armas para a repressão a infratores³. O autor faz um alerta em seu trabalho — com as devidas ressalvas sobre o método comparado, dadas as diferenças entre o comum procedimento de *trial*⁴ no ordenamento americano e o processo penal brasileiro — quanto às inúmeras preocupações que há na “utilização de um criminoso como testemunha”, em razão de eventuais traições, prática de perjúrios⁵ em série, obstrução de justiça e produção de provas falsas⁶. Em que pese existam preocupações com o uso de infratores como fonte de obtenção de provas, com muitos já tendo quebrado acordos de colaboração⁷, os benefícios desta nova téc-

³ TROTT, Stephen S. Uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sergio Fernando Moro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37. p. 68.

⁴ Para uma visão do *trial* no processo penal americano, ver: DRESSLER, Joshua; THOMAS III, George C. *Criminal Procedure: prosecuting crime*. 6.ed. Minnetota: West Academic Publishing, 2017. p. 1199-1379.

⁵ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010, p. 143-150. No texto, o autor aponta a problemática acerca da falta de tipificação, no ordenamento brasileiro, para o acusado que falta com a verdade. Explica que no direito anglo-saxão a construção da mentira do acusado no processo é reflexo do direito de permanecer em silêncio, pois, caso resolva falar e minta, será processado também pelo crime de perjúrio. De outro modo, havendo a ausência da tipificação no direito pátrio, existe parte da doutrina que entende que a mentira está associada ao princípio da não autoincriminação, porém, concluindo que está não seria a melhor solução, uma vez que o ordenamento não tutela a mentira e, por conseguinte, seria o exercício de uma atividade que não tem respaldo no direito, portanto, configurando uma conduta ilícita. No mesmo sentido: Cf. ARAS, Vladmir. “*Enganei o juiz e me dei bem*”. Disponível em: <<https://bit.ly/38wGbtN>>. Acesso em 01 set. 2021.

⁶ Trott, op. cit, p. 70-72, indica dois casos de réus condenados que mentiram deliberadamente contra um acusado em troca de favores com à acusação, e resultaram em absolvição em razão da falta de fiabilidade nos depoimentos prestados: a) Caso de Denver, que se refere à história de Marion Albert Pruet; e b) Caso de John DeLorean.

⁷ Ver, por exemplo, o caso do doleiro Alberto Youssef. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 127.483, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília, 4 fev. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ww3Tln>>. Acesso em 10 fev. 2020. E, mais recente, requerimento de rescisão do acordo de colaboração no caso da JBS (que se encontra sobrestado até 06 de maio de 2020 por força de decisão do Supremo). BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

nica de investigação são inegáveis, inclusive porque seguem um padrão transnacional no sentido de buscar uma justiça premial.

A colaboração premiada tem por premissa o fato de a criminalidade organizada naturalmente adotar uma postura reservada na prática de seus crimes. Isso muitas vezes decorre da própria natureza dos delitos praticados: cartel, lavagem de dinheiro, determinadas práticas de corrupção, evasão de divisas, fraudes a licitações e gestão fraudulenta de empresas. Todos estes delitos pressupõem um acordo conjunto de silêncio⁸ acerca dos atos praticados, sendo isto o que se visa quebrar para acessar as camadas mais internas e protegidas de uma organização criminoso e possibilitar o seu desbaratamento.

Colocando em números a efetividade da nova técnica de investigação, recentemente o Ministério Público Federal apontou mais de 253 condenações, registrando a devolução de mais de R\$ 4 bilhões por meio de 185 acordos de colaboração, possibilitando à Receita Federal o lançamento tributário na ordem de R\$ 22,465 bilhões, com o aumento no volume de trabalho na ordem de 1.200% desde 2014⁹.

2.1. A NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS E MECANISMO DEFENSIVO

A origem do instituto da colaboração premiada no Direito brasileiro remonta à década de 1990, ainda sob a denominação de “delação premiada”¹⁰. No entanto, foi a partir da Lei n.º 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), com maior disciplina legislativa, que o instituto

Petição n.º 7.003, Relator Min. Edson Fachin, Brasília, 11 mar. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2vvLvha>>. Acesso em 18 mar. 2020.

⁸ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Bel Horizonte: Del Rey, 2017. p. 47.

⁹ MPF. *Lava Jato completa seis anos com 500 pessoas denunciadas e números recordes em 2019*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Uji6zi>>. Acesso em 12 mar. 2020.

¹⁰ Vale ressaltar que, atualmente, o STF diferencia os termos “delação” e “colaboração”, tratando-se a “colaboração” do negócio jurídico processual algo acordado com o Ministério Público e/ou a Polícia, e entendendo-se a “delação” como a colaboração unilateral realizada perante o juízo. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito n.º 4.436,

passou a ser aplicado em larga escala, o que se deveu à maior segurança jurídica em sua aplicação¹¹.

Com o advento da Lei n.º 13.964/2019 (Lei Anticrime), a redação da Seção I foi alterada, tendo o art. 3º-A disposto que o acordo de colaboração é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse público.

A alteração legislativa confirmou o que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n.º 127.483, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, em que se afirmou a natureza de meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual:

Uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração¹².

Assim, dois pontos relevantes são estabelecidos. O primeiro, é que se trata de um negócio jurídico processual. Ao contrário do usual na legislação, tratando a colaboração como um exclusivo “favor da pena”¹³, sua classificação como negócio jurídico reflete na constituição de partes (de um lado, o colaborador; de outro, o membro do Ministério Público ou a autoridade policial), cujo elemento nuclear de seu suporte é a exteriorização da vontade das partes, com a possibilidade, dentro dos parâmetros legais, de deliberação sobre efeitos¹⁴.

Relator Min. Edson Fachin, decisão monocrática, Brasília, 04 abr. 2021. Disponível em: < <https://bit.ly/3kHuoio6>>. Acesso em 01 set. 2021.

¹¹ HARTMANN, Stefan Epírito Santo. O papel do juiz nos acordos de colaboração premiada. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (Coord). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 148.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 127.483, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília, j. 4 fev. 2016.

¹³ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 23.

¹⁴ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo*

Segundo, constitui um meio de obtenção de prova, e não um meio de prova propriamente dito. Em outras palavras, implica que a colaboração é um meio pelo qual é destinado “à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória”¹⁵. Assim, faz-se necessário diferenciar o que são meios de prova, e o que são meios de obtenção de prova. Segundo classificação adotada por Magalhães Gomes Filho, meios de prova são atividades ou os instrumentos por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). Já os meios de obtenção da prova dizem respeito a certos procedimentos regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais¹⁶.

Acerca do tema, Gustavo Badaró entende que, enquanto os meios de prova são aptos a servir diretamente ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática, os meios de obtenção de prova são instrumento para a coleta de meios de prova¹⁷.

Desta maneira, o acordo de colaboração não se confunde com os elementos que são obtidos a partir da colaboração, como a entrega do material, declarações e anexos. E, neste sentido, assentou o STF que o acordo não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova. Porém, em razão da fragilidade da prova decorrente da palavra do colaborador, os depoimentos somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova¹⁸.

Tribunal Federal. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 26.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 796. Brasília, 24 a 28 ago. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3baWETZ>>. Acesso em 10 fev. 2020.

¹⁶ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 308.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2013. p. 266.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 127.483, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília, 4 fev. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ww3Tln>>. Acesso em 10 fev. 2020.

Em suma, ensina Vinicius Vasconcellos que o mecanismo de justiça negocial da colaboração premiada é um fenômeno complexo, visto que envolve diversos atos e situações processuais, o que ressalta a necessidade de especificação do elemento de que se está a tratar quando da análise de sua natureza¹⁹, isto é, de qual ato ou elemento dentro do todo “colaboração premiada” a ser observado.

Sem esgotar a questão, pode-se evidenciar um terceiro ponto implícito: de que se trata de um instrumento de defesa²⁰, constituindo uma alternativa legal e legítima à disposição do réu, consectário lógico da autodefesa²¹. Trata-se, portanto, de um elemento importante a ser considerado dentro do jogo processual, em específico acerca da estratégia e táticas²² daquele que pretende iniciar tratativas com o Estado.

2.2. ETAPAS DO PROCEDIMENTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Uma vez compreendida a natureza complexa da colaboração premiada, passa-se ao estudo do seu procedimento, com o fim de vislumbrar os momentos em que se verifica potencial para a possível prática da lavagem de provas.

Destaca-se que o último dos três aspectos tratados no tópico acima está diretamente relacionado ao procedimento de colaboração, visto que

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 70.

²⁰ Cf. OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. *A colaboração premiada como legítimo instrumento de defesa na seara do Direito Penal Econômico*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2016.

²¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 80.

²² Sobre o tema ensina Alexandre Moraes da Rosa que: “a estratégia (o caminho escolhido pelo jogador para alcançar seus objetivos, levando em consideração a avaliação do cenário e as previsões que faz sobre os movimentos dos outros jogadores e do julgador) e as táticas (as ações/lances que cada jogador faz no decorrer da partida visando cumprir a estratégia) fornecem dupla articulação, comunicando-se a todo tempo”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Emodara, 2018. p. 179.

existe uma vinculação prática entre as estratégias de defesa e a utilização do instituto da colaboração premiada. Neste sentido é que o trabalho visa demonstrar um fenômeno existente — lavagem de provas —, mas pouco comentado acerca do modelo negocial inaugurado no processo penal (institucionalizado) a partir da Lei n.º 12.850/2013.

Assim, a estruturação do procedimento da colaboração premiada é, segundo Vinicius Vasconcellos, “condição indispensável para sua limitação no processo penal”²³.

Destaca-se que o procedimento de colaboração premiada foi inicialmente desenvolvido a partir do Manual de Colaboração Premiada da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro)²⁴. Seguiu igualmente a Orientação Conjunta n.º 1/2018²⁵ do Ministério Público Federal, que visou traçar normas gerais e assegurar uniformidade na tratativa dentro do órgão. Por fim, culminou com a Lei Anticrime, dispondo em lei práticas e costumes que já vinham sendo observados e utilizados com base tanto no manual, quanto na orientação conjunta.

Para analisar o procedimento da maneira mais completa possível, bem como delimitar o objeto de estudo, partir-se-á do chamado “procedimento padrão”, que tem sido a regra aplicada no contexto da Operação “Lava Jato”, e que se mostra o mais eficaz, tanto para a acusação como para a defesa²⁶. Neste quadro ideal, o acordo é negociado e realizado na fase pré-processual²⁷, isto é, antes do início do processo.

Destaca-se a relevante classificação de Vinicius Vasconcellos, que subdivide o procedimento em quatro fases: (i) negociações; (ii)

²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 199.

²⁴ ENCLA. *Manual de Colaboração Premiada*. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Jan. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3a1bQ5X>>. Acesso em 19 fev. 2020.

²⁵ MPF. *Orientação Conjunta n.º 1/2018 acordos de colaboração premiada*. Ministério Público Federal. 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2U3slsG>>. Acesso em 19 fev. 2020.

²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 199.

²⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 66.

formalização/homologação; (iii) colaboração efetiva e produção da prova; e (iv) sentenciamento e concretização do benefício²⁸.

A despeito de a terminologia “proponente” se referir ao ator público acusatório²⁹, a colaboração, em regra, deve iniciar com o movimento da defesa. Isso tem o condão de evitar o discurso de que o resultado da colaboração advém de pressão das autoridades envolvidas³⁰. Tem-se nesse momento o início das negociações.

No geral, observa-se que são os atores privados que costumam procurar a autoridade para as primeiras negociações³¹. A partir deste primeiro contato — classificado como “tratativas prévias”³² —, é praxe a formalização de um pré-acordo³³, ou acordo de confidencialidade³⁴. Este momento foi positivado no art. 3º-B pela Lei Anticrime, adotando o que já vinha sendo praticado, de modo a exigir a assinatura de um termo de confidencialidade para dar continuidade às tratativas. Isto é, trata-se de uma garantia para o colaborador, pois isso implica a impossibilidade de que a autoridade venha a desistir do acordo sem justa causa.

Neste momento, as primeiras provas são entregues à autoridade de forma a demonstrar presentes os pressupostos e os requisitos do

²⁸ VASCONCELLOS, op. cit., p. 200.

²⁹ Ibid., p. 199.

³⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Bel Horizonte: Del Rey, 2017. No mesmo sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvérsios da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 26.

³¹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Bel Horizonte: Del Rey, 2017. p. 111.

³² GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: Teoria e Prática*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 243.

³³ SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 314-317.

³⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Emodara, 2018. p. 283.

acordo³⁵. Em paralelo, estas devem instigar o *Parquet* a dar continuidade à negociação, de modo a não haver, de pronto, o indeferimento sumário nos termos do §1º do art. 3º-B da Lei n.º 12.850/2013.

Segundo o art. 3º-C da Lei n.º 12.850/2013 e seguindo a Orientação Conjunta nº 1/2018, a defesa é encarregada da instrução da proposta de acordo, pois deve buscar convencer a autoridade policial ou ministerial da importância das informações e elementos de prova, a fim de subsidiá-lo³⁶.

De todo modo, este também não é o momento de lançar todas as cartas à mesa, e sim o de despertar interesse da autoridade. O termo inicial, metaforicamente, assemelha-se muito ao trailer de um filme: o pretense colaborador deve mostrar uma parte do conteúdo que propõe apresentar — isto é, algumas das informações pertinentes —, ao mesmo tempo em que reserva importantes e relevantes questões para o momento propício da negociação.

Uma vez despertado o interesse da autoridade, passa-se ao segundo momento, a fase de negociação. Só então é que serão entregues minutas mais elaboradas, em complemento às informações antes retratadas. Ensina Andrey Borges de Mendonça que cabe ao Ministério Público o papel de “advogado do Diabo”, procurando lacunas e falhas na versão apresentada e sempre tentando contrastar todas as declarações do potencial colaborador, com o intuito de afastar colaborações mendazes. Para tanto, podendo o membro do *Parquet* realizar diligências investigatórias até mesmo antes da celebração do acordo, visando confirmar e atestar as palavras do colaborador³⁷. Após a efetiva contraprestação, com todas as informações lançadas, as partes passam à discussão acerca do prêmio a ser concedido ao colaborador. O benefício será considerado, levando em consideração os critérios inicialmente desenvolvidos pela Corte de

³⁵ COSTA, Leonardo Dantas. Delação Premiada. *A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 144.

³⁶ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 62.

³⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 31.

Cassação Italiana³⁸, avaliando-se o acordo com a robustez das informações apresentadas, com a apresentação de detalhes dos crimes praticados, de documentos fidedignos e elementos de provas relevantes³⁹.

Após, passa-se à fase de formalização e homologação, com a elaboração do termo de colaboração premiada, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 4º da Lei do Crime Organizado, momento em que o judiciário passará a atuar, fazendo o controle de regularidade, voluntariedade e legalidade⁴⁰.

E, por fim, há a última fase, a de sentenciamento e concretização do benefício, momento em que o juiz passará, de fato, a impor a sanção premial⁴¹ acordada pelas partes de modo a conceder o benefício ao colaborador.

³⁸ “a) Em primeiro lugar deve-se verificar a credibilidade do declarante, através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo de sua colaboração; b) posteriormente analisa-se a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; c) por último, valoram-se a existência e a consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração.” BITTAR, Walter B. *Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 223. No mesmo sentido, ver: GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: Teoria e Prática*. 3.ed. Salvador: JusPodivm. 2017, p. 251. PEREIRA, Frederico V. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 241-246.

³⁹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 65.

⁴⁰ Ver HARTMANN, Stefan Epírito Santo. O papel do juiz nos acordos de colaboração premiada. In: PACHELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (Coord). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Altas, 2019; ZILLI, Marcos. Transplantes, traduções e cavalos de troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da Operação Lava Jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa. (Org.). *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 120-128; PEREIRA, Frederico Valdez. Eficácia da colaboração premiada e controle judicial. Homologação e sentenciamento. In: GEBRAN NETO, João Pedro (Org.). *Colaboração premiada: perspectivas teóricas e práticas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020. p. 137-143.

⁴¹ WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. *ConJur*, 9 jan. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3v8QBKS>>. Acesso em 9 mar. 2021.

3. LAVAGEM DE PROVAS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme se expôs na seção anterior, o acordo de colaboração premiada regido pela Lei n.º 12.850/2013 apresenta algumas importantes características: (i) pode ser realizado em qualquer fase do processo; (ii) a autoridade não está limitada a uma única negociação que verse sobre os mesmos fatos; e (iii) a autoridade que negocia é a mesma que gere as provas e que processa o colaborador.

Até este ponto, o trabalho se dedicou a apresentar algumas das características da colaboração premiada — necessárias à compreensão do tema proposto —, com ênfase no procedimento de entabulação do acordo, momento propício àquilo que se identifica como *lavagem de provas*.

Por *lavagem de provas*, entende-se a dissimulação ou a ocultação da origem da informação inutilizável no processo como fonte de novos meios de prova, a fim de conferir aparência de legitimidade à sua origem. Trata-se, portanto, de um processo⁴² em que ocorre a transformação do elemento, da evidência ou da informação inutilizável em um dado útil e aproveitável nos autos.

A fim de facilitar a compreensão do tema, o fenômeno pode ser mais bem observado a partir de um exemplo. Imagine-se que, em uma investigação, identifique-se uma organização criminosa composta por cinco empresários, cujo objetivo era, mediante o pagamento de propina, fraudar licitações de maneira a se manterem hegemônicos no mercado. Imagine-se também que o produto do ilícito tinha a sua origem e titularidade dissimulados pelo uso de empresas *offshore*.

A partir das primeiras diligências de investigação, terá havido quebra de sigilo telefônico e telemático, o que acaba por subsidiar a deflagração de operação, contando com mandados de busca e apreensão, bem como mandados de prisão temporária dos cinco empresários. Sabendo-se da existência de fortes indícios de atividade delitiva nos materiais apreendidos, dando conta de reiterada prática criminosa, dois dos cinco empresários, por recomendação de seus respectivos advogados, buscam o Ministério Público para a propositura de um acordo de colaboração

⁴² Semelhante à lavagem de bens e capitais, por isso a inspiração na denominação do fenômeno.

premiada. O MP, embora já de posse de informações suficientes para a desarticulação desta organização criminosa, percebeu, na busca, que os agentes possuíam outras informações relevantes do *modus operandi* da organização, bem como outras informações que poderiam levar ao desbaratamento de outras organizações criminosas conexas. Por isso, dá início a tratativas com os dois potenciais colaboradores que, por sua vez, apresentam documentos relevantes que corroboram outros dados já arrecadados, de modo a guiar novas diligências em investigações que já estavam em curso, bem como auxiliam na compreensão da estrutura organizacional e na interpretação dos inúmeros documentos coletados.

Ciente de haver aí um caso hipotético, observa-se que a autoridade ministerial, em razão das tratativas, logra melhor compreender a estrutura da organização criminosa, realizar o filtro das informações apresentadas, bem como tomar conhecimento de outras infrações e do *modus operandi* da organização criminosa investigada.

Destaca-se que, se encerradas as tratativas neste momento, as provas não poderão ser utilizadas pela autoridade para qualquer outra finalidade⁴³. No entanto, as informações prestadas no âmbito do pré-acordo e da negociação — isto é, os elementos informativos — acabam por conferir à autoridade maior grau de conhecimento acerca dos fatos, passando ela a compreender a estrutura da organização criminosa, o que facilita a filtragem das demais informações obtidas no curso das investigações.

A partir do término das negociações e da entrega dos elementos e das informações pelos colaboradores, extraem-se três possíveis condutas que podem ser adotadas pela autoridade negociante.

Em uma primeira hipótese, a autoridade pode simplesmente dar continuidade às tratativas, fixar e negociar os benefícios e, ao final, assinar o acordo de colaboração. Esta é a resolução mais simples, usual e lógica do procedimento de acordo de colaboração premiada, com todas as informações e elementos apresentados sendo úteis nos autos, não havendo necessidade de serem “lavados” pela acusação. Isso quer dizer:

⁴³ Positivada pelo §6º, do art. 3º-B da Lei n.º 12.850/2013, com alteração pela Lei Anticrime, bem como já estava prevista na Orientação Conjunta n.º 1/2018 do MPF. MPF. *Orientação Conjunta n.º 1/2018 acordos de colaboração premiada*. Ministério Público Federal. 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2U3slsG>>. Acesso em 19 fev. 2020.

no procedimento padrão em que o desfecho da negociação é a elaboração do acordo, não se vislumbra o fenômeno da lavagem de provas, ante sua desnecessidade.

Contudo, nem todas as tratativas de colaboração resultam efetivamente na celebração de um acordo. É aqui que reside o perigo ora em exame.

Pensando em uma segunda hipótese para a acusação, em caso de as negociações e documentos apresentados não resultarem em acordo, poderá a autoridade encerrar as tratativas, apresentando justa causa, mas se aproveitar das informações que obteve confidencialmente, ainda que sem acesso aos materiais.

No modelo adotado pelo Brasil, em que a autoridade que negocia é a mesma que investiga e processa criminalmente, quando prestadas as declarações pelo colaborador, é impossível restituir as partes ao *status quo ante*. Ou seja, o membro do Ministério Público que teve contato com as informações não vai simplesmente esquecer ou deletar as informações e provas com as quais teve contato.

Utilizando o caso hipotético, suponha-se que, durante a análise dos materiais fornecidos pelo potencial colaborador, o Ministério Público tenha obtido acesso a uma planilha que descreve a divisão de valores ilícitos distribuídos entre os integrantes de uma organização criminosa. No entanto, em vez de nominar os beneficiários, a planilha utiliza-se de siglas, o que dificulta a identificação dos favorecidos no esquema fraudulento. Suponha-se que se tenha verificado, ao fim da investigação, que ainda resta um único beneficiário que a autoridade desconhece, posto que, com as informações coletadas até então, não se obteve sucesso em decifrar a sigla.

Supondo-se, igualmente, que em uma das negociações conduzidas pelo *Parquet* o pretense colaborador informe o nome do último beneficiário e aponte uma conta bancária no exterior que confirme a transação de valores, a autoridade, mesmo que restitua ao interessado todos os documentos fornecidos no caso de encerramento das tratativas, ainda assim conhecerá a identidade do investigado e saberá como obter os elementos de prova necessários e aptos a comprovar o envolvimento do investigado restante. Assim, nesta segunda hipótese de desfecho das negociações, pode existir o fenômeno de lavagem de provas — ainda

que involuntário —, posto que decorre de algo que chegou ao efetivo conhecimento da autoridade negociante.

Pode-se indicar, por fim, uma terceira possibilidade de desfecho. Suponha-se que a autoridade venha a se utilizar dos materiais apresentados ainda durante as negociações dos acordos dos pretensos colaboradores. Isto é, voltando-se ao caso hipotético, imagine-se que um dos empresários colaboradores tenha, para além das condutas já investigadas da organização criminosa, conhecimento e informações sobre práticas dos investigados de corrupção de alguns agentes públicos. E que, embora tais condutas fossem de conhecimento e alvo de investigação do Ministério Público, ainda careciam de uma linha investigativa clara e efetiva.

Durante as tratativas, um dos colaboradores elabora anexos, fornece conversas de aplicativo de mensagens instantâneas e expõe todo seu conhecimento acerca do *modus operandi* que, de fato, aponta ao *Parquet* uma nova linha investigativa que se mostra extremamente frutífera para desvendar as práticas investigadas. E, a partir destas informações apresentadas o Ministério Público passa a diligenciar, obtendo elementos equivalentes de forma cruzada ou de maneira independente, que suprem a conversa apresentada, e que podem ser utilizados em posterior ação penal.

Ao término da negociação, quando todas as informações e meios de prova tenham sido obtidos (esgotando-se a fonte útil de inteligência⁴⁴), é possível que o membro do Ministério Público opte por declinar o acordo de colaboração. Para tanto, pode justificar que, para a investigação em curso, o acordo não é útil nem necessário, visto que já havia provas suficientes para esclarecimento dos fatos da investigação. Complementa a

⁴⁴ Entende-se por *inteligência* “a atividade realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, com a finalidade de desvendar uma prática criminosa”. Sua finalidade é a de “buscar elementos de convicção a respeito do fato ilícito, antijurídico e culpável” e que “deseja, sobretudo, possibilitar o uso ostensivo e, como regra, público da informação gerada para a responsabilização do agente criminoso por meio da ação penal pública”. TINÓCO, Livia Nascimento. Prova e conhecimento, investigação criminal e inteligência: uma distinção necessária. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coords.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 164-184.

justificativa, sob o argumento de que não há um dever de *disclosure*⁴⁵ por parte da acusação, visto que seu declinar também decorre de informações sigilosas, que não podem ser trazidas ao colaborador, sob pena de frustrar outras investigações em curso.

Resta claro que, nesta terceira hipótese, ainda durante a negociação, houve o fenômeno da lavagem de provas, especialmente quando o membro do Ministério Público obteve “as fontes independentes” de prova, suprindo as informações trazidas pelo colaborador.

Desta maneira, resta também demonstrado que o fenômeno da lavagem de provas é plenamente possível na prática, especialmente durante as negociações de acordos de colaboração premiada. Visando complementar a reflexão acerca do tema, analisa-se o seguinte caso concreto que serviu de inspiração para o trabalho.

No Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 35.693, impetrado contra ato da Procuradoria Geral da República, a 2ª Turma do STF reafirmou que o acordo de colaboração premiada constitui negócio jurídico processual personalíssimo, cuja conveniência e oportunidade não se submetem ao escrutínio do Estado-juiz. Conclui-se, portanto, não haver direito líquido e certo que possa ser invocado para compelir o Ministério Público à celebração do acordo de colaboração premiada⁴⁶.

No caso, o réu alegou ter havido demora do Ministério Público em concluir a fase de negociação do acordo. Logo após, tendo havido recusa

⁴⁵ Segundo Andrey Borges de Mendonça, o Ministério Público não tem o dever de informar todas as provas que possui em desfavor do colaborador, tampouco trazer à tona investigações que porventura conduza em paralelo, devido ao risco de que, caso cancelado o dever, isso geraria o fenômeno indesejado de colaboradores iniciarem tratativas apenas com o fim de descobrirem provas e elementos que o *Parquet* possui (MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 30-45). Assim, o dever de motivação do Ministério Público nas negativas de acordo encontra o mesmo problema do acesso integral às colaborações premiadas: o binômio entre sigilo decorrente de investigações em curso e a garantia de acesso às informações pela defesa.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 942. Brasília, 27 a 31 mai. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2WAX5TB>>. Acesso em 28 de fev. 2020.

da proposta pela autoridade, a defesa impugnou a decisão ministerial visando compelir o *Parquet* a efetivar as negociações tratadas no âmbito de negociação, culminando com a assinatura do acordo de colaboração premiada. Segundo a defesa, foram realizadas ao todo treze reuniões prévias em Brasília, ao longo de dezessete meses, incluindo três entrevistas com o réu, além de ter sido entregue material contendo descrição de condutas criminosas que resultaram na elaboração e entrega de quarenta anexos⁴⁷.

De outro lado, o Ministério Público justificou sua recusa em decorrência de que os elementos de corroboração e de prova apresentados não apresentavam a consistência necessária à elucidação dos fatos: não eram conclusivos para confirmar as irregularidades relatadas⁴⁸.

O que se depreende do caso é que, independentemente da recusa ou aceite na formalização do acordo, a quantidade de informações prestadas ao *Parquet* — pelo período superior a um ano de negociação — proporcionou à acusação inúmeros elementos que muito provavelmente não teriam sido obtidas de outro modo ou, pelo menos não com o mesmo nível de detalhamento. Na mesma esteira, observando-se apenas os dados disponíveis quanto ao caso⁴⁹, somadas à decisão do Supremo, verifica-se que estar equivocadamente se firmando a tese de que Ministério Público teria absoluta discricionariedade em propor, deixar de propor, dar seguimento ou desistir de acordos de colaboração⁵⁰. Em oposição,

⁴⁷ POMPEU, Ana. MP não é obrigado a formalizar acordo de delação, decide 2ª Turma do STF. *Consultor Jurídico*. 28 mai. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ujlb2k>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2020.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Visto que ainda está revestido por segredo de justiça.

⁵⁰ Esta visão não está dissociada de críticas doutrinárias, ainda, contando com a limitação decorrente dos §§ 1.º e 2.º do art. 3.º-B da Lei n.º 12.850/2013, que determinam (i) a motivação na análise sumária e (ii) a justa causa após o termo de confidencialidade, quando houver recusa por parte do *Parquet*. Assim, muito embora os integrantes do MP tenham o dever constitucional de apontarem os fundamentos jurídicos em suas manifestações (art. 129, VIII, §4º, CF), o STF confere ao *Parquet* a análise e a palavra final acerca da celebração, ou não, do acordo. Ver MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 30-45.

considerando-se que a atuação do Ministério Público está pautada pela legalidade⁵¹, estando presentes os pressupostos e requisitos autorizadores da celebração de acordo, não haveria que se falar em juízo de oportunidade e conveniência, permitindo que o membro do MP possa escolher com quem celebrar acordo de colaboração e com quem não o fazer.⁵²

De todo modo, em se tratando o acordo de colaboração premiada de um negócio jurídico, há de prevalecer a vontade das partes — acusação e defesa —, de modo que sua celebração não possa ser imposta pelo Judiciário.⁵³ Assim, caso impassível o Ministério Público e havendo interesse da defesa em obter algum benefício por sua colaboração, poderá recorrer à tentativa de reconhecimento da delação unilateral, nos termos do art. 4.º da Lei n.º 12.850/2013, aceita atualmente tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do STF⁵⁴.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 126-127.

⁵² Para análise semelhante a respeito da colaboração premiada, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner; ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021.

⁵³ Neste sentido, ver MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 24. Por outro lado, defende-se que, estando presentes os pressupostos e requisitos para a celebração de acordo, ainda que não se possa falar em um direito subjetivo do acusado à colaboração, poderá a defesa requerer ao juízo o controle da legalidade da justificativa quanto à eventual recusa. Nestes termos, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner; ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021.

⁵⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito n.º 4.436, Relator Min. Edson Fachin, decisão monocrática, Brasília, 04 abr. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3kHuoI6>>. Acesso em 01 set. 2021.

O entendimento quanto à inexistência de um direito líquido e certo do imputado à conclusão de um acordo, aliado à jurisprudência permissiva à pretensa discricionariedade do Ministério Público em sua celebração, resulta em um ambiente propício à lavagem de provas. Quando premeditada a lavagem, permite-se que o procedimento de colaboração premiada seja utilizado para obter novas informações e fontes de provas, além de diminuir a capacidade reativa das defesas, tornando o instituto da colaboração — que deveria ser instrumento legítimo de defesa — em algo desfavorável ao colaborador. E, mesmo não havendo premeditação, na hipótese em que, de fato, as tratativas preliminares não permitirem a apuração de elementos suficientes para justificar que um acordo seja firmado, ainda assim terá havido um ganho para a acusação — facilitando a análise dos elementos de prova ou direcionando os esforços de investigação — que não se traduz em um benefício correspondente à defesa.

A partir destas constatações e apontamentos, é necessário investigar as implicações processuais da lavagem de provas, sobretudo se o fenômeno da lavagem de provas configura ilicitude em todos os casos em que esteja presente, nos termos do art. 157 do CPP e § 6º do art. 3-B da Lei n.º 12.850/2013, bem como se isso afeta, ou não, a cadeia de custódia da prova.

4. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA DA LAVAGEM DE PROVAS?

Em nome do aprimoramento das técnicas de investigação de crimes imputados a organizações criminosas, tem se admitido a obtenção de provas por métodos ocultos — como é o caso da colaboração premiada —, que aumentam a disparidade na capacidade investigativa das partes. Isto representa (ainda) maior desequilíbrio na paridade de armas entre a atuação defensiva e a acusatória, pois a acusação passa a dispor de mecanismos muito mais amplos e efetivos de investigação⁵⁵. Dada a natureza

⁵⁵ Acerca do tema, vale ressaltar a presente discussão acerca da investigação defensiva, introduzida pelo provimento 188/18 do Conselho Federal da OAB, como forma de tentar reestabelecer a paridade de armas entre acusação e defesa. OAB. *Provimento nº 188/18 de dezembro de 2018*. Regulamenta

própria inquisitória dos procedimentos investigativos⁵⁶, demonstra-se um campo de preocupação baseado na possibilidade da inserção de provas ilícitas ou inutilizáveis no processo.

Devido a este fenômeno, deve haver, segundo Geraldo Prado, um rigoroso sistema de controles epistêmicos no processo. Esses controles têm relevada importância sobretudo no processo penal, uma vez que se verifica o crescente uso de métodos ocultos de investigação, como interceptação das comunicações e quebras de sigilo. De modo geral, a totalidade destes elementos informativos acaba por subsidiar acusações⁵⁷ e sentenças condenatórias. Além disso, muitas dessas diligências permanecem obscuras e sem acesso pela defesa.

Recorrentemente, as medidas processuais de obtenção de provas por meios obscuros resultam em diversas diligências simultâneas, muitas das quais não se encontram concluídas quando de eventual pedido de acesso pela defesa. A título de exemplo, o STF na Reclamação n.º 30.742/SP entendeu haver necessidade de conceder à defesa acesso aos autos de acordo de colaboração premiada já homologado judicialmente, nos termos da Súmula Vinculante n.º 14.⁵⁸ Contudo, ao mesmo tempo, ressaltou o acesso em caso de haver diligências investigativas em curso que possam

o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Ordem dos Advogados do Brasil. 31, dez. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2Wp3X6f>>. Acesso em 25 fev. 2020. Ver, neste sentido: SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação Criminal Direta pela Defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019; MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. *Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018; PEREIRA, Gustavo Alberine. *Investigação defensiva no Brasil: limites e possibilidades no processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2019. Disponível em: < <https://bit.ly/38ynA0s>>. Acesso em 01. set. 2021.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 153-155.

⁵⁷ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 43.

⁵⁸ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório

ser prejudicadas⁵⁹. E esta tende a ser a realidade na maior parte dos casos de colaboração premiada — e de outras medidas de investigação —, o que pode inviabilizar o contraditório pleno⁶⁰.

A busca por disponibilidade de informações à defesa como forma de controle epistêmico teve início na década de 1970 nos Estados Unidos da América, a partir da *Rule 16* das *Federal Rules of Criminal Procedure*⁶¹. Neste contexto, a legitimação das decisões penais acabou por ser condicionada à estreita observância das regras dirigidas à paridade de armas, evocada como premissa fundamental de um *fair trial*. Acerca do tema, ensinam Dressler e Thomas III acerca dos direitos da defesa, ainda na fase de *pre-trial*:

Os defensores [no tribunal federal] têm uma regra de procedimento correta para descobrir os vários elementos de provas. Além disso, [...] os réus têm o devido processo legal para descobrir todos os elementos de prova exculpatórios nas mãos do promotor. A oitiva vigorosa das testemunhas de acusação em audiência preliminar, como vimos, também pode ser uma ferramenta eficaz. [...] Assim, embora a descoberta ocorra nos estágios de pré-julgamento

realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 937. Brasília, 8 a 19 abri. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2UhzumZ>>. Acesso em em 28 de fev. 2020.

⁶⁰ Neste sentido, dentre os documentos cedidos pelo colaborador, “os anexos são divididos por fatos – ou seja, não se faz uma narrativa única com todos os fatos –, com o intuito de permitir que investigações independentes possam ser mantidas em sigilo no futuro”. MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 26. No mesmo sentido: GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: Teoria e Prática*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 247. Desta maneira, sob a ressalva do decidido pelo STF, é possível que o acesso ao conteúdo pelas defesas nem sempre seja possível de forma integral — assim recorrentemente verificado na praxe forense —, sob o argumento de macular investigações em curso.

⁶¹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53.

de um processo criminal, seu real valor é para o julgamento e para a barganha que é um substituto para o julgamento – os réus obtêm pechinhas muito melhores se tiverem uma defesa razoavelmente forte⁶².

Vale ressaltar que a *Rule 16(a)(1)(E)* também obriga a acusação a fornecer quaisquer fotos de livros, papéis, documentos, datas, fotografias, objetos tangíveis, construções ou lugares, cópias ou porções de quaisquer itens que estiverem em seu poder⁶³.

O que se quer evitar com estas determinações são as antigas e comuns provas ditas “*carried in the dark*”⁶⁴, isto é, ocultadas da parte adversa a partir de um conjunto de manobras visando surpreender a outra parte e obter vantagem estratégica processual. A forma mais comum de evitar conhecimento da prova no processo americano se dava pela introdução de provas desconhecidas pela parte adversa (*unfair surprise*) sem que esta pudesse conhecer o meio de sua obtenção.⁶⁵

Assim, foi criado o mecanismo de *discovery*, com o fim de instituir a possibilidade de especificar, examinar e conseguir todos os meios de prova destinados a serem produzidos antes da fase do *trial*. Esse sistema de descoberta das fontes de prova (*discovery devices*) assegura à parte tomar conhecimento das provas que a outra pretende produzir e de como foram obtidas, podendo controlar a legalidade do acesso às fontes

⁶² DRESSLER, Joshua; THOMAS III, George C. 2017, p. 966. Original “Defendants [in federal court] do have a rule of procedure right to discover various items of evidence. Moreover, [...] defendants have a due process right to discover all exculpatory evidence in the hands of the prosecutor. Vigorous cross-examination of the prosecution witnesses at preliminary hearing, as we have seen, can also be an effective discovery tool. [...] Thus, although discovery occurs in the pretrial stages of a criminal prosecution, its real significance is for the trial and the plea bargaining that is a surrogate for trial – defendants get much better bargains if they have a reasonably strong defense”.

⁶³ LII. Legal Information institute. *Rule 16. Discovery and Inspection*. Disponível em: <<https://bit.ly/397xEeY>>. Acesso em 28 fev. 2020.

⁶⁴ Em português, literalmente, “carregadas no escuro”.

⁶⁵ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 56.

de prova⁶⁶. Em outras palavras, a *discovery* é um mecanismo que busca aferir a cadeia de custódia das provas, de modo a permitir o controle — principalmente por parte da defesa, no processo penal — da fiabilidade dos elementos de prova, bem como da legalidade em sua obtenção, a fim de manter a higidez do sistema democrático de persecução penal. Neste mesmo sentido, é precisa a lição de Robert A. Doran:

A cadeia de custódia é um processo usado para manter e documentar a história cronológica das evidências físicas. [...] A modificação dos procedimentos informais de manuseio de evidências das agências policiais pode ser necessária, mas as leis relativas ao manuseio e gerenciamento de evidências devem sempre ser seguidas. Muitas investigações policiais importantes são baseadas principalmente em evidências físicas circunstanciais; portanto, a cadeia de custódia tornou-se um elemento cada vez mais importante na ação penal. Isso garantirá a integridade das evidências e reduzirá as alegações de violação, roubo, plantio e contaminação das evidências.⁶⁷.

A maior preocupação, na realidade, não é propriamente com a boa-fé das agências de persecução no manuseio da prova, mas a viabilidade no exercício do direito de defesa e da fiscalização por parte do judiciário na legalidade dos elementos obtidos⁶⁸.

⁶⁶ Ibid., p. 54.

⁶⁷ DORAN, Robert A. Exploring the links in the chain of custody. In: *Nebraska Association for Property and Evidence (NAPE) Annual Training Conference*, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2xHKl2P>>. Acesso em 10 mar. 2020. Original “The chain of custody is a process used to maintain and document the chronological history of physical evidence. [...] Modification of police agencies informal evidence handling procedures may be necessary, but the laws relating to evidence handling and management must always be followed. Many major police investigations are based primarily upon physical-circumstantial-evidence; therefore, the chain of custody has become an increasingly more important element in prosecuting criminal cases. This will ensure the integrity of the evidence and reduce allegations of tampering, theft, planting and contamination of evidence”.

⁶⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 83.

Aproximando o instituto ao direito pátrio, destaca-se que a discussão acerca da quebra da cadeia de custódia foi inaugurada no Brasil a partir do *Habeas Corpus* n.º 160.662-RJ, em que a defesa alegou o desaparecimento do material obtido por meio da interceptação telemática e de parte dos áudios telefônicos interceptados nas dependências da Polícia Federal, sem que defesa, Ministério Público ou Judiciário os conhecessem ou exercessem qualquer controle ou fiscalização. Assim, a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a tese de nulidade pela quebra da cadeia de custódia, declarando a ilicitude da prova e de outras provas dela derivadas⁶⁹. Desta forma, evidencia-se uma possível ilegalidade das provas obtidas, o que afetaria também as provas derivadas. Atualmente, esta matéria está disciplinada nos arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei n.º 13.964/2019.

A cadeia de custódia das provas tem um papel importante para se evitar a lavagem de provas. O ordenamento brasileiro veda qualquer uso de provas ilícitas, bem como as suas derivadas (art. 5.º, LVI, CR; art. 157, CPP). E, são consideradas ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. No âmbito da colaboração premiada, está disposto expressamente no o § 6.º do art. 3-B da Lei n.º 12.850/2013:

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

[...]

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 160.662, Relatora Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, Brasília, 17 mar. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2ITUsnI>>. Acesso em 10 fev. 2020.

Como se vê, o legislador considera ilícitas as provas obtidas a partir de colaboração premiada não levada a termo. Buscou-se trazer maior segurança jurídica ao indivíduo que busca o órgão de persecução para a propositura do acordo, reforçando a compreensão de que as provas devem ser inutilizadas, para quaisquer fins, nos casos de não celebração. Em outros termos, os casos de lavagem de provas utilizando o procedimento de colaboração premiada, em decorrência da afronta ao dispositivo, bem como em razão da quebra da cadeia de custódia, acabariam por levar à ilicitude de utilização das informações no caso de não celebração do acordo⁷⁰.

Nas disposições processuais relativas à ilicitude das provas, contudo, deve-se ressaltar que não será declarada a nulidade da prova — mesmo que obtida ilicitamente —, quando (i) não evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta ilegal ou inconstitucional e a prova obtida ou (ii) quando a prova derivada da ilícita puder ser obtida por uma fonte independente da prova ilícita.

Com isso, em que pese a lei tenha se esforçado para diminuir a insegurança jurídica ao indivíduo em colaboração com o dispositivo, identificam-se duas situações em que o fenômeno da lavagem de provas na colaboração premiada gera diferentes efeitos sobre a cadeia de custódia e licitude das provas.

A primeira situação é aquela em que a autoridade passa a utilizar as informações obtidas após a negativa do acordo⁷¹. Neste caso, as novas provas “lavadas” — obtidas a partir da negativa do acordo — estarão eivadas de nulidade, com base na regra expressa do § 6.º do art. 3º-B da Lei n.º 12.850/2013, em leitura conjunta com o art. 157 do CPP.

Com o fim de evitar a lavagem nestes casos e melhor identificar a cadeia de custódia, tal trabalho pode restar facilitado caso a defesa tome cautelas como: (i) a inserção de cláusulas ou *safeguards* diretamente

⁷⁰ Neste sentido, ver MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45-47.

⁷¹ Relembra-se a segunda possibilidade de desfecho do caso hipotético apresentado na seção 3, acima.

no pré-acordo ou no acordo, discriminando as provas que não poderão ser utilizadas em seu desfavor; (ii) a documentação dos elementos e informações concedidas; bem como (iii) certificando a devolução dos documentos e informações prestadas⁷².

No entanto, a verificação neste caso é complexa, sendo hercúleo o trabalho defensivo para identificar a eventual lavagem realizada, seja em razão do sigilo imposto às investigações em curso, seja pela ausência do dever de *disclosure* por parte da acusação. Implica este caso uma real situação em que a cadeia de custódia dos novos elementos poderá estar obscura ou dissimulada, entretanto, sem que possa ser efetivamente identificada.

Já a segunda situação consiste no caso em que a autoridade use as informações durante as negociações e só então passe a declinar o acordo. Neste caso, o fenômeno da lavagem se torna ainda mais complexo.

Relembra-se que a palavra do colaborador não é suficiente, por si só, para embasar uma sentença condenatória, além de não autorizar o juízo de admissibilidade positivo da acusação⁷³. Aliás, muitas das informações lançadas pelos colaboradores não vêm acompanhadas de material probatório, seja em razão do dificultado acesso a materiais apreendidos, seja pelo fato de estarem fundadas na própria inaptidão do colaborador para a produção probatória.

Esse déficit implica, necessariamente, a diligência persecutória do órgão acusador ainda durante a negociação. Em outros termos, a colaboração poderá ensejar novas diligências e produção de informações e elementos de prova, algo amparado pelo § 4.º do art. 3.º-B da Lei n.º 12.850/2013⁷⁴. Neste caso, quando as diligências surgem durante as

⁷² MENDONÇA, op. cit., p. 45-47.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.944, Relator Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, Brasília, 6 abr. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/33s-sYPv>>. Acesso em 10 fev. 2020. No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A palavra do colaborador não é suficiente para o recebimento da denúncia. *Conjur*, 04 de junho de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2xSP0PP>>. Acesso em 12 mar. 2020.

⁷⁴ Ver MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 31.

negociações, embora exista eventual lavagem de provas — ainda que premeditada e em claro desfavor do pretense colaborador —, parece inexistir afronta direta ao § 6.º do art. 3.º-B da Lei 12.850/2013 ou necessária violação da cadeia de custódia da prova, dada a autorização e o incentivo legal de investigação concomitante.

Pelo exposto, observa-se a possibilidade de existir lavagem de provas sem que dela resulte, necessariamente, nulidade ou ilicitude das novas provas obtidas. E, mesmo havendo a nulidade, resta praticamente impossível sua demonstração em casos concretos⁷⁵.

Nota-se, portanto, que a lavagem de provas tem o condão de criar situações notavelmente desfavoráveis e de grande insegurança jurídica aos pretensos colaboradores, como (provavelmente) ocorrido no MS/SP n.º 35.693 e, seguramente ocorrido na terceira opção do caso hipotético proposto na seção 3, acima. Diante da problemática exposta, é que se buscam possíveis soluções para o fenômeno.

5. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A LAVAGEM DE PROVAS: O USO DE LIÇÕES TRAZIDAS PELO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE

Pode-se dizer que o acordo de leniência é, sistematicamente, equiparável à colaboração premiada⁷⁶, ao menos para os fins deste estudo. Desta forma, muito do que se discorreu acerca da lavagem de provas na colaboração premiada pode ser, *mutatis mutandis*, aplicável à experiência negocial dos acordos de leniências. Tratando-se o programa de leniência do CADE a mais antiga iniciativa brasileira (institucionalizada) de justiça negocial, este constitui importante parâmetro concreto para estudo, devido às suas duas décadas de amadurecimento, motivo pelo qual toma-se o modelo do CADE por base para análise.

Inicialmente, deve-se destacar que a instituição de programas de leniência teve início na autoridade antitruste norte-americana, o

⁷⁵ Vale a ressalva de que, se tratando de fenômeno complexo, não se objetiva uma resposta genérica e objetiva para todos os casos. Deve-se necessariamente analisar e averiguar eventual ilicitude a cada caso.

⁷⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Lavagem de Dinheiro*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 94.

Department of Justice (DOJ), que, em 1978, instituiu o primeiro programa de leniência no mundo. Em que pese o projeto inicial não ter trazido muitos frutos — até meados da década de 1990, a média era inferior a um acordo por ano e nenhum dos acordos auxiliou na descoberta de cartéis —, o novo modelo acabou por ser redesenhado em 1993, trazendo maiores possibilidades e aumentando a segurança jurídica para as entidades privadas⁷⁷. Com as alterações no procedimento, diversos cartéis foram descobertos, devidamente processados e condenados. Enormes quantidades de multas foram aplicadas⁷⁸, resultando em diversas condenações criminais que, por sua vez, levaram grandes executivos a cumprir penas de prisão⁷⁹.

Diante dos resultados positivos da experiência americana, países como Austrália, Canadá, França, Alemanha, Nova Zelândia, Reino Unido, e Suécia, bem como o bloco denominado União Europeia, introduziram programas análogos em suas agências⁸⁰. Seguindo a denominada “*leniency revolution*”⁸¹, o Brasil também instituiu o seu próprio programa em 2000⁸², com o primeiro acordo sendo celebrado em 2003, e, a partir deste, outros 101 tendo sido celebrados até o ano de 2020⁸³.

Em estudo acerca do tema, Marcos Paulo Verissimo indica que os programas de leniência — em especial dos EUA e da União Europeia⁸⁴ — só

⁷⁷ HAMMOND, Scott d. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Disponível em: <<https://bit.ly/2U1mfJa>>. Acesso em 10 de fev. 2020.

⁷⁸ Apenas na década de 1990 estima-se que foram aplicados ao todo 1,6 bilhões de dólares em multas, superando os 188 milhões de dólares na década de 1980, e 48 milhões da década de 1970. *Ibid.*, p. 6.

⁷⁹ Segundo os dados do DOJ, 37 condenações por ano durante a década de 1990, com o aumento significativo da média durante a década de 2000, com a média chegando a 62 condenações por ano. *Ibid.*, p. 9.

⁸⁰ SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*. Disponível em: <<https://bit.ly/33vlHyw>>. Acesso em 10 fev. 2020.

⁸¹ *Ibid.*, p. 7.

⁸² MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. Singular: São Paulo, 2013. p. 258.

⁸³ CADE. *Estatísticas do Programa de Leniência do Cade*. Disponível em: <<https://bit.ly/2x69Lag>>. Acesso em 02. fev. 2020.

⁸⁴ Cf. PRADO FILHO, José Inácio F. de Almeida; Bruna Sellin (Org.). *Acordos e políticas de leniência: contribuição para o diálogo e a harmonização*. São Paulo: Singular, 2020. p. 79-99.

passaram a obter tal sucesso quando passaram a conferir aos colaboradores (i) transparência, (ii) segurança jurídica, (iii) certeza do resultado do processo e (iv) critérios objetivos de concessão da leniência⁸⁵. Estas lições foram especialmente compreendidas na autoridade antitruste brasileira, sendo várias as medidas tomadas em favor de desenvolver, propriamente, um programa de leniência.

Resgatando a problemática do trabalho, verifica-se que são duas as principais características que tornam a lavagem de provas um fenômeno latente durante as negociações dos acordos de colaboração premiada: (i) a autoridade que negocia o acordo é a mesma que investiga e processa criminalmente, como já mencionado, e (ii) o fato de inexistir clareza acerca da gestão da prova, que também se reflete na ausência de um “programa” — ou diretriz — claro de colaboração premiada nos órgãos de acusação. Para estes problemas, que têm o potencial de gerar grande insegurança jurídica aos pretensos colaboradores, é que o programa de leniência do CADE possui interessantes soluções, as quais se pretende explorar.

No CADE, embora a autoridade responsável pela investigação, negociação e assinatura de acordos de leniência seja o Superintendente-Geral⁸⁶, a experiência e a consolidação do programa ao longo de duas décadas resultaram na disposição separada entre setores investigativos e negociantes. Esta cisão tem como objetivo resguardar as diferentes atribuições da superintendência e promover a adequada gestão probatória e de informações sensíveis compartilhadas pelo leniente⁸⁷, criando uma “chinese wall” dentro do órgão. Isto é, existe uma unidade especialmente

⁸⁵ VERISSIMO, Marcos Paulo. Acordos de leniência: a experiência nacional e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa. (Org.). *Corrupção: ensaios sobre a operação lava jato*. São Paulo: Marical Pons, 2019. p. 143.

⁸⁶ Cf. ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77.

⁸⁷ Destaca-se que a Superintendência-Geral (SG) foi estruturada a partir da divisão em duas Superintendências Adjuntas: com a Superintendência-Geral Adjunta 1 (SGA-1) sendo responsável por controle de cartéis e a Superintendência-Geral Adjunta 2 (SGA-2) responsável por Atos de Concentração e Unilaterais, cada uma contando com suas próprias coordenações gerais para triagem e correta instrução, investigação e tramitação dos casos. Entretanto,

dedicada à negociação dos acordos de leniência que não abarca os servidores públicos responsáveis por conduzir as investigações do órgão⁸⁸. Desta forma, não se compromete a capacidade defensiva do proponente frente ao próprio CADE — que confessa a prática anticoncorrencial —, no caso de recusa no acordo, bem como diante outras esferas, sejam administrativas ou judiciais.

De todo modo, em que pese exista cognição por parte do Superintendente-Geral, a correta gestão de provas e a segurança do não compartilhamento de informações sensíveis são temas centrais dentro do programa de leniência do CADE. Essa questão como um todo tomou tamanha importância para o programa que foi editada a Resolução n.º 21/2018⁸⁹ pelo Tribunal do CADE. Tais disposições foram elaboradas buscando, sempre em respeito à Lei de Acesso à Informação, resguardar documentos sensíveis do domínio público⁹⁰.

o departamento de acordos de leniência não compõe a estrutura das SGAs, ficando sob o manto do gabinete da SG, funcionando de maneira autônoma.

⁸⁸ MARTINEZ, Ana Paula. Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do CADE. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 37.

⁸⁹ CADE. *Resolução nº 21 de 12 de setembro de 2018*. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 12, set 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3a5giAo>>. Acesso em 10 mar. 2020.

⁹⁰ Estão previstos no art. 2.º da Resolução: (a) o histórico de Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II, da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II, da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de

Essas simples diligências do CADE seguem as antigas lições dos programas de leniência americano e europeu, que precisaram trabalhar e realizar reformas a fim de estabelecer e pacificar os pontos de insegurança jurídica. Nesse sentido, a Resolução busca pacificar e esclarecer que, a depender da forma pela qual o acordo é negociado e a forma de tratamento e gestão da prova, a autoridade negociante pode auxiliar e promover segurança jurídica a seus colaboradores, recebendo em troca um auxílio do envolvido nas suas capacidades investigativas. Isso, naturalmente, fortalece e promove o institucional programa de leniência da autoridade.

Conforme o disposto, nota-se que o programa de leniência do CADE já apresenta sinais de amadurecimento, com o incremento de adeptos à sua política premial. Embora muitas das questões relacionadas à gestão da prova e do sigilo dentro do órgão já estejam pacificadas, a manutenção da segurança jurídica no âmbito do programa de leniência do CADE também passa pela via da promoção da “advocacia da concorrência”⁹¹ — *i.e.*, a contínua difusão dos valores da concorrência que, no caso, também englobam a conscientização da lesividade de ações que busquem a devassa probatória e de informações sensíveis como fatores de desestímulo e contrários à política empregada pelo órgão.

Sugere-se que estas três medidas adotadas no âmbito dos acordos de leniência do CASO sejam espelhadas em matéria criminal, incluindo eventuais reestruturações internas e até mesmo políticas — em sentido amplo — dentro dos órgãos negociantes, especialmente o Ministério Público. Explica-se.

Leniência e de TCC do Cade; e (b) outros documentos e/ou informações de caráter sigiloso.

⁹¹ O termo advém do inglês “*competition advocacy*” e, segundo Eduardo Jordão, é utilizado para se referir às ações empreendidas (em geral) pelas entidades da defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial. Tem como objetivo difundir na sociedade civil os valores relacionados à competitividade e persuadir entidades governamentais a atuar de modo amigável aos princípios da concorrência e a evitar medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas. JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 24. 2009. p. 127-154. O termo é empregado, atualmente, na denominação dada à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – Seprac, vinculada ao Ministério da Economia.

Para a primeira problemática — de unicidade entre autoridade negociante⁹² e autoridade investigativa-persecutória — a exemplo do que faz o CADE, poderia ser bastante produtivo e resultar em maior segurança jurídica às defesas em colaboração, se houvesse um órgão central de colaboração nos Ministérios Públicos. Tais autoridades centrais poderiam negociar — sempre em auxílio do promotor natural — evitando que as informações sensíveis obtidas na negociação ficassem sob a custódia única do membro natural, antes da homologação do acordo, desestimulando a eventual prática de lavagem de provas. Tal medida, aliada à identificação de elementos, provas, datas e cláusulas no pré-acordo garantiriam a cadeia de custódia da prova e maior higidez no procedimento. Desse modo, promover-se-ia a institucionalidade na tratativa do acordo, isto é, a relação entre indivíduo e Estado — em detrimento de uma eventual e (indesejada) personalização entre o membro responsável com as partes.

Neste ponto, interessante trazer uma segunda lição do CADE: existe um programa claro de leniência, com diretrizes, transparência e garantias⁹³. A colaboração premiada, enquanto instituto, também poderia assim ser tratada dentro do Ministério Público ou, ao menos, efetivamente regulamentada. Isto é, seria de grande utilidade a preocupação com um tratamento uniforme, contando com guias, modelos, diretrizes e normas de boas práticas dentro das negociações dos acordos, somado a programas como o de proteção a testemunhas. Não obstante, seria de interesse criar um mecanismo de revisão e pacificação de entendimento acerca do tema, tal qual existente nas Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, replicado aos demais órgãos negociantes. Em suma, efetivamente, algo pensado de modo a constituir um ambiente institucional de justiça negocial.

Por fim, e como última lição trazida da experiência junto ao CADE: ao lado das medidas já apontadas, deve-se promover nos órgãos

⁹² Ressalva-se o entendimento de que, na justiça penal negocial, deve o Ministério Público atuar mais como *parte* em negociação e menos como autoridade, que se coloca frente ao imputado para a concessão de alguma espécie de benefício. Nesse sentido, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner; ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021.

⁹³ Cf. CADE. *Programa de Leniência*. Disponível em: <<https://bit.ly/3jRiN0J>>. Acesso em 06. set. 2021.

negociantes da colaboração premiada uma filosofia equivalente à da “advocacia da concorrência”, existente nos órgãos negociantes do CADE. Destacam-se entre os pilares que promoveram o sucesso nos programas de leniência: o reforço de boas práticas, a institucionalização, a correta gestão de provas e a conscientização das partes acerca dos benefícios da negociação. Semelhante filosofia no âmbito da colaboração premiada poderá contribuir não apenas para a promoção de segurança jurídica e maior confiabilidade e transparência nos órgãos de acusação, como, conseqüentemente, em mais e melhores acordos celebrados.

6. CONCLUSÕES

A colaboração premiada é um instituto que se mostra indispensável ao desbaratamento da nova criminalidade organizada e que tem demonstrado resultados extremamente positivos para a sociedade. Sua natureza jurídica, como um fenômeno complexo, implica a leitura de que é um meio de obtenção de prova, um negócio jurídico processual e um mecanismo legítimo de defesa do imputado.

Passou-se à discussão acerca do fenômeno da lavagem de provas, conceituando-o como a ocultação ou dissimulação da origem da informação — de regra inutilizável no processo — como fonte de novos meios de prova. Identificou-se que o momento propício para a ocorrência da lavagem é a fase de negociação de um acordo de colaboração premiada.

A partir de um caso hipotético, vislumbraram-se ao menos três medidas durante as negociações a serem tomadas pela autoridade negociante (MP), as quais podem levar a diferentes situações jurídicas, dentre elas, a ocorrência da lavagem de provas.

A primeira delas e mais simples, é quando o órgão acusador apenas encerra a negociação e não utiliza as provas apresentadas, razão pela qual não há qualquer movimento de lavagem de provas ou de ilicitude por parte da acusação, apenas se constituindo a aquisição de elementos informativos por parte da autoridade negociante – o que é natural, a partir da entrega e do conhecimento de materiais.

A segunda ocorre quando a acusação encerra as tratativas e se utiliza das informações que obteve confidencialmente, ainda que sem acesso aos materiais. Neste caso, concluiu-se que se configura uma

autêntica lavagem de provas, e com uma consequente quebra na cadeia de custódia, de modo que as informações obtidas por este meio são ilícitas.

E, por fim, em uma terceira hipótese, quando a autoridade, durante as negociações, utiliza-se dos materiais apresentados e obtém elementos equivalentes de forma cruzada ou de maneira independente, e, somente ao final das investigações e averiguações acaba por declinar do acordo de colaboração. Nesta última hipótese, concluiu-se que há a lavagem de provas, no entanto, não é uma situação em que há nulidade ou ilegalidade das provas obtidas a partir dos documentos entregues pelo colaborador, uma vez que a colaboração admite a investigação complementar nesta fase nos termos dos § 4.º do art. 3.º-B da Lei n.º 12.850 de 2013.

Assim, diante dessa última possibilidade, é que se passou a discutir uma possível forma de combate a esta conduta por parte da acusação, destacando a importância de assegurar ao colaborador que sua pretensa colaboração, ainda que na fase de negociação, seja efetivamente levada em seu favor. Neste contexto, utilizou-se como modelo o programa de leniência instituído pelo CADE, aproveitando-se de suas características e diligências para a correta gestão da prova, de forma a evitar devassas e investigações baseadas única e exclusivamente na quebra da boa-fé negocial, especialmente destacando-se a divisão interna entre o departamento de leniência e os de investigação e apuração de infrações.

Seguindo as lições do programa, como forma de evitar ou minimizar os nefastos efeitos da lavagem de provas, sugere-se o uso de três lições do programa de leniência antitruste a serem aplicados na colaboração premiada: (i) criação de uma autoridade central responsável pela negociação de acordos de colaboração premiada, em auxílio ao promotor natural; (ii) criação de um “programa” de colaboração premiada ou, ao menos, sua regulamentação em âmbito interno; e (iii) promoção e difusão dos valores e boas práticas dentro das negociações e acordos de colaboração premiada, tal qual realizado no antitruste com a “advocacia da concorrência”.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração Premiada: perspectiva de direito comparado*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa. (Org.). *Corrupção: ensaios sobre a operação lava jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ARAS, Vladimir. “*Enganei o juiz e me dei bem*”. Disponível em: <<https://bit.ly/38wGbtN>>. Acesso em 01 set. 2021.

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2013.

BITTAR, Walter B. *Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A palavra do colaborador não é suficiente para o recebimento da denúncia. *Conjur*, 04 de junho de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2xSP0PP>>. Acesso em 12 mar. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017.

CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada. A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça*. Curitiba: Juruá, 2017.

DORAN, Robert A. Exploring the links in the chain of custody. In: Nebraska Association for Property and Evidence (NAPE) Annual Training Conference, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2xHKl2P>>. Acesso em em 10 mar. 2020.

DRESSLER, Joshua; THOMAS III, George C. *Criminal Procedure: prosecuting crime*. 6.ed. Minnesota: West Academic Publishing, 2017.

ENCLA. *Manual de Colaboração Premiada. Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e à Lavagem de Dinheiro*. Jan. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3a1bQ5X>>. Acesso em 19 fev. 2020.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 126-127.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Bel Horizonte: Del Rey, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: Teoria e Prática*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021.

PEREIRA, Frederico Valdez. Eficácia da colaboração premiada e controle judicial. Homologação e sentenciamento. In: GEBRAN NETO, João Pedro (Org.). *Colaboração premiada: perspectivas teóricas e práticas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.

PEREIRA, Gustavo Alberine. *Investigação defensiva no Brasil: limites e possibilidades no processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/38ynA0s>>. Acesso em 01. set. 2021.

HAMMOND, Scott d. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Disponível em: <<https://bit.ly/2U1mfJa>>. Acesso em 10 de fev. 2020.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 24. 2009.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. Singular: São Paulo, 2013. p. 258.

MENDRONI, Marcelo Blatouni. *Lavagem de Dinheiro*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 94.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. *Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Emodara, 2018.

OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. *A colaboração premiada como legítimo instrumento de defesa na seara do Direito Penal Econômico*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2016.

PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (Coord). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Frederico V. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2019.

POMPEU, Ana. MP não é obrigado a formalizar acordo de delação, decide 2ª Turma do STF. *Consultor Jurídico*. 28 mai. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ujlb2k>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2020.

PRADO FILHO, José Inácio F. de Almeida; Bruna Sellin (Org.). *Acordos e políticas de leniência: contribuição para o diálogo e a harmonização*. São Paulo: Singular, 2020.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação Criminal Direta pela Defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019.

SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*. Disponível em:<<https://bit.ly/33vHYw>>. Acesso em 10 fev. 2020.

TROTT, Stephen S. Uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sérgio Fernando Moro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2018.

YARSHEL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. *ConJur*, 9 jan. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3v8QBKs>>. Acesso em 9 mar. 2021.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): the authors confirm there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Guilherme Brenner Lucchesi:* methodology, writing – validation, review and editing, final version approval.
- *Lucas Gandolfi Vida:* conceptualization, data curation, investigation, writing – original draft, final version approval.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third-party plagiarism or self-plagiarism.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ Recebido em: 24/03/2021 ▪ Controle preliminar e verificação de plágio: 04/04/2021 ▪ Avaliação 1: 22/04/2021 ▪ Avaliação 2: 06/05/2021 ▪ Decisão editorial preliminar: 17/08/2021 ▪ Retorno rodada de correções 1: 15/09/2021 ▪ Decisão editorial preliminar 2: 01/10/2021 ▪ Retorno rodada de correções 2: 01/10/2021 ▪ Decisão editorial final: 01/10/2021 | <p>Equipe editorial envolvida</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Editor-chefe: 1 (VGV) ▪ Editor-assistente: 1 (FDL) ▪ Revisores: 2 |
|---|--|

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

LUCCHESI, Guilherme B.; VIDA, Lucas G. Perspectivas quanto à lavagem de provas na colaboração premiada: proposta para controle de abuso processual. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2203-2243, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.542>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


“Nas águas turvas do penal”: os fatos e a prova nos processos de responsabilização em casos de letalidade policial


“In the cloudy waters of the criminal law”: the facts and the evidence in the prosecution in cases of police lethality

Poliana da Silva Ferreira¹

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, Brasil

polianasferreira@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0468392946703207>

 <http://orcid.org/0000-0002-1166-7172>

RESUMO: Este artigo tem por objetivo complexificar a leitura sobre a prova nos processos de responsabilização jurídica oriundos de abordagens policiais com resultado morte. Essencialmente, busca-se organizar a literatura sobre o tema e reler os dados produzidos em estudos de caso, anteriormente desenvolvidos pela autora. A análise das recentes pesquisas sobre a letalidade policial, a leitura sistemática de documentos públicos e outros insumos dos estudos de caso permitem lançar luz sobre três dimensões da prova na responsabilização de agentes de segurança pública implicados na morte de civis: a incerteza, a recursividade e a dialeticidade, categorias construídas a partir dos trabalhos de Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove (1998), a respeito da opacidade do direito penal e que, neste artigo, viabilizam uma compreensão dos nós que tem impossibilitado a responsabilização da *polícia que mata*.

PALAVRAS-CHAVE: letalidade policial; processo penal; prova; “autos de resistência”; impunidade.

¹ Mestre e Doutoranda em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, Processo n. 2019/24756-3 FAPESP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade do Estado da Bahia e do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV. Diretora da Plataforma Justa. Conselheira Fiscal da Rede de Estudos Empíricos em Direito- REED (2019-2021).

ABSTRACT: *This article aims to complex the reading about the evidence in the processes of legal accountability arising from police approaches resulting in death. Essentially, we seek to organize the literature on the subject and reread the data produced in case studies, previously developed by the author. The analysis of recent research on police lethality, the systematic reading of public documents and other insums of case studies allow shedding light on three dimensions of evidence in the accountability of public security agents involved in the death of civilians: uncertainty, recursion and dialecticity, categories constructed from the works of Françoise Tulken and Michel Van De Kerchove (1998), regarding the opacity of criminal law and that, in this article, enable an understanding of the nodes that has made it impossible to hold the police that kill.*

KEYWORDS: *police lethality; criminal proceedings; proof; “autos de resistência”; Impunity.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Um olhar para a superfície: reconstruindo os elos entre a letalidade policial, a impunidade e o funcionamento da justiça criminal. 2. O mergulho necessário: percorrendo os elos entre os fatos e os desfechos quando a polícia mata. 2.1. A prova; 2.2. Da opacidade do penal às ambiguidades do papel da prova. 3. Os atributos da prova quando a polícia mata ao longo do fluxo processual. 3.1. A incerteza intrínseca (e institucionalizada) sobre os fatos. 3.2. As hierarquias veladas. 3.3. Falsa dualidade incontornável. Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Este texto tem a finalidade de abordar a maneira segundo a qual desfechos absolutórios são construídos em casos de homicídios dolosos praticados por policiais militares, diante de um cenário onde movimentos sociais, ativistas antirracismo e pesquisadores/as, recorrentemente, apontam para a ausência de responsabilização de policiais envolvidos em abordagens policiais com resultado morte, no Brasil.

Absoluções sistemáticas, arquivamentos de inquéritos policiais, lavraturas dos antigos “autos de resistência”, são alguns dos mecanismos lembrados pelos atores sociais acima referidos para

materializar a ausência de punição para policiais que, eventualmente, mataram em serviço.

A impunidade, um dos mais antigos e recorrentes problemas do funcionamento do sistema de justiça, identificado por pesquisadores/as das ciências sociais e jurídicas, permanece no centro do debate público, não só quando a polícia mata. A impunidade consiste na incapacidade ou ineficiência do sistema de justiça criminal em punir, ou ainda, “[n]a desistência sistemática de aplicação de punição para quaisquer crimes, pouco importando sua natureza ou gravidade” (ADORNO, 2007, p. 132).

Estudos de fluxo de processamento criminal, publicados no Brasil desde 1988, apontam para o chamado “efeito funil” na apuração e responsabilização dos crimes, isto é,

apenas uma parcela dos indiciados e implicados em crimes e contravenções chega ao último estágio de processamento da justiça criminal, e uma proporção ainda menor é finalmente sentenciada a penas privativas de liberdade” (RIBEIRO, 2009, p. 18).

Não é demais lembrar que o efeito funil não se revela para todos os crimes, tampouco em relação a todo e qualquer acusado. Estudos recentes apontam, por exemplo, que réus negros capturados em suposto flagrante de tráfico de drogas pouco experimentam o efeito funil na justiça criminal (BOITEUX, 2009; CARDOSO; RAMOS, 2020).

Um estudo ecológico realizado por Felipe Souza e Nery Paulo Nadanovsky (2020), no qual dois índices de impunidade foram calculados a partir do número total de homicídios, apontou que, entre 2009 e 2014, todos os estados brasileiros apresentaram altos índices de impunidade. Entre as causas identificadas, são referidas de maneira frequente nas pesquisas sobre o tema, o aumento da criminalidade, a complexidade das investigações, a “morosidade da justiça” (ADORNO; PASINATO, 2007; VARGAS, 2008), além do baixo aproveitamento de dados nas relações interinstitucionais (FERRAZ, 2019). Outras possíveis causas, podem ser listadas, como a descrença da vítima no sistema, a falta de estrutura material e humana da polícia, a falta de preparo técnico e seletividade do sistema penal, o medo das testemunhas, a prescrição, dentre outras (GOMES, 2001).

Do ponto de vista estritamente jurídico, é imperioso ressaltar que a impunidade ocorre em hipóteses de não-aplicação de uma pena a alguém formalmente condenado por praticar conduta ilícita, após a ocorrência de todos os procedimentos previstos na lei, em razão de diversos fatores. Portanto, “[s]e o fato passa por todas as instâncias previstas e procedimentos previamente estabelecidos (pelos códigos do direito/não direito), (...) eventual absolvição não pode ser considerada um caso de impunidade” (MACHADO, 2006).

Ao lado da impunidade, o fenômeno do encarceramento em massa e da letalidade policial constituem desafios e limites à consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil. O que significa dizer que, mesmo apurando e responsabilizando menos do que poderia, o país segue com altas taxas de aprisionamento², e com o emprego do uso da força letal fora de controle.

Mortes oriundas de abordagens policiais com resultado morte corresponderam a 12,8% do total de mortes violentas intencionais no país, considerando homicídios dolosos, latrocínio e lesão corporal seguida de morte, em 2020, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021). Um percentual expressivo, que revela a face quantitativa do problema. Em 2020 foram 1.989 e em 2019, as mortes decorrentes de intervenção policial chegaram a 2.130. Num retrospecto recente, nota-se a persistência do problema: entre os anos de 2009 e 2016, um total de 21.892 pessoas perderam suas vidas em ações policiais (FBSP, 2017).

Entre as vítimas os “jovens-homens-negros”³ constituem as vítimas preferenciais, conforme apontado na literatura nacional (CANO, 1999, 2014; FLAUZINA, 2006; ALVES, 2011; SINHORETTO ET AL., 2014), traço que sinaliza um dos efeitos da filtragem racial na atuação policial (BARROS, 2008; DUARTE ET AL. 2014).

² Segundo os dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020), em 1990, o país tinha 61 presos por 100 mil habitantes, nos anos 2000 passou para 137, ou seja, mais que dobrou, e em 2010 alcançou 260 presos por 100 mil habitantes. Em 2019, a população prisional chegou a 359 presos por 100 mil habitantes.

³ Expressão utilizada por Vilma Reis (2005), socióloga e ativista baiana, ao lançar luz sobre a dimensão racial, geracional e de gênero da violência estatal nos bairros periféricos de Salvador.

Diante dos estudos sobre a responsabilização da polícia que mata, o presente artigo busca complexificar a leitura sobre a prova nos processos de responsabilização oriundos de abordagens policiais com resultado morte. Para tanto, explora-se a literatura brasileira sobre o tema, a leitura sistemática de documentos públicos e propõe-se uma releitura dos dados produzidos em estudos de caso, anteriormente desenvolvidos pela autora. Parte-se da hipótese segundo a qual a prova, sua valoração e a atuação dos agentes incumbidos de fazê-la, especificamente nos processos de responsabilização de homicídios dolosos praticados por policiais militares contra cidadãos, são fatores cruciais na determinação de desfechos não-responsabilizantes. Para aperfeiçoá-la, percorre-se os estudos já publicados sobre o tema, notadamente, no campo do Direito e das Ciências Sociais, e os insumos empíricos de estudos de caso. A análise do referido material é desenvolvida por meio dos aportes teóricos de Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove (1998), quando estes tratam da opacidade do direito penal, em contexto europeu.

Assim, este texto está dividido em três partes. Na primeira, revisita-se os resultados de pesquisas publicadas entre 1990 e 2020, apresentando-se os frutos de incursões na literatura brasileira, empreendidas no âmbito do projeto no qual este texto está circunscrito⁴. Na segunda parte, dialoga-se com a literatura especializada na produção processual da prova criminal. O objetivo da referida seção é apresentar e detalhar a hipótese já mencionada nesta introdução.

Por fim, na terceira parte, serão trabalhadas as três dimensões da prova na responsabilização de agentes de segurança pública implicados na morte de civis, identificadas a partir do arranjo teórico oferecido por Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove, juristas belgas que, ao se perguntarem “de onde vem a imprecisão do direito penal?⁵”, fornecem linhas de compreensão úteis à nossa questão.

⁴ Projeto de doutorado: As justificativas para (não)responsabilizar a polícia que mata: olhares, discursos e representações de atores jurídico-processuais, em execução junto a Fundação de Amparo à Pesquisa do estado de São Paulo.

⁵ Tradução livre para: “D’où viennent les flous du droit pénal?”

Espera-se que os esforços empreendidos neste artigo contribuam para uma melhor apreensão dos desafios que se colocam ao Estado Democrático de Direito diante dos direitos e garantias individuais e coletivos, por um lado, e para a sua própria manutenção, por outro. Além de alimentar, dogmáticamente, o conhecimento jurídico a respeito da responsabilização da polícia que mata.

1. UM OLHAR PARA A SUPERFÍCIE: RECONSTRUINDO OS ELLOS ENTRE A LETALIDADE POLICIAL, A IMPUNIDADE E O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA CRIMINAL

A atuação do poder judiciário diante de abordagens policiais com resultado morte tem sido objeto de estudos desde o final do século XX e se intensificado desde então no Brasil. Trabalhos como os de Sérgio Verani (1996) e de Cristina Neme (1999) são apontados pela literatura como precursores nos estudos sobre a relação entre uso excessivo da força pela polícia e atuação do poder judiciário. Para Sérgio Verani (1996), por exemplo, haveria uma integração harmônica entre o “aparelho repressivo-policial” e o “aparelho ideológico-jurídico” na operacionalização da legislação nos casos de mortes praticadas por policiais. Cristina Neme (1999), por sua vez, sustentou que a atuação da justiça militar estadual na apuração de homicídios dolosos contra civis praticados por policiais constituiu por muitos anos um dos mecanismos limitadores do controle da polícia, constatação feita em sua pesquisa sobre a instituição policial na ordem democrática.

Na década seguinte, nova pesquisa apontava para a ausência de responsabilização de policiais implicados em abordagens com resultado morte: “não foi encontrado um único caso em que um policial militar fosse condenado pelas mortes e ferimentos a civis, nem sequer quando existiam fortes indícios de execução como disparos à queima-roupa” (CANO; FRAGOSO, 2000, p. 231). Conclusão a que chegavam os pesquisadores Ignacio Cano e José Carlos Fragoso (2000), em pesquisa sobre a apuração de mortes praticadas pela polícia do Rio de Janeiro, entre 1993 e 1996, quando os referidos autores investigaram a atuação da Justiça Militar e indicaram que estruturas procedimentais podem favorecer a “impunidade” dos réus nesse tipo de ocorrência.

Outros estudos publicados na primeira década dos anos 2000 (HOWLETT, 2000; AGUIAR, 2005; ADORNO; PASINATO, 2010) corroboram a sustentação da hipótese segundo a qual a justiça criminal funcionaria como uma “válvula de escape” (FERREIRA, 2019, p. 146), isto é, um instrumento que alivia momentaneamente eventuais pressões populares pela punição de policiais envolvidos em casos de violência letal, notadamente, aqueles amplamente midiaticizados (FERREIRA, 2017), mas que, passado o frenesi inicial, com sua estrutura processual, é capaz de reorientar desfechos e produzir não-responsabilização como resposta plausível.

Neste sentido, “há um *esprit de corps* entre os operadores de Direito atuantes, tanto na Justiça Comum, quanto na Justiça Militar” (SUDBRACK, 2008, p. 124), afirma Aline Sudbrack, em estudo comparativo sobre as respostas da justiça militar e da justiça comum (júri) aos casos de violência policial letal, em Porto Alegre. Os recorrentes arquivamentos de inquéritos investigativos de mortes oriundas de intervenções policiais e até mesmo as absolvições revelam parte dos desafios à responsabilização dos agentes na justiça criminal também na região sul do país:

Proporcionalmente a Justiça Militar, até o ano de 1996, condenava mais os réus PMs do que a Justiça Comum. Não obstante, se analisarmos mais detidamente os processos existentes nesta Justiça (Militar), veremos que o maior número de condenações seria apenas relativo, levando em conta que os réus condenados são praças, na quase unanimidade dos casos (SUDBRACK, 2008, p. 225).

Como se vê, a persistente ausência de responsabilização se manteve no transcorrer dos anos em meio ao amadurecimento das instituições democráticas na nova ordem constitucional e de tensões que marcaram avanços e retrocessos no que concerne à matéria. Lembra-se por exemplo das inclusões e retiradas de conteúdos referentes a direitos humanos nos currículos dos cursos de formação de novos soldados da PM (NEME, 1999; SINHORETTO et al., 2014) e de temas afetos a desigualdades estruturais, como foi o caso da inclusão da disciplina “Ações Afirmativas e igualdade racial”, matéria incorporada à formação dos novos PMs de São Paulo em 2004 após repercussão e mobilização pública contra a abordagem policial que terminou na morte de um dentista negro em São Paulo, como bem lembrou Letícia Simões Gomes (2018).

Neste contexto, a criação das Ouvidorias de Polícia, no final da década de 1990, em São Paulo, Rio de Janeiro e no Pará, também constituíram importante avanço (COMPARATO, 2005) após episódios de atuações policiais que se tornaram emblemáticos pelas circunstâncias que dificultavam a defesa das vítimas e pelo número de civis mortos.

Logo, embora tenha havido importantes avanços no que concerne aos processos de formação de novos policiais militares, à fiscalização da polícia e da alteração da instância de julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares, fruto das mobilizações populares, o fato é que, até a segunda década do século XXI, não havia ocorrido rupturas reais de “estruturas que historicamente inviabilizaram a democratização da instituição policial” (NEME, 1999, p. 94)⁶, e das próprias instituições jurídicas (ZAFFALON, 2018), o que, consequentemente, pode implicar na continuidade da violência policial e da impunidade, como elementos constantes e tolerados pela sociedade civil e pelo Estado.

Já na década seguinte, a partir de 2010, o amadurecimento e o fortalecimento de mecanismos de controle e fiscalização dos atos estatais – o que inclui as instituições policiais –, especificamente nos governos Lula e Dilma com a publicação de normativas que buscavam ampliar a transparência na prestação do serviço público, contribuíram para uma relativa abertura das instituições da administração pública e do sistema de justiça para a produção e divulgação de dados públicos em geral, e especificamente, sobre segurança pública (FERREIRA, 2020). As alterações normativas e institucionais daquele contexto, repercutiram na produção de pesquisas sobre o tema, notadamente intensificando a diversificação dos objetos e das fontes de coleta de dados, o que para o campo do direito, significou também novas formas de produção e de qualificação do saber jurídico.

Em 2011, Michel Misse e sua equipe, preocupados especialmente com a performance do sistema criminal, buscaram compreender “sob uma perspectiva sociológica, como são realizados os procedimentos apuratórios e o julgamento de casos chamados de “autos de resistência”, na cidade do Rio de Janeiro. Concluíram que há uma tendência

⁶ Publicado no final do ano de 1999, o trabalho de Cristina Neme torna-se uma referência a partir dos anos 2000.

para o arquivamento dos inquéritos e dos processos instaurados para a apuração dos casos registrados sob esta rubrica, “prevalecendo a narrativa inicial apresentada pelos policiais comunicantes da ocorrência” (2011, p. 11).

Mais tarde, em 2015, Orlando Zaccone dedicou-se à investigação da atuação do Ministério Público do Rio de Janeiro. O autor analisou mais de 300 procedimentos com pedidos de arquivamento realizados pelo Ministério Público em inquéritos de homicídios provenientes de autos de resistência entre 2003 e 2009. Lançando luz sobre a atuação de outras instituições do sistema penal, Zaccone conclui que “a forma jurídica da letalidade estatal pode ser tão violenta quanto um disparo de fuzil” (ZACCONE, 2015, p. 31), indicando que além dos policiais implicados diretamente nas ocorrências, a operacionalização do direito, por outros atores, a exemplo do Ministério Público, contribui ativamente para a legitimação jurídica daquelas mortes, afinal, segundo o autor, “a polícia mata, mas não mata sozinha” (ZACCONE, 2015, p. 23).

Ainda em 2015, Maíra Machado e Marta Machado publicaram estudo sobre a responsabilização dos agentes públicos implicados no massacre do Carandiru, episódio da história de São Paulo marcado pela intervenção de policiais militares na contenção de suposta rebelião na Casa de Detenção de São Paulo, em 1992. A chacina resultou em 111 mortos e permitiu a explicitação da maneira segundo a qual “as instituições do sistema de justiça brasileiro reagiram a um episódio de grave violação de direitos humanos ocorrido no período de nossa transição à democracia” (MACHADO, 2015, p. 19). A partir destes fatos, que pareciam estar reservados no passado, as juristas buscaram “avaliar o estado atual de demandas civis e administrativas relativas ao chamado Massacre do Carandiru” (MACHADO; MACHADO; FERREIRA, 2014) e apontaram como o quadro de invisibilização das vítimas e da própria chacina foi se agravando no decorrer dos anos 2000, de modo a instaurar um cenário de indiferença e esquecimento nas instâncias judiciais. Segundo as autoras, estratégias institucionais subtraíram “uma agenda muito contemporânea de preocupações sobre o papel dos governantes, do Judiciário, da corporação policial e da sociedade civil diante da violação sistemática de direitos de cidadãos (...)” (MACHADO; MACHADO, 2015, p. 21).

Mais recentemente, no esforço de descrever o fluxo processual de responsabilização estatal de policiais implicados em abordagens policiais com resultado morte, nas três esferas do direito, realizei estudo de caso que apontou a existência de nós institucionais que tem impedido a responsabilização da instituição Polícia, e de policiais – de maneira secundária e solitária– quando raramente esta ocorre (FERREIRA, 2019, 2021a).

Além disso, a pesquisa mostrou que o arranjo institucional adotado pelo Brasil, construído após a constituição de 1988 e aperfeiçoado pela legislação infra (anterior e posterior à CF, de caráter federal e estadual – em São Paulo) e pelas interpretações desta, incentivam a chamada “imunização da polícia que mata”, por ao menos quatro caminhos:

- (i) Administrativamente, permite que o policial seja exonerado a pedido, ainda no curso do processo administrativo disciplinar – “Processo Regular”, o que impede a execução de sanção decorrente das imputações referentes às violações dos direitos e deveres previstos na Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001, que institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar e de outras normas da instituição (FERREIRA, 2019), suscitadas pela abordagem policial com resultado morte, no âmbito do estado de São Paulo;
- (ii) Legislativamente, essa blindagem da polícia resulta da ausência de lei específica que discipline o uso da força pelas polícias, crie protocolos públicos de intervenção policial em áreas urbanas e rurais – parametrizando, por um lado, todo e quaisquer usos dos instrumentos de trabalho policial, desde o uso de expressões orais no momento da abordagem ao uso da arma de fogo, e, por outro lado, a produção e o armazenamento de informações úteis ao tratamento jurídico-processual de eventuais abordagens policiais com resultado morte. Outra escolha legislativa importante decorre do fato que o “o direito brasileiro não tutela a eficiência da atuação policial como um direito coletivo, isto é, ainda não há na legislação uma proteção à eficiência da atuação policial como um valor passível de proteção por meio dos instrumentos legais já existentes”

(FERREIRA, 2019, p. 147). Muitos desses aspectos serão retomados ao longo do presente texto.

- (iii) Judicialmente, o fato de os processos criminais desenvolverem-se sob a competência do Tribunal do Júri, instância judicial formada por pessoas leigas, muitas vezes alheias aos significados institucionais da sua tomada de decisão, e sob as quais não impera o dever de justificar suas escolhas, notadamente, em função dos princípios constitucionais do “sigilo das votações”, que impede a comunicabilidade dos jurados, e “soberania dos vereditos”, que tem como uma das consequências a possibilidade de absolvição de réus policiais ainda que manifestamente contrária à prova dos autos, na hipótese de clemência⁷ dos jurados, o que inviabiliza, ao menos parcialmente, o controle social da decisão judicial.
- (iv) Racialmente, refere-se aos meios através dos quais o racismo incrementa a violação dos direitos das pessoas negras, constituindo a maioria das vítimas das ocorrências de mortes decorrentes de intervenção policial. Na configuração dos processos de responsabilização, o racismo opera institucionalizado, mediado pessoalmente e internalizado (JONES, 2002). A tradução deste problema se dá quantitativamente⁸ – no fato que a construção da perspectiva jurídica sobre essas mortes dá-se essencialmente pelo olhar das pessoas brancas, que historicamente ocupam a maioria dos cargos da magistratura e outros espaços decisórios de poder–,

⁷ Embora a clemência seja tão somente uma construção doutrinária, já que não há dispositivo legal que ampare sua existência textualmente no direito brasileiro, ela produz efeitos significativos sobre o julgamento de policiais militares implicados em processos criminais por homicídio doloso. Como bem lembra Diogo da Costa (2019), “[p]or meio da clemência, não obstante o reconhecimento da prática de ato típico, ilícito e culpável, o Estado deixa de aplicar ou determina a extinção da pena já aplicada antes do integral cumprimento” (COSTA, 2019, p. 50).

⁸ De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça e das análises da Plataforma Justa, 80,3% das pessoas participantes da pesquisa (62,5% das pessoas ocupantes da magistratura) se declararam brancas, o que significa que homens brancos tem 8,5 mais chances que mulheres negras de se tornarem juízes.

e, qualitativamente – no desprezo à produção de dados institucionais que permitam a aferição dos impactos das desigualdades raciais sobre o sistema de justiça, bem como, a produção de políticas públicas para enfrentar o problema, ao que nomeio de “desracialização da informação” (FERREIRA, 2019, 2021b), um dos efeitos do que Silvio Almeida (2018) e outros autores chamam de “racismo estrutural”.

O balanço da literatura especializada sinaliza, portanto, que embora existam instituições formais cujas atribuições são a apuração e a responsabilização de agentes de segurança pública implicados em abordagens policiais com resultado morte, o sistema de justiça criminal tem operado de modo a produzir ações inócuas no que diz respeito às respostas jurídico-institucionais para lidar com um problema que tem corroído o Estado de Direito no Brasil (FERREIRA, 2019). Um exemplo sintomático desse fato pode ser observado durante a audiência pública de supervisão de cumprimento de execução de sentença do caso *Favela Nova Brasília vs Brasil*, realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no dia 20 de agosto de 2021, no 143º Período Ordinário de Sessões, em Costa Rica⁹. Na ocasião, foi registrado o não cumprimento integral da sentença que declarou, em fevereiro de 2017, o Estado brasileiro responsável internacionalmente pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, além da violação dos direitos à integridade pessoal de 26 homens e da integridade sexual de três mulheres, conseqüentes de duas operações policiais, nos anos de 1994 e 1995, na cidade do Rio de Janeiro. Na referida audiência pública, além do registro das absolvições dos réus cujo julgamento se deu 27 anos após os fatos¹⁰, foram sinalizados descumprimentos em relação a não uniformização nacional dos termos técnicos para fazer referências a esses episódios e a ausência de norma que torne o acompanhamento das

⁹ A audiência foi transmitida ao vivo pelo site oficial da CIDH e encontra-se disponível no Youtube, no link: <https://www.youtube.com/watch?v=QBhpuJlRroE>

¹⁰ Julgamento que ocorreu perante o 1º Tribunal do Júri da capital, referente aos fatos que aconteceram apenas no ano de 1994 e que vitimou letalmente 13 pessoas.

investigações dessas mortes pelo Ministério Público obrigatório desde o início do registro da ocorrência.

No entanto, ainda se percebe a necessidade de aprofundamento teórico no que diz respeito aos aspectos técnico-jurídicos relativos aos sentidos e limites do papel das agências do sistema de justiça, impostos por elementos estruturais, definidos a priori pelo desenho institucional. Os trabalhos analisados, por um lado, se limitaram a elaborar críticas sobre o funcionamento do sistema de justiça, a partir de categorias sociológicas, e por outro, no percurso propriamente jurídico, inviabilizaram a operacionalização do conteúdo dogmático, essência do direito, ao se confinarem ou em repetições de categorias abstratas, sem qualquer esforço de entrelaçamento entre estas e o contexto local, ou em narrativas de casos reais que, contudo, não costuram os fragmentos oferecidos pelos casos, através do direito.

Para avançar no esforço de operacionalização de categorias estritamente jurídicas, alimentado por resultados de pesquisa empírica no direito, explorarei, na próxima seção a componente que é crucial para justificar os desfechos dos processos de homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil: a prova e sua respectiva valoração.

2. O MERGULHO NECESSÁRIO: PERCORRENDO OS ELLOS ENTRE OS FATOS E OS DESFECHOS QUANDO A POLÍCIA MATA

Nesta seção, com o objetivo de aprofundarmos a compreensão sobre o funcionamento da justiça criminal e de construirmos uma reflexão analítica sobre o mesmo, em relação à *polícia que mata*, a partir do Direito, serão apresentadas as características gerais da prova, importante instituto de processo penal que tem papel decisivo na interrupção dos fluxos de responsabilização. Em seguida, exploraremos as contribuições de dois juristas estrangeiros que, a partir de um texto inscrito no campo do direito penal, fornece elementos importantes para retermos o que constitui prova e como esta é valorada no desenho institucional adotado para tratar a letalidade policial. Tomadas as devidas distâncias em relação aos contextos locais, aos campos de análise e aos objetivos das produções textuais, recuperaremos os conceitos centrais apresentados pelos autores para desenvolvermos uma reflexão original sobre o tema.

2.1. A PROVA

De acordo com a doutrina brasileira, especializada em processo judicial, a prova é o meio através do qual as partes buscam demonstrar a “verdade” dos fatos, com a finalidade de convencer o juiz ou o tribunal competente a respeito da autoria e da materialidade de um crime e de outras alegações sustentadas pelas partes no curso do processo penal. Cândido Dinamarco sustenta que a “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento” (DINAMARCO, 2001, p. 43).

A prova teria, assim, o objetivo de permitir a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a coincidência com a “realidade histórica” (PACELLI, 2015; BRASILEIRO DE LIMA, 2020). No contexto de um Estado Democrático de Direito, a prova é um dos meios que reduz eventuais arbitrariedades de magistrados no exercício da atividade jurisdicional (MATIDA, 2009). Por isso, se diz que a prova permite ao julgador a determinação dos fatos de um determinado caso, em conformidade com preferências institucionais estabelecidas a priori (MATIDA; HERDY, 2019), ou seja, há um conjunto de normas, de comportamento, sanção e processo – nem sempre escritas –, que determinam o momento de uma dada tomada de decisão pelo órgão competente para julgar a causa. De uma maneira geral, a prova é produzida no curso de um processo e, de forma excepcional, também na fase de investigação.

Na legislação, o Código de Processo Penal determina que “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

A prova é, portanto, uma das maneiras através das quais o processo penal, desenhado abstratamente pelo constituinte e pelo legislador, é “perfurado” pela realidade. Além da prova, conceitos correlatos, como os “indícios” e as “evidências”, também proporcionam encontros entre a realidade concreta e as asserções jurídicas. Muitas vezes, pré-programados, esses encontros cumprem papéis específicos e têm efeitos não declarados, a exemplo das disputas de sentido sobre um determinado fato, confronto de ideias, ideais de justiça e silenciamentos.

Os indícios no processo penal são elementos indicativos de que um crime ocorreu. De acordo com o Código de Processo Penal, em seu art. 239, “[c]onsidera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, dito de maneira mais simples, são os elementos que indicam de maneira indutiva a existência de um crime, a maneira de executá-lo e/ou a autoria, conforme se depreende de uma dada circunstância, de um objeto, de uma vestimenta ou de uma narrativa.

Embora seu uso esteja restrito ao plano da probabilidade, os indícios produzem efeitos concretos no plano normativo, pois se tornam subsídios autorizativos da instauração de inquérito policial, da decretação de prisão preventiva e da pronúncia de réus nos procedimentos do tribunal do júri. Já as evidências, não dependem de qualquer complemento para se afirmarem, pois são visíveis, translúcidas, inquestionáveis. Nas palavras de Rui Costa Martins “a evidência não remete para dispositivos exteriores de avaliação, porque ela constitui um desdobramento do sentido na indicação da sua própria verdade” (2011, p. 11).

Assim, para afirmar ou negar uma assertiva a respeito de um fato perante um juízo, as partes mobilizam meios de prova, de diferentes tipos e conteúdos, que não têm hierarquias entre si, com a finalidade de convencer juízes, desembargadores, ou jurados, a depender do rito, de modo a produzir evidências¹¹. Não se pode esquecer, que os meios de prova necessitam de valoração, ou seja, o esforço intelectual realizado por quem julga é imprescindível, o que significa que “ao julgador cabe a valoração livre da prova, sendo uma coisa assistir o ato de alguém confessar algo, ou aceitar a integração processual de determinada declaração cujo conteúdo seja de confissão, outra crê-la confiável” (MATIDA, 2009, p. 62), a prova precisa ser interpretada pelo juízo, cuja conclusão sobre esta deve ser, em regra, explicitada na decisão judicial.

No Direito brasileiro, são admitidos como meios de prova a perícia, a confissão, a declaração do ofendido, o interrogatório, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas e coisas e a acareação, dentre

¹¹ Para um aprofundamento do conceito de prova e suas respectivas dimensões epistemológica, normativa e interpretativa, ver: MATIDA, 2009.

outras. Embora não exista predileção em abstrato por qualquer um deles pelo sistema de justiça, nos casos de processos oriundos de abordagens policiais com resultado morte, a prova pericial e a testemunhal aparecem como as mais significativas, pois, diferentemente de crimes de outra natureza, os homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil constituem uma conduta de autoria conhecida, cujos efeitos se materializam numa vítima fatal, ou seja, numa conduta que deixa vestígios (FERREIRA, 2017; FERRAZ, 2019).

Mas, ao contrário do que se pode imaginar, a prova não determina tudo no processo criminal, seu efeito nos fluxos processuais de responsabilização depende não só do conteúdo por esta aportado, mas também de quem o avalia, interpreta, pondera, ou ignora, e das regras para que os resultados dessas ações sejam institucionalmente legítimos. Especificamente nos processos relativos a homicídios dolosos praticados por policiais militares contra cidadãos, o arranjo institucional, que conta com julgadores híbridos (juízes togados e leigos) e um conjunto de regras que confere ampla discricionariedade aos jurados, atribui, estruturalmente, à prova três atributos, são eles: a “incerteza intrínseca”, a “hierarquia velada” e uma “falsa dualidade incontornável”, elementos que serão explorados na próxima subseção, a partir da literatura jurídica estrangeira.

2.2. DA OPACIDADE DO PENAL ÀS AMBIGUIDADES DO PAPEL DA PROVA

Em 1998, os juristas Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove, ao analisarem a reforma institucional pela qual passou a Bélgica em 1993, propuseram compreender teoricamente o Direito Penal e suas representações para si mesmo. Ao fazê-lo, se depararam com a questão da “opacidade¹²” do penal, tema que, embora já não fosse recente naquela época, demandava um aprofundamento das suas fontes e origens.

¹² Originalmente, os autores utilizam a expressão *floou*, para fazer referência à vagueza e à imprecisão que aparentam ser inerentes ao ramo direito penal. Escolhi traduzi-la como “opacidade” por entender que as questões levantadas pelos juristas também alcançam uma dimensão de ausência de clareza, de algo que não é translúcido ou do que não é facilmente inteligível.

Os autores concluíram que a opacidade do direito penal se deve, por um lado, ao fato que a realidade muda e é transformada, isto é, o objeto do direito penal se movimenta; e por outro lado, o olhar que observa as alterações na realidade, também se movimenta e evolui. Assim, do ponto de vista prático, haveria, tanto deslocamentos do objeto, quanto deslocamentos por parte do sujeito que observa as normas penais.

Quanto ao primeiro aspecto, Tulkens e Van de Kerchove (1989), ao historicizarem as mudanças no processo de codificação do direito penal, demonstraram que quando uma nova noção de legalidade se sobrepõe à anterior, a opacidade é o próprio caminho aberto para o reconhecimento do múltiplo. Neste sentido, a codificação do direito penal belga teria caminhado no sentido oposto ao que se espera tradicionalmente de uma reforma do código penal, isto é, tornar as coisas simples, claras e comunicáveis.

Segundo os autores, a persistência da opacidade do direito penal após as alterações do código penal belga se deve a vários fatores, no plano dos deslocamentos do objeto, como por exemplo, à erosão do princípio da legalidade em virtude do fato de outras autoridades que não o Poder Legislativo terem atribuições mais ou menos extensas em matéria penal; às alterações nas funções da pena, que cumprem cada vez mais função reparadora, simbólica e instrumental; às mudanças nas fronteiras que separam a sanção penal da sanção administrativa; e às perturbações no alcance do sistema de justiça penal por conta da construção da União Europeia, cujo surgimento tensionou o equilíbrio das produções normativas Estatais.

Já no que diz respeito ao segundo aspecto, isto é, às mudanças operadas pelo olhar do próprio observador, da realidade que se altera, os autores buscam inspiração em Edgar Morin e se propõem ler “a complexidade do real sob a simples aparência dos fenômenos”¹³ (TULKENS; VAN DE KERCHOVE, 1989, p. 137). Ao fazer este exercício, os juristas reencontram a opacidade do direito penal, nos deslocamentos operados pelo sujeito – aquele que produz conhecimento sobre e/ou a partir do

¹³ No original: “l’objectif de lire la complexité du réel sous l’apparence simple des phénomènes”.

direito penal – dentro de três dimensões: na “incerteza”, na “recursividade” e na “dialética”.

Na primeira dimensão está a “incerteza”, cujos esforços de eliminação formaram o primeiro ideal do pensamento clássico científico e de dogmática penal em particular. Segundo os autores, nesta dimensão se observa como o direito penal deixou de ser apreendido de forma homogênea – a partir da ideia de que seus contornos eram suficientemente claros para poder identificá-lo com certeza e distingui-lo claramente na comparação com outros ramos do direito – para ser contemplado de forma heterogênea, na qual os contornos do direito penal são mais incertos em comparação com outras formas de normatividades jurídicas.

Nesta outra perspectiva de compreender o direito penal, as contribuições de Herbert Hart seriam cruciais, pois o referido autor teria promovido uma mudança de paradigma ao propor que o direito é afetado por uma “textura aberta irreduzível”. Neste contexto, teríamos os “casos-padrão”, que se enquadram claramente no âmbito dos conceitos penais e correspondem ao que pode ser considerado como a “noção de referência” ou o “paradigma do direito penal”, mas há também situações, condutas e ações que não se encaixam perfeitamente nas formulações jurídico-penais. Por isso, pode se concluir que a linguagem constitui uma fonte inevitável de incerteza relativa às fronteiras do fenômeno (TULKENS; VAN DE KERCHOVE, 1989, p. 138).

Na segunda dimensão¹⁴ está a “recursividade”, ou as “hierarquias invertidas” na expressão de Mireille Delmas-Marty. Ao contrário das hierarquias puras que estabelecem relações exclusivas e contínuas de subordinação entre os vários níveis de um mesmo sistema, as “hierarquias invertidas” se caracterizam pelo fenômeno paradoxal de violação de níveis por elementos que supostamente ocupam nível hierarquicamente inferior, e que passam a exercer, de maneira recursiva, preeminência efetiva sobre os elementos que supostamente ocupam nível superior.

¹⁴ Para se referir a esta dimensão os autores utilizam três expressões apresentadas como sinônimas: “*récurtivité*”, “*hiérarchies enchevêtrées*”, de autoria de Douglas Hofstadter, e “*hiérarchie inversées*”, de autoria de Mireille Delmas-Marty.

Além do clássico exemplo de recursividade, observado nas relações e nos limites entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o direito penal de diferentes Estados-membro da União Europeia, os juristas também ilustram o fenômeno com a evolução do poder discricionário do Ministério Público em matéria de acusação. Segundo os autores, o princípio da oportunidade das acusações se desenvolveu historicamente, desde o início, tanto na França como na Bélgica, por iniciativa do próprio Ministério Público, em violação das disposições aparentemente contrárias do código de instrução criminal, conduzindo, assim, a uma dupla consequência paradoxal: uma prática consuetudinária prevaleceu sobre as disposições imperativas, e órgãos essenciais que supostamente contribuem para a aplicação efetiva da lei receberam o poder de decidir sobre a conveniência de suas ações.

Por fim, a última dimensão proposta pelos autores para observar os deslocamentos operados pelo sujeito é a dialética. Segundo os autores, a terceira dimensão está no reconhecimento de relações dialéticas entre polos que o pensamento clássico apresenta tradicionalmente como radicalmente opostos e dissociáveis, a exemplo da separação drástica entre direito público e direito privado. Ao contrário desta concepção clássica que tradicionalmente propõe perspectivas dualistas, a concepção dialética construída pelos autores admite a relatividade de critérios tradicionais de distinção e enfoca nas múltiplas interações que unem ou aproximam extremidades (TULKENS; VAN DE KERCHOVE, 1989, p. 137-141).

Assim, nesta dimensão, é possível observar que nas últimas décadas houve especial atenção às interações entre elementos tradicionalmente observados como antagônicos. São citados como exemplos, pelos autores, as interações entre as maneiras de proteger interesses públicos e a proteção dos interesses privados amparada pelo direito civil, de modo que se pode reconhecer que uma não está totalmente dissociada da outra; ou ainda, reconhecer que as sanções penais, apesar de sua dimensão repressiva ou retributiva, nunca foram, seja por sua natureza seja por sua função, alheias a qualquer ideia de reparação.

Concluem os autores, “se não podemos minimizar a importância das mudanças ocorridas no fenômeno penal para explicar a importância que o afeta hoje, também não podemos ignorar a importância das mudanças ocorridas nos paradigmas à luz dos quais o fenômeno foi

estudado”¹⁵, e acrescentam, “as representações, por mais teóricas que sejam, que se tem da realidade nunca são sem influência na evolução da própria realidade”¹⁶ (TULKENS; VAN DE KERCHOVE, 1989, p. 41).

Embora as categorias utilizadas pelos juristas tenham sido construídas a partir de uma questão de caráter geral, referida a todo um ramo do direito, as categorias propostas são úteis no artigo em tela para uma análise aprofundada da prova e de sua valoração especificamente em processos de homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil. Por isso, na próxima seção recuperam-se os conceitos desenvolvidos pelos juristas belgas para complexificar a leitura jurídica sobre o que constitui prova quando a polícia mata. Como se verá, não se trata de mera transposição dos conceitos, mas de um exercício teórico de utilização nova de categorias pensadas originalmente para nomear outros recortes da realidade.

A análise dos materiais que a literatura especializada (CANO; FRAGOSO, 2000; MACHADO, MACHADO, 2015; FERREIRA, 2019) tem indicado como constituintes de prova em processos de homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil sinaliza a existência de uma “ambiguidade estrutural” conferida à prova pelo desenho institucional adotado pelo Brasil, que se configura em: (i) incerteza intrínseca; (ii) hierarquia velada; e numa (iii) incontornável falsa dualidade, características da prova que serão melhor desenvolvidas no próximo item, que aprofundará o estudo da prova – instituto de Direito Processual Penal – desde uma perspectiva empírica, inspirada nos aportes teóricos de juristas que as construíram originalmente para olhar para o Direito Penal.

Assim, na próxima seção revisita-se o fluxo processual de responsabilização da polícia que mata para a aferição das implicações desses atributos em cada uma das fases da responsabilização criminal e que potencializam desfechos não-responsabilizantes.

¹⁵ No original, “*si l'on ne peut minimiser l'importance des bougés intervenus dans le phénomène pénal pour expliquer le flou qui l'affecte aujourd'hui, on ne peut ignorer non plus l'importance des changements intervenus dans les paradigmes à la lumière desquels ce phénomène été étudié*”.

¹⁶ No original: “*les représentations, aussi théoriques soient-elles, que l'on se fait de la réalité ne sont jamais sans influence sur l'évolution de la réalité elle-même (...)*”.

3. OS ATRIBUTOS DA PROVA QUANDO A POLÍCIA MATA AO LONGO DO FLUXO PROCESSUAL

As abordagens policiais com resultado morte seguem, em regra, um fluxo processual de responsabilização na esfera criminal, que pode ser sinteticamente descrito da seguinte forma, com suas respectivas fases: a fase 1 é constituída pela própria abordagem policial, que embora inacessível do ponto de vista concreto, uma vez que, via de regra, apenas os policiais envolvidos na ocorrência e as vítimas fatais vivenciaram a situação, é neste momento que as eventuais situações-problemas que conformam crimes ocorrem, sendo as mais comuns “fraude processual”, “resistência” e “homicídio doloso”. É nesta fase também que os insumos de eventual investigação são produzidos; a fase 2 é a investigação propriamente dita. A atividade de apuração dos fatos pelas agências de controle, tanto na Polícia Civil, quanto na Polícia Militar, está ancorada essencialmente nos elementos informativos extraídos do que é constatado visualmente no local dos fatos, do que é dito pelas testemunhas que presenciaram os fatos, e do que é escrito pelos responsáveis pela apuração e responsabilização dos policiais militares; na fase 3 ocorre o julgamento, respeitadas as subfases: recebimento da denúncia; sentença de pronúncia; decisão do Conselho de Sentença; em seguida, na fase 4, um/a juiz/a togado/a produzirá uma sentença, em função da decisão do Conselho de Sentença, momento no qual, declarará a absolvição do réu ou o condenará, com o respectivo cálculo da pena, é a chamada fase sancionatória; e, por fim, a depender do conteúdo da sentença, poderá haver uma fase de implementação da sanção¹⁷.

A análise atenta de cada uma destas fases permite verificar as implicações que a prova traz para o processo e a forma como desfechos não-responsabilizantes são construídos e legitimados. Os esforços registrados nas subseções que seguem nos ajudam a compreender como, mesmo em um caso no qual um policial implicado diretamente na morte de um civil, em contexto de abordagem, confessa a prática de homicídio doloso porque estava com raiva do suspeito, e é absolvido

¹⁷ Essas fases estão cuidadosamente descritas em: FERREIRA, 2019.

da acusação após percorridas todas as fases do fluxo processual de responsabilização descrito acima¹⁸.

Nos próximos itens, examina-se cada um dos atributos que conferem à prova, neste tipo específico de ocorrência, uma ambiguidade estrutural.

3.1. A INCERTEZA INTRÍNSECA (E INSTITUCIONALIZADA) SOBRE OS FATOS

O que realmente motivou a abordagem policial que resultou em morte? como e com quais critérios os policiais militares entrevistaram verbal e fisicamente no contexto de abordagem? quais foram as circunstâncias que autorizaram policiais militares a atirarem? Onde e por que atiraram? Essas são algumas das questões que prendem a atenção de quem se propõe a acompanhar júris de policiais militares na justiça criminal.

É muito provável que nem mesmo quem tenha acompanhado a ação tenha clareza sobre as respostas ou consiga reconstruir uma narrativa fidedigna em plenário. As pessoas que acompanharam, na condição de vítima, de autor ou de testemunha estão de tal forma implicados nos fatos ou nas suas consequências, que o acesso cognitivo preciso à abordagem policial que resultou em morte é, definitivamente, inviável.

Essa impossibilidade de acessar a abordagem policial que resultou em morte, com a finalidade de julgar os implicados na ação, constitui uma fonte de incerteza nos processos de apuração dos fatos.

No Brasil, embora os policiais militares integrem a organização dos estados e tenham atribuições determinadas na Constituição e em normas específicas, os efeitos do trabalho policial ainda não foram totalmente parametrizados e fiscalizados pelo próprio Estado. Com exceção das consequências que tem reversão monetária – a exemplo dos índices de produtividade baseados em prisões em flagrante ou em apreensão de drogas e armas – ainda são poucas as medidas que busquem enfrentar a letalidade e a vitimização policial.

Como decorrência disso, são limitados os números de instituições policiais que elaboraram protocolos de controle do uso da força e são

¹⁸ Caso real que foi objeto de estudo em: FERREIRA, 2019.

quase inexistentes as polícias que produziram procedimentos operacionais padrão em diálogo com a sociedade civil, se colocando, inclusive, à disposição desta para tratar problemas estruturais de dentro e de fora da corporação, como por exemplo, as relações entre racismo e os limites da “fundada suspeita” nas operações policiais.

O efeito dessas escolhas não pode ser desconsiderado na análise da maneira segundo a qual o Estado responsabiliza criminalmente policiais militares. No caso específico de São Paulo, chama a atenção, ainda, a ausência de equipamentos que permitiriam ou facilitariam o acesso à atuação dos policiais em local e hora específicos, da mesma forma que a ausência de informações públicas a respeito de como esta deveria ocorrer, acessível à sociedade civil, também se faz notar (FERREIRA, 2019).

Sobre os equipamentos de registro das ações policiais, até a data da abordagem policial que deu origem ao estudo aqui mencionado, 1º de janeiro de 2015, ainda não havia um programa de utilização de câmeras de vigilância acopladas em viaturas ou em uniformes dos policiais militares.

Em julho de 2020, o governo do Estado de São Paulo anunciou o Programa “Olho Vivo”, cujo objetivo é aprimorar a prestação de serviço de segurança pública a partir da utilização de câmeras que pudessem manter o registro audiovisual da atuação policial. Segundo a Polícia Militar, a “Câmera Operacional Portátil (COP) é um equipamento de gravação de vídeo acoplado ao uniforme do policial militar utilizado para gravar as ações policiais qualificando as provas produzidas pela Polícia Militar” (PMSP, 2020, p. 01).

Entre as vantagens enumeradas pela própria Polícia Militar está o fato que o equipamento contribuiria para a transparência e legitimidade das ações policiais”, o “fortalecimento da prova judicial”, a “redução do uso da força”, dentre outras (PMSP, 2020a, p. 01). O projeto básico vinculado ao procedimento licitatório instaurado pela Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação da Polícia Militar busca a contratação de “solução integrada de prestação de serviço de captação, armazenamento, transmissão, custódia e gestão de evidências digitais por câmeras operacionais portáteis” (PMSP, 2020b, p. 39), o que incluiria, também, o fornecimento dos equipamentos necessários para o estabelecimento de links com o sistema de armazenamento em nuvem, além dos recursos tecnológicos necessários para acionamento remoto

das câmeras operacionais portáteis e a transmissão por livestreaming para o Centro de Operações da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMSP, 2020b).

Mesmo que ainda em fase incipiente, a iniciativa é um avanço significativo em relação ao desenvolvimento de procedimentos de accountability horizontal, na medida em que, proporciona maior transparência e facilita a prestação de contas do uso da força pública no estado de São Paulo, sugerindo a possibilidade de redução da incerteza na reconstituição dos fatos, sem que essa seja anulada.

Do ponto de vista processual penal, gravações oriundas de câmeras operacionais portáteis não determinam desfechos jurídicos, pois quando ingressam como prova no processo demandam interpretações junto a normas constitucionais, processuais e penais, cujos sentidos, quase sempre, não estão afeitos a meras subsunções formais. Como lembra a jurista Caren Morrison, ao aprofundar estudos sobre os efeitos do uso de gravações em casos de violência policial letal em tribunais norte-americanos, “a crença amplamente compartilhada de que um vídeo “provará” que uma ação policial é excessiva muitas vezes afundará em uma combinação do padrão legal e da estrutura narrativa dominante”¹⁹ (MORRISON, 2017, p. 801), ou seja, a crença de que o material audiovisual traz em si uma realidade objetiva, paradoxalmente, limita as potencialidades de sua utilização pelos atores jurídicos ou, inevitavelmente, produz resultados inesperados, surpreendentes, incoerentes, tendo em vista que, no campo do direito, e não só nele, a realidade está sempre sujeita à interpretação.

Assim, a leitura da gravação da violência policial letal está subordinada a uma ampla rede de códigos e sentidos, que podem ou não corresponder àqueles construídos pelo “senso comum”, elemento institucionalmente valorizado no júri, instância escolhida no Brasil para lidar com casos provenientes da letalidade policial.

Mesmo assim, diante do atual contexto de opacidade institucional da Polícia Militar em relação à atividade de policiamento ostensivo,

¹⁹ Na versão original: “The widely shared belief that a video will “prove” a police action to be excessive will often founder on a combination of the legal standard and the dominant narrative framework”.

eventuais filmagens podem possibilitar que percepções de legitimidade da ação policial possam ser moldadas e novos parâmetros de responsabilização a essa podem ser reconfigurados na sociedade civil (MEARES; TYLER; GARDENER, 2015).

Vale ressaltar que, no que concerne à ausência de informações públicas a respeito dos protocolos da atuação policial, os procedimentos operacionais padrão da Polícia Militar de São Paulo encontram-se sob sigilo, na modalidade secreto, desde 2013, em função de Portaria do Comandante Geral. O referido documento alterou o grau de publicidade dos protocolos de atuação policial em circunstância de “Abordagem de Pessoa(s) a Pé” e “Abordagem policial com viatura ‘4 rodas’”, dentre outras. A medida contribuiu para a opacidade da instituição, pois inviabiliza o acesso público à maneira segundo a qual a força pública se autoriza (e se auto-orienta) a limitar direitos fundamentais do cidadão comum, ficando esta sem qualquer controle social. A portaria também produz, como impacto indireto, mais um meio de desrespeitar os princípios básicos da lei de acesso à informação, e um desincentivo à formação do cidadão comum, inclusive aquele que se tornará potencial julgador de policiais que matam em serviço

3.2. AS HIERARQUIAS VELADAS

Na dogmática processual penal, a ideia de que “não há hierarquia entre as provas” é repetida como um mantra. A legislação lhe confere amparo legal no Código de Processo Penal²⁰ e no Código de Processo Civil²¹ e a doutrina encontra seu fundamenta na função da prova no processo, qual seja, “a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se

²⁰ Art. 155. “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

²¹ art. 371 do NCPC, “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada” (PACELLI, 2015, p. 341).

Como lembra Eugênio Pacelli (2015), embora inexista hierarquia entre as provas, é plenamente possível sustentar a “exigência de meios de prova específicos para a constatação de determinados fatos” (PACELLI, 2015, p. 342), a exemplo da determinação do art. 564, III, b, do Código de processo penal no que concerne à exigência de exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, que é o caso dos homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil. É a chamada regra da especificidade da prova.

Mas o que as pesquisas empíricas têm apontado é que, embora haja produção de documentos públicos sinalizando uso excessivo da força pelo policial, juntado aos autos processuais, persiste a prevalência da versão do policial militar nos processos de responsabilização criminal em casos de homicídio doloso praticado por policial contra civil, notadamente, em hipóteses onde a principal tese defensiva se ancora na sustentação da existência de excludente de ilicitude.

A versão dos policiais militares sobre os fatos emerge ao longo de todo o processo de responsabilização como uma entidade autônoma, que é capaz de gerar, por si mesma, elementos informativos. Ao mesmo tempo em que se configura como um guia e/ou impulso para as primeiras ações institucionais de registro dos fatos, sem necessariamente haver movimentos de apuração, ela também se mostra viva no conteúdo dos pilares de sustentação dos primeiros movimentos institucionais de apuração e de responsabilização (FERREIRA, 2019).

Depoimentos, testemunhos e interrogatórios (que são também meio de autodefesa) de policiais militares em juízo são constantemente sobrepostos a provas “reais”²², fotografias, ferimentos, as balas e as imagens do corpo perfurado, que são seguidas de laudo de exame cadavérico, o qual, não raro, indica que os tiros foram disparados em regiões fatais e à curta distância (MISSE; GRILLO; NERI, 2015; CRISTOVÃO, 2015), documentos que não são lidos pelos jurados durante a dinâmica na qual se desenvolvem os julgamentos em plenário.

²² Construção doutrinária que classifica as provas que emergem do fato (TÁVORA; ALENCAR, 2009).

Do ponto de vista estrutural, a prova oriunda da palavra dos policiais implicados, notadamente o interrogatório, tem o poder de nulificar a versão das vítimas e determinar a absolvição do réu ainda que tenha ficado provado por outros meios a culpa do PM, hipótese na qual os jurados decidem perdoá-lo e absolvê-lo, ainda que por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, na chamada clemência, que é uma construção doutrinária para o reconhecimento da retirada deliberada de eventual punição por parte dos jurados. Como lembra Diogo Erthal Costa,

a clemência, considerada como fundamento da absolvição de réu no tribunal do júri, deve ser compreendida como ato judicial colegiado, pois manifestação do conselho de sentença, de efeitos individuais, já que incide apenas sobre aquele em relação ao qual se formulou o quesito genérico, mediante o qual os jurados, apesar de reconhecerem previamente a prática de ato típico, ilícito e culpável pelo acusado, o absolvem em ato de benevolência que dispensa qualquer motivação específica, impedindo a aplicação de sanção de natureza penal. Investidos na função de julgadores, portanto, representantes do Estado-juiz, os jurados manifestariam imotivada dispensa estatal à punição (COSTA, 2019, p. 50-51).

Nessa ocasião, independente do quanto foi produzido institucionalmente, não só o “juiz-presidente” estará “governado pelo júri”, mas o próprio Tribunal de Justiça também poderá reger suas ações em função dessa decisão do conselho de sentença, sinalizando que a depender da fonte da qual emerge a prova - laudo de exame cadavérico, testemunho de policiais, testemunho dos familiares da vítima, por exemplo – o valor conferido pelos atores processuais que operacionalizam o desenho institucional é diferente, quiçá, hierarquicamente desigual.

A narrativa dos policiais é, assim, novamente considerada como um fator que tem um peso determinado, inclusive por instância hierarquicamente superior, ganhando ainda mais força em grau de recurso quando se sustenta na defesa e na proteção do “princípio constitucional da soberania dos vereditos”.

As “hierarquias invertidas” apresentadas por Tulkens e Van de Kerchove (1989), são, assim, reencontradas no contexto estudado

na hierarquização velada dos meios de prova, cuja consequência são as absolvições em plenário do júri, que se dão, de maneira geral, alheias às provas reais – já que os jurados não leem os documentos que compõem os autos processuais.

3.3. FALSA DUALIDADE INCONTORNÁVEL

Não é qualquer pessoa que pode produzir provas. Nos processos de responsabilização de homicídios dolosos, acusação e defesa devem produzir os meios de provar suas alegações. Embora o Ministério Público detenha o ônus de “provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa)”; cabe ao acusado provar, por exemplo, que ocorreu legítima defesa.

Esse desenho tem levado a uma série de divisões e rivalidades que não favorecem o aproveitamento de materiais produzidos por diferentes instituições. Descartes de documentos, narrativas de pessoas não arroladas como testemunhas porque “não interessa” à versão da acusação, ou à versão da defesa, ausência de testemunhas-chave que de última hora não comparecem e não são compelidas a irem por razões de produtividade profissional dos operadores do direito que atuam no respectivo processo, impedem que a sociedade civil conheça conteúdos que são produzidos ao longo do processo criminal.

Esse dualismo, típico do processo criminal, cujos efeitos se fazem sentir numa produção probatória concorrencial – acusação versus defesa, policial versus vítima, e em alguns casos, Polícia versus policial – também atrela à prova um falso papel de esclarecer os fatos e impede a total cooperação das agências de controle social penal que atuam nos processos. Afinal, embora um volume imenso de informações seja produzido rotineiramente e circule por diferentes instituições e esferas do direito, o Brasil ainda não produz (ou divulga) informações públicas sistemáticas a respeito do uso da força pelas polícias e de seus efeitos sobre a democracia, sobre o Estado de Direito.

Esse falso dualismo escamoteia o fato que a polícia brasileira é a que mais morre, mais mata e mais se suicida, no mundo; o fato que a maioria das vítimas são negras, estando elas fardadas ou não, e por

fim, o fato que o atual desenho institucional não dá conta da responsabilização dos agentes públicos que matam em serviço, tampouco da reparação às vítimas e aos seus familiares, ou a quaisquer respostas à sociedade civil e aos movimentos sociais a respeito da matança autorizada pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se sabe a respeito da forma como o Estado escolheu responsabilizar policiais militares implicados em abordagens policiais que resultaram em morte? Como desfechos não-responsabilizantes são construídos? O que constitui e o que significa provar em processos de homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil?

Um mergulho profundo nas águas turvas do penal, esfera de atuação estatal que costuma ser demandada por importantes setores da sociedade civil como campo preferencial para punir agentes públicos de segurança implicados na morte de cidadãos, apontou para a ausência de responsabilização dos réus²³. Embora parcamente transparente e com

²³ Cabe sublinhar neste ponto a recente estratégia da sociedade civil organizada de utilização do Supremo Tribunal Federal como mais uma instância capaz de atuar, ainda que indiretamente, na contenção da letalidade policial, através do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635, em que se pleiteia a adoção de medidas para a redução da letalidade policial no Rio de Janeiro. Mais que um caminho estritamente jurídico para resolver o problema, a atuação do STF neste tema tem sinalizado (i) o comprometimento político da Corte com a proteção de direitos fundamentais de minorias políticas (população negra e periférica), fundamental pilar de uma democracia constitucional; (ii) que a atuação das instituições jurídicas tem relevância para o enfrentamento de desigualdades estruturais e (iii) a redução da letalidade policial pode ser uma realidade desde que haja comprometimento da sociedade civil e do Estado, ainda que através de decisões cautelares, como aquela que determinou a suspensão de operações policiais durante o período da pandemia de covid-19, salvo exceções ali expressas e aquela que concedeu acesso às comunicações das operações policiais, assim como aos relatórios produzidos ao final das operações, em resposta ao sigilo imposto por autoridades do Estado do Rio de Janeiro em relação às informações sobre as operações policiais ocorridas após a concessão da cautelar que restringiu as operações, notadamente às investigações das mortes produzidas no âmbito da chacina do Jacarezinho, em maio de 2021, que veio a se tornar a operação

respostas pouco uniformes no tratamento conferido ao ato de matar alguém, há definitivamente uma agenda de pesquisa a ser explorada no que diz respeito ao estudo da letalidade policial e de suas relações com a justiça criminal.

Através da revisão de literatura, contatou-se que os estudos realizados no âmbito do Direito, embora contributivos para pensar o problema abstratamente, pouco avançaram empiricamente na compreensão do papel da prova nestes tipos de processos.

O diálogo com os aportes teóricos desenvolvidos pelos juristas belgas, Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove (1998), permitiram uma leitura original do papel da prova nos processos de homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil. Constatou-se que o desenho institucional escolhido pelo Brasil confere à prova uma ambiguidade estrutural nesse tipo de processo criminal.

Neste sentido, ao mesmo tempo em que a prova funciona como um mecanismo contra arbitrariedades eventualmente promovidas pelo/a magistrado/a ou pelo/a promotor/a, é a prova também que viabiliza que as sanções penais previstas abstratamente para casos de violência policial letal se tornem inócuas. Essa ambiguidade estrutural se mantém graças à incerteza inerente aos fatos, às hierarquias veladas produzidas institucionalmente e à incontornável falsa dicotomia que produz leituras incompletas e imprecisas, dentro e fora dos processos judiciais.

A incerteza inerente aos fatos no momento da abordagem policial está protegida institucionalmente pela escolha da polícia militar em não produzir meios de registrar em áudio e vídeo as abordagens, assim como, na ausência de protocolos públicos de intervenção da polícia que instrumentalize e qualifique as pessoas – cidadãos e potenciais julgadores – a respeito do que constitui os limites da polícia dentro de um Estado Democrático de Direito.

As “hierarquias veladas” que se constroem institucionalmente dentro dos processos, seja na valorização de provas oriundas da palavra dos

policial mais letal da história do Rio de Janeiro (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro, Relatoria de Edson Fachin, decisões datadas de 05 de agosto de 2020 e de 30 de junho de 2021, respectivamente).

policiais, especialmente, quando estes sustentam a existência de legítima defesa, seja do poder que é conferido a essas narrativas mesmo em instâncias superiores dentro do tribunal de justiça, demonstrando, inclusive que o poder discricionário conferido à polícia militar no desenvolvimento de suas atribuições tem repercussão fora da sua arena de trabalho.

E, por fim, o incontornável falso dualismo que separa o mundo em apenas duas perspectivas opostas e que tem inviabilizado leituras sistêmicas sobre as relações entre atores jurídico-processuais cruciais, os pontos de convergência entre estes, e a elaboração de um balanço sobre as falhas na responsabilização daqueles agentes.

Ao conferir à prova ambiguidade estrutural nos processos de homicídios dolosos praticados por policial militar contra civil, o Brasil institucionaliza a não-responsabilização criminal de policiais como desfecho possível e legítimo dentro do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Tempo social*, 2007, 19.2.

ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 2010, 3.7: 51-84.

AGUIAR, Cristiane Lamin Souza. *Medo e descrença nas instituições de lei e ordem: uma análise da imprensa escrita e das sondagens de opinião*. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Departamento de Sociologia. Dissertação (mestrado). São Paulo, 2005.

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.

ALVES, Jaime Amparo. Topografias da violência: necropoder e governamentalidade espacial em São Paulo. *Revista do Departamento de Geografia*, 2011, 22: 108-134.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 2008, ano 2, Edição 3, jul/ago. 2008.

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 11, n. 94, p. 01-29, 2010.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de processo penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BUENO, Samira. *Bandido bom é bandido morto: a opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista*. Dissertação (Mestrado) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2014, p. 122.

CANO, I. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da justiça militar*. Rio de Janeiro: ISER, 1999.

CANO, I. Viés racial no uso da força letal pela polícia no Brasil. *MPMG Jurídico*, 2014, n. 1, p. 17-25.

CANO, Ignácio; FRAGOSO, José Carlos Fragoso. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da justiça militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 8, n. 30, abril-junho, 2000.

CARDOSO, Renata Valéria Pinto; RAMOS, Edson Marcos Leal Soares. Caracterização do crime de tráfico de drogas a partir das sentenças condenatórias da Vara de combate ao crime organizado de Belém-PA. *Research, Society and Development*, 2020, 9.11: e989119621-e989119621.

COMPARATO, Bruno Konder. *As ouvidorias de polícia no Brasil: controle e participação*. 262f. 2005. Tese de doutorado - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

COSTA, Diego Erthal Alves da. A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n. 71, 2019, 71: 49.

CHRISTOVÃO, Nanci Tortoreto. *Os 111 laudos necroscópicos do Carandiru: evidências de uma execução*. Dissertação (mestrado em direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

DUARTE, Evandro; MURARO, Mariel; LACERDA, Marina; GARCIA, Rafael. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. LIMA, Cristiane; BAPTISTA, Gustavo; FIGUEIREDO, Isabel S. *Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais*. Col. Pensando a Segurança Pública, v. 5, Brasília: Ministério da Justiça/Senasp, 2014, p. 81 – 118.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FBSP. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de Segurança Pública*. Ano 11. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

FBSP. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de Segurança Pública*. Ano 15. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021.

FERRAZ, Taís Schilling. Articulação e comunicação entre os agentes do Estado: possíveis impactos sobre a impunidade nos crimes de homicídio. *Revista da AJU-RIS*, 2019, 45.145: p. 267-292.

FERREIRA, João Henrique, et al. *Indícios, presunções e ficções no direito penal: aspectos principais*. 2006. 420f. Dissertação (mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2006.

FERREIRA, Poliana da Silva. Prendendo quem captura: a prisão de policiais militares em casos de homicídios dolosos contra civis em São Paulo. *Anais do III Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão*. GT15 - Discursos sobre a privação de liberdade e a prisão: análise das maneiras de dizer/fazer as políticas públicas para condutas criminalizadas. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

FERREIRA, Poliana da Silva. *A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte*. Dissertação (mestrado em direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 146.

FERREIRA, Poliana da Silva. Entre os quatro poderes: quadros normativos, conflitos institucionais e outros obstáculos à responsabilização da polícia que mata. In.: MACHADO, Maíra Rocha. *Justiça criminal entre poderes*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

FERREIRA, Poliana da Silva. *Justiça e letalidade policial: responsabilização jurídica e imunização da polícia que mata*. Coleção Justiça Plural. São Paulo: Jandaíra, 2021.

FERREIRA, Poliana da Silva. Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 181, ano 29, p. 163-193, São Paulo: Editora RT, Julho, 2021.

FERREIRA, Poliana da Silva. Unindo pontas soltas: racismo institucional, letalidade policial e sistema de justiça, *Revista Videre*, 2021, no prelo.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GOMES, Letícia Pereira Simões. *A (in)visibilidade da questão racial na formação dos soldados da Polícia Militar*. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. <http://doi.org/10.11606/D.8.2019.tde-20032019-101356>

GOMES, Luis Flávio. *A impunidade no Brasil: de quem é a culpa?: esboço de um decálogo dos filtros na impunidade*. Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 15, 2001.

HOWLETT, Michael. A dialética da opinião pública: efeitos recíprocos da política pública e da opinião pública em sociedades democráticas contemporâneas. *Opin. Publica*, Campinas, v. 6, n. 2, p. 167-186, Oct. 2000. <https://doi.org/10.1590/S0104-62762000000200001>

JONES, Camara Phyllis. Confronting institutionalized racism. *Phylon* (1960-), v. 50, n. 1/2, Clark Atlanta University, 2002.

MACHADO, Bruno Amaral. Duas “leituras” sobre a construção jurídica da impunidade. *Revista de informação legislativa*, 2006, 171: p. 279.

MACHADO, Maíra; MACHADO, Marta. *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos depois*. São Paulo: FGV Direito, 2015, p. 21.

MACHADO, Maíra; MACHADO, Marta.; FERREIRA, Carolina Cutrupi. *20 anos do massacre do Carandiru*. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/pesquisa/20-anos-massacre-carandiru>.

MATIDA, Janaina. *O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova*. 2009. 112f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos¹. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n^o, 2019, p. 73-133.

MARTINS, Rui Cunha. Estado de Direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. *Duc In Altum: Cadernos de Direito*, v. 3, n. 3, 2011.

MEARES, Tracey L.; TYLER, Tom R.; GARDENER, Jacob. Lawful Or Fair-How Cops and Laypeople Perceive Good Policing. *J. Crim. L. & Criminology*, 2015, v. 105, n. 297.

MINGARDI, Guaracy. A Investigação de Homicídios: a construção de um modelo. Relatório final. Concurso de nacional de pesquisas aplicadas em justiça criminal e segurança pública. *Brasília: Ministério da Justiça*, 2006.

MISSE, Michel (coord). *Relatório final de pesquisa “autos de resistência”*: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do rio de janeiro (2001-2011). Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana Universidade Federal do Rio de Janeiro Edital MCT/CNPq N° 14/2009 – Universal. Rio de Janeiro, 2011.

MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; NERI, Natasha Elbas. Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos ‘autos de resistência’ no Rio de Janeiro (2001-2011). *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Edição Especial no 1*, 2015, p. 43-71.

MORRISON, Caren Myers. Body Camera Obscura: the semiotics of police video. *Am. Crim. L. Rev.*, 2017, v. 54, n 791.

NEME, Cristina. *A Instituição Policial na Ordem Democrática*: o caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Dissertação de mestrado - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. p. 94.

NERY, Felipe Souza; NADANOVSKY, Paulo. Homicide impunity in Brazil between 2006 and 2016. *Revista de Saúde Pública*, 2020, n. 54.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Vilma Maria. *Atuados pelo Estado*: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991 – 2001. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

RIBEIRO, Ludmila. Impunidade no sistema de justiça criminal brasileiro: Uma revisão dos estudos produzidos sobre o tema. Latin American and Iberian Institute, University of New Mexico. *Research Paper Series*, n. 48, August 2009. Disponível em: https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=laii_research. Acesso 13 jan 2021.

SÃO PAULO. Polícia Militar do Estado de São Paulo. Câmeras operacionais portáteis: segurança e transparência a serviço do cidadão. Folder. Disponível em: <https://www.policiamilitar.sp.gov.br/COP/Index#/regras-de-uso/documentos>. Acesso 06 jan. 2021

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. Desigualdade racial e Segurança pública em São Paulo. *Letalidade policial e prisões em flagrante*. Ufscar, 2014.

SUDBRACK, Aline Winter. *A violência policial e o poder Judiciário: estudo sobre a (i) legitimidade da ação violenta da polícia e a impunidade*. Porto Alegre, 2008. 278p. Tese de Doutorado – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 224.

TULKENS, Françoise; VAN DE KERCHOVE, Michel. D'où viennent les flous du droit pénal? Les déplacements de l'objet et du sujet. In.: CARTUYVELS, Yves; DIGNEFFE, Françoise; PIRES Alvaro; ROBERT, Philippe (Org.). *Politique, police et justice au bord du futur*. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive, coll.«Logiques sociales», Paris: L'Harmattan, 1998.

VARGAS, Joana Domingues. Padrões do estupro no fluxo do sistema de justiça criminal em Campinas, São Paulo. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 177-186, Dec. 2008.

VERANI, Sérgio. *Assassinatos em Nome da Lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFALON CARDOSO, L. *A política da justiça: Blindar as elites, criminalizar os pobres*. São Paulo: Editora Hucitec, 2018.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço a atenta e generosa leitura que as versões anteriores deste texto receberam de Marco Aurélio Macedo, Manuela Abath e Maíra Machado. Pesquisa com fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 25/06/2021
- Desk review and plagiarism check:
- Review 1: 04/07/2021
- Review 2: 29/07/2021
- Review 3: 04/08/2021
- Preliminary editorial decision: 09/08/2021
- Correction round return: 23/08/2021
- Final editorial decision: 15/09/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (MAV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

FERREIRA, Poliana da Silva. “Nas águas turvas do penal”: os fatos e a prova nos processos de responsabilização em casos de letalidade policial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2245-2282, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.582>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Execução Penal

Criminal Execution


La mediazione in fase esecutiva nel sistema italiano: il quadro normativo e le dinamiche applicative

*The victim-offender mediation in the post-sentencing stage within
the Italian system: an overview on legal framework and case law*

Daniele Vicoli¹

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia

daniele.vicoli@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-4505-4147>

ABSTRACT: Nel sistema italiano, la vittima, sebbene abbia assunto un ruolo di crescente importanza, resta ai margini della fase di esecuzione della pena. All'indifferenza legislativa se ne aggiunge un'altra: il tema della mediazione – al centro di diffuse analisi sul piano delle possibili alternative al rito ordinario – risulta esaminato in modo superficiale nel quadro delle dinamiche esecutive. L'articolo intende offrire un contributo utile a colmare questa lacuna. Nelle linee di fondo, il tratto distintivo della mediazione *in executivis* è rappresentato dall'intervenuta irrevocabilità della sentenza: un fattore che si palesa ambivalente, nella misura in cui può agevolare percorsi a valenza conciliativa ma anche renderli più ostici. In simile scenario, diventa centrale il nesso tra la giustizia riparativa e gli scopi di risocializzazione sottesi alla pena, tali da esplicarsi nell'impegno dell'autore a rivisitare in chiave critica l'illecito commesso e ricostruire il rapporto con la persona offesa. Stabilita questa premessa, l'accento va posto sulla logica del dialogo: le parti sono chiamate a sviluppare, con l'aiuto del mediatore, una trama relazionale che permetta di sanare la frattura originata dal reato. Tali canoni – già sfuggenti nella dimensione normativa dell'affidamento in prova (art. 47 comma 7 ord. penit.) e del lavoro all'esterno (art. 21 comma 4-ter ord. penit.) – sono del tutto obliterati sul versante applicativo. Appare, quindi, indispensabile un

¹ Professore associato di Diritto processuale penale – Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

deciso cambio di rotta al fine di introdurre, nella fase esecutiva, forme di mediazione a carattere individualizzato e comunicativo.

PAROLE CHIAVE: Esecuzione penale; mediazione; giustizia riparativa; affidamento in prova; lavoro all'esterno.

ABSTRACT: *Within the Italian criminal justice system, the role of the victim has become increasingly important. Despite this trend, the victim still stands on the edge of the post-sentencing stage. This is reflected in the fact that the topic of the victim-offender mediation has been analysed deeply as a kind of diversion to the trial but not, or at least far less, in relation to the issues concerning the enforcement of penalty. The paper is aimed at filling this gap. As a starting point, it is to be highlighted that the irrevocability of the conviction poses advantages but also critical aspects in the perspective of reconciliation. In this context, surely the effort of the convicted person to review his/her criminal past critically and rebuild his/her relationships with the victim plays a central role. However, according to the restorative justice model, an interaction between the victim and the offender shall take place. This means that both parties have to assume a proactive role in the attempt of mutually rectifying, with the assistance of a mediator, the conflict originated by the commission of the offence. The analysis of both the provisions and the case law on probation (article 47 comma 7 ord. penit.) and volunteer work (art. 21 comma 4-ter ord. penit.) points out that the mentioned key-principles are not abided. Against this background, a radical change is proposed in order to introduce a mediation model based on individualized and relational elements in the post-sentencing stage.*

KEYWORDS: *Enforcement of penalty; victim-offender mediation; restorative justice; probation; volunteer work.*

SOMMARIO: 1. Premessa: gli angusti spazi normativi; 2. La mediazione nella fase esecutiva: tratti distintivi; 3. Un quadro ambivalente: vantaggi e ostacoli; 4. Il nesso con il finalismo rieducativo della pena; 5. Un panorama applicativo deludente; 6. Conclusioni; Bibliografia.

1. PREMESSA: GLI ANGUSTI SPAZI NORMATIVI.

Sono molteplici gli interrogativi che circondano l'idea di calare, all'interno della fase esecutiva, modelli ascrivibili al paradigma della

mediazione²: le distanze sembrerebbero tali da rendere impraticabile ogni forma di osmosi. In questo senso, non è un caso – potrebbe sostenersi – che la dottrina, almeno in Italia, abbia mostrato per il tema un interesse solo parziale, soprattutto se il termine di paragone sono le diffuse analisi dedicate ai rapporti tra il procedimento di cognizione e gli istituti a valenza mediativa.

Anche la crescente valorizzazione del ruolo da riconoscere alla vittima ha lasciato labili tracce. Come testimonia un rapido sguardo d’insieme, permane una diffusa indifferenza: la persona offesa è un «vero “convitato di pietra”»³ a fronte degli snodi nei quali si articola l’esecuzione della pena.

Il panorama normativo è apparso incurante delle molteplici istanze che si collocano nell’alveo delle dinamiche riparative, suscettibili di essere sviluppate secondo una pluralità di schemi: il tratto unitario si rinviene nella spinta a instaurare, allo scopo di favorire la ricerca di una ritrovata armonia, relazioni comunicative tra le parti antagoniste del conflitto la cui genesi è dovuta alla commissione del reato⁴.

In quest’ottica, sul piano delle ricadute interne, anche la direttiva 29/2012/UE⁵ si è rivelata sterile: nel recepirla, il legislatore italiano non

² La Raccomandazione (99) 19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa definisce la mediazione «qualsiasi processo nell’ambito del quale la vittima e l’autore di un reato sono messi in condizione, se vi acconsentono liberamente, di partecipare alla soluzione delle questioni derivanti da un reato attraverso l’aiuto di un terzo imparziale (il mediatore)». Per un inquadramento di carattere generale, v. CASTELLI, Stefano. *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano: Raffaello Cortina, 1996, p. 5; MANNOZZI, Grazia; LODIGIANI, Giovanni Angelo. *La giustizia riparativa*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 249 s.

³ FIORENTIN, Fabio. Attività riparative. In: GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*. Disponibile in: www.archiviodpc.dirittopenaleuom.org. Accesso in: 17.6.2015, p. 202.

⁴ Per un quadro dei principali strumenti della giustizia riparativa, si rinvia ai lavori degli Stati generali dell’esecuzione penale (istituiti con d.m. in data 8 maggio 2015 e articolatisi in diciotto tavoli tematici) e, in particolare, alla relazione conclusiva del Tavolo 13 “Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime”, Allegato 3. La relazione è consultabile, insieme a quelle degli altri tavoli e al documento finale redatto dal Comitato di esperti, all’indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_13.page. Accesso in: 5.2.2016.

⁵ La direttiva 2012/29/UE, che – nel sostituire la decisione quadro 2001/220/GAI – ha istituito norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime, definisce così la giustizia riparativa: «qualsiasi procedimento

ha neppure sfiorato la fase esecutiva⁶. E, da ultimo, è rimasta inattuata – se non con riguardo all’ambito minorile⁷ – la legge delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario⁸ nella parte in cui poneva le basi di un nuovo corso, sensibile all’esigenza di arricchire, in una prospettiva organica, i contenuti dei percorsi funzionali al recupero sociale del condannato⁹.

Il quadro, nel complesso, è deludente. Tuttavia, sebbene angusti¹⁰, non mancano gli spazi per ospitare forme di giustizia riparativa: sono due, per l’espresso riferimento alla vittima, le disposizioni di rilievo¹¹.

che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale» (art. 2.1 lett. d). Analoga è la definizione che compare al punto 3 Raccomandazione (18) 8 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa.

⁶ V. VICOLI, Daniele. Il ruolo della vittima nella fase esecutiva tra occasioni mancate e scenari futuri. In BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 535 s.

⁷ V. *infra*, § 6.

⁸ Art. 1 commi 82 e 85 l. 23 giugno 2017, n. 103. V. GIOSTRA, Glauco; BRONZO, Pasquale (a cura di). *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria*. Roma: Sapienza Università Editrice, 2017; GIOSTRA, Glauco, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione. Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 4, p. 119 s.

⁹ Il riferimento è al criterio direttivo sancito dall’art. 1 comma 85 lett. f l. n. 103 del 2017: «previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell’esecuzione delle misure alternative». E’, però, caduto nel nulla lo schema di decreto legislativo in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima (v. il dossier all’indirizzo <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gi0009.Pdf>. Accesso in: 26.6.2018).

¹⁰ Alla logica dell’“incontro” con la persona offesa possono essere adattati – pur mancando un esplicito riferimento a quest’ultima – anche i benefici della semilibertà (art. 50 ord. penit.) e della liberazione condizionale (art. 176 c.p.). Il comune denominatore è rappresentato dal peso che riveste, ai fini del giudizio sulle possibilità di reinserimento sociale del condannato, la revisione critica del fatto delittuoso: lungo questi binari, può svilupparsi «una ri-lettura del crimine, da parte del reo, che tenga conto anche delle vittime» (MANNOZZI, Grazia. *Le aperture alla giustizia riparativa nell’ambito delle misure alternative alla detenzione. Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1534).

¹¹ V. KILCHLING Michael; PARLATO, Lucia. Nuove prospettive per la *restorative justice* in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un “diritto alla mediazione”? Germania e Italia a confronto. *Cassazione penale*, 2015, p. 4197-4198; MANNOZZI, Grazia. *Le aperture*, cit., p. 1534.

Una, di centrale importanza sistematica, è quella dell'art. 47 comma 7 ord. penit.: nel verbale descrittivo delle prescrizioni imposte dal giudice nel concedere il beneficio dell'affidamento in prova, deve stabilirsi che il condannato «si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del [...] reato»¹². Lo sfondo è quello del *probation* penitenziario, le cui origini riposano sulla rinuncia dello Stato all'indefettibilità della pena in vista della rieducazione del reo¹³. E' nel contesto della misura alternativa al carcere che s'innesta un vincolo di solidarietà nei confronti della vittima¹⁴.

L'altra, di più recente introduzione¹⁵, s'inserisce nella cornice del lavoro all'esterno: i detenuti possono essere assegnati a prestare attività a titolo volontario e gratuito in chiave di sostegno alle famiglie delle vittime dei reati commessi (art. 21 comma 4-ter ord. penit.)¹⁶.

Delineato lo scenario a cui guardare, il nodo da sciogliere è se gli strumenti citati, per fondamento e schema operativo, rispondano ai tratti salienti nella mediazione, declinata nella logica della *restorative justice*. Per rispondere al quesito, è indispensabile definire taluni principi cardine che, nel tentativo di coniugare l'esecuzione della pena e le pratiche mediative, vanno tenuti a mente.

¹² Nel testo originario, la disposizione era meno stringente, poiché configurava come facoltativa la prescrizione in esame, poi divenuta obbligatoria – sia pure con il limite rappresentato dall'inciso «in quanto possibile» – in seguito alle modifiche introdotte dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663.

¹³ V. FASSONE, Elvio, Voce “*Probation* e affidamento in prova”. *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 784.

¹⁴ E' proprio sull'onda delle prassi originate dalla previsione in esame che il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha deciso, nel 2002, di istituire una Commissione di studio sulla “Mediazione penale e la giustizia riparativa”, dai cui lavori sono poi scaturite le “Linee di indirizzo sull'applicazione nell'ambito dell'esecuzione penale dei condannati adulti” (circolare in data 14 giugno 2005): ad essere evidenziati sono aspetti di «indubbia criticità», sulla base, in particolare, degli esiti di due monitoraggi (il secondo relativo all'analisi di 4.511 casi).

¹⁵ Ad opera del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. nella l. 9 agosto 2013, n. 94.

¹⁶ V. GIORIS, Barbara. Il lavoro all'esterno e gli incentivi volti a favorire l'attività lavorativa dei detenuti. In CAPRIOLI, Francesco; SCOMPARIN, Laura (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino: Giappichelli, 2015, p. 146.

2. LA MEDIAZIONE NELLA FASE ESECUTIVA: TRATTI DISTINTIVI.

Brevi riflessioni preliminari sono utili a delimitare il campo d'indagine. In senso stretto, può parlarsi di mediazione *in executivis* solo dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna¹⁷. Le dinamiche situate in tale frangente, nel muovere da un definitivo accertamento della colpevolezza, trovano terreno fertile entro il perimetro dei benefici penitenziari e, in specie, delle alternative alla pena detentiva.

Questo dato segna un importante divario rispetto ai percorsi che si esplicano in pendenza della fase di cognizione. L'ipotesi emblematica è quella della sospensione con messa alla prova¹⁸, la cui fisionomia può risultare funzionale all'obiettivo di ricomporre la frattura che ha origine nel reato¹⁹. Sul piano teorico, tuttavia, va evidenziato un fattore distintivo:

¹⁷ In termini analoghi, v. UBERTIS, Giulio. Relazione. In AA. VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 148.

¹⁸ Nel sistema italiano, tale istituto, inizialmente previsto nel quadro del rito minorile (artt. 28-29 d.p.R. 22 novembre 1988, n. 448), è stato esteso dalla l. 28 aprile 2014, n. 67 a quello per adulti (art. 168-bis c.p. s. e art. 464-bis c.p.p. s.). Nei due contesti, la disciplina si caratterizza per un nucleo comune: il giudice può disporre la sospensione del processo e impartire all'imputato delle prescrizioni comportamentali, tra cui quelle dirette a promuovere la mediazione con la persona offesa; ove il percorso trattamentale abbia esito positivo, il reato viene dichiarato estinto con sentenza. Tra le numerose fonti, v. BARTOLI, Laura. *La sospensione del procedimento con messa alla prova*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020, p. 87 s.; CARACENI, Lina. Voce "Processo penale minorile". *Enciclopedia del diritto*. Aggiornamento, v. IV. Milano: Giuffrè, 2000, p. 1037 s.; CESARI, Claudia. Commento all'art. 28. In: GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Il processo penale minorile*, 2^a ed., Milano: Giuffrè, 2007, p. 455 s.; COLAMUSSI, Margherita. *La messa alla prova*. Padova: Cedam, 2010, p. 16 s.; LOGLI, Andrea. La sospensione del processo per messa alla prova tra equivoci dogmatici e limiti operativi. In DANIELE, Marcello; PAULESU, Pier Paolo (a cura di), *Strategie di deflazione processuale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 161; MAFFEO, Vania. *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*. Napoli: Esi, 2017, p. 155 s.; MIRAGLIA, Michela. *La messa alla prova dell'imputato adulto*. Torino: Giappichelli, 2020, p. 111 s.

¹⁹ V., anche per i rilievi critici sulla prevalenza degli aspetti afflittivi rispetto a quelli riparatori, BERTOLINI, Benedetta. La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa. In: MARANDOLA, Antonella; LA REGINA, Katia; APRATI, Roberta (a cura di), *Verso un processo penale accelerato*, Napoli: Jovene, p. 25 s.; BARTOLI, Laura. *La sospensione*, cit., p. 184 s.;

l'eventuale ricorso alle pratiche mediative si colloca in una parentesi dell'*iter* ordinario, che è suscettibile di riprendere corso ove l'epilogo della prova non sia favorevole²⁰.

Ne deriva un diverso inquadramento dei due fenomeni: il *probation* penitenziario e gli altri benefici hanno come referente una pena inflitta; restano da stabilirne solo le modalità esecutive. I congegni sospensivi, invece, operano in chiave di fuoriuscita dal processo, del quale si auspica – ma non è detto che ciò avvenga – la chiusura con una declaratoria di estinzione del reato. Per tale motivo, sebbene caratterizzata da una componente sanzionatoria²¹, la messa alla prova risente, in un panorama segnato da instabili equilibri²², della logica sottesa ai riti speciali e non può ascrivarsi al paradigma dell'esecuzione, con il relativo bagaglio di alternative alla pena detentiva²³.

COLAMUSSI, Margherita. *La messa alla prova*, cit., p. 10 s.; MAFFEO, Vania. *I profili processuali*, cit., p. 116 s.; MIRAGLIA, Michela. *La messa alla prova*, cit. p. 165 s.

²⁰ V. COLAMUSSI, Margherita. *La messa alla prova*, cit., p. 217; MIRAGLIA, Michela. *La messa alla prova*, cit., p. 73.

²¹ V. BARTOLI, Laura. *La sospensione*, cit., p. 340 s.; MIRAGLIA, Michela. *La messa alla prova*, cit., p. 158 s. Tale conclusione, in prima battuta respinta dalla Corte costituzionale (Corte cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91), è poi affiorata nelle pronunce che hanno sottolineato le peculiarità della messa alla prova minorile, da ritenersi intrisa di finalità rieducative e quindi, a differenza di quella per adulti, scevra da connotati sanzionatori (Corte cost., sent. 29 marzo 2019, n. 68; sent. 6 luglio 2020, n. 139).

²² Il tema di fondo è quello dei rapporti con la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.). Nell'escludere l'aggiramento di tale garanzia, Corte cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91 ha valorizzato la base consensuale dell'istituto: «il trattamento programmato non è [...] una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso». Tra i numerosi commenti alla pronuncia, v. CESARI, Claudia. *La Consulta supera le perplessità e la messa alla prova si radica nel sistema. Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 794 s.; MAFFEO, Vania. *Novità sistematiche in tema di messa alla prova. Per una riconsiderazione, costituzionalmente compatibile, del rapporto tra pena e processo. Cassazione penale*, 2018, p. 3194 s.; PARLATO, Lucia. *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure. Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 1, p. 101 s.

²³ In tal senso, v. FERRUA, Paolo. *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*. In: DANIELE, Marcello; PAULESU, Pier Paolo (a cura di), *Strategie*

3. UN QUADRO AMBIVALENTE: VANTAGGI E OSTACOLI.

Posta questa premessa, va detto che, nella fase dell'esecuzione, si riscontrano indici congeniali all'avvio di un percorso mediativo.

A. Nelle riflessioni dedicate al possibile innesto di simili schemi nel processo penale, uno dei temi centrali riguarda il rischio di attriti e ricadute negative sul versante di irrinunciabili garanzie²⁴.

Emerge, *in primis*, il difficile rapporto con la presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.). Su questo terreno, la ricerca di un approdo conciliativo genera, se non un'aporia²⁵, quanto meno delle tensioni: il pericolo è che, nell'ottica di sanare un conflitto, ne venga obliterata la base logica, vale a dire l'accertamento di responsabilità²⁶. Inoltre, vi è l'esigenza di evitare che, nel caso in cui il tentativo non vada a buon fine, le attività compiute influenzino il processo penale. Si pensi, in particolare, a un eventuale uso delle dichiarazioni rese dall'imputato, con l'effetto di eludere il diritto al silenzio e, in termini più generali, scalfire quello di difesa²⁷.

di deflazione, cit., p. 184, che sottolinea «il paradosso di una pena 'rieducativa', applicata in pendenza del processo per sfuggire all'effetto 'criminogeno' della pena detentiva».

²⁴ Il «vizio di origine» della mediazione nell'efficace sintesi di MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 240.

²⁵ Così UBERTIS, Giulio. Relazione, cit., p. 149.

²⁶ V. CESARI, Claudia. *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 102. Secondo l'impostazione seguita da CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 256, «si può dire che la responsabilità dell'imputato è oggetto di accertamento, ma cambia la sede: non nel processo, bensì nel corso dell'attività di mediazione». Relativizza il problema ORLANDI, Renzo. La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia. In: AA. VV., *Accertamento del fatto*, cit., p. 182, ad avviso del quale «i principi fondamentali, quali, ad esempio, il *nemo tenetur se detegere* e la presunzione d'innocenza, non irradiano qui i loro effetti, giacché chi esperisce il tentativo di mediazione è solitamente disposto a condividere con la controparte una certa versione circa i motivi e le scaturigini del conflitto interpersonale», fermo restando che «l'«episodio» mediazione [...] va poi necessariamente coordinato con il processo penale».

²⁷ Muove da queste premesse l'indirizzo che sostiene l'inutilizzabilità delle dichiarazioni (ORLANDI, Renzo. *La mediazione penale*, cit., p. 186; PATANÈ, Vania. *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella*

Ebbene, con il passaggio al contesto dell'esecuzione, i problemi sopra evidenziati svaniscono. Il motivo è molto semplice: come già detto, il tema della colpevolezza risulta "blindato" dalla sentenza irrevocabile. La forza vincolante della presunzione d'innocenza e delle altre garanzie che devono guidare la verifica sulla fondatezza dell'accusa si è ormai esaurita. Non serve, quindi, interrogarsi sui presidi necessari per impedire l'aggiramento di fondamentali principi costituzionali. Da questo punto di vista, il campo si presenta libero da possibili interferenze.

B. Sempre per i risvolti positivi della *res iudicata*, la strada verso forme di conciliazione è, sul piano operativo, meno irta di ostacoli.

Si ritiene che, per il lieto fine del dialogo tra le parti antagoniste, siano indispensabili alcune condizioni. Tra queste, rileva in modo significativo la disponibilità dell'autore del reato a riconoscere la propria colpa: se non nei termini di una confessione, almeno ammettendo il nucleo fondante dell'illecito²⁸. Inoltre, in un'ottica che abbracci anche la vittima, il compito del mediatore è agevolato ove sui fatti principali della vicenda vi sia una convergenza di vedute²⁹.

Se questi sono i capisaldi di un confronto funzionale a ricucire la trama dei rapporti interpersonali, non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione offra notevoli margini di manovra. Di fronte a una sentenza definitiva, crescono le *chances* che il condannato, nell'intraprendere un percorso di responsabilizzazione, riconosca l'offesa arrecata e la necessità di ripararla.

penale: la mediazione. In: MESTITZ, Anna (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma: Carrocci editore, 2004, p. 29). Per alcuni rilievi critici sull'adeguatezza di tale rimedio, v., con specifico riguardo al tentativo di conciliazione previsto nell'ambito del procedimento davanti al giudice di pace (art. 29 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274), CESARI, Claudia. *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 93.

²⁸ V. CERETTI, Adolfo. Mediazione penale e giustizia. In: AA. VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Milano: Franco Angeli, 1999, p. 99. V. anche PATANÈ, Vania. La mediazione. In: GIOSTRA, Glauco; ILLUMINATI, Giulio (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino: Giappichelli, 2000, p. 365. Insistono su questo profilo anche l'art. 12.1 lett. c direttiva 2012/29/UE (v. KILCHLING Michael; PARLATO, Lucia. Nuove prospettive, cit., p. 4192) e il punto 30 Raccomandazione (18) 8.

²⁹ CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 261, secondo la quale «senza [tale] intesa la possibilità di raggiungere un accordo risulta limitata, se non esclusa».

Al tempo stesso, lo scambio comunicativo è favorito dalla ricostruzione storica che l'accertamento giudiziale ha cristallizzato. Tale circostanza giova al mediatore, che può far leva su solide basi di partenza per muovere alla ricerca di una soluzione del conflitto.

Infine, una volta chiusa la fase cognitiva del processo, diventa naturale valorizzare le componenti personologiche dell'episodio criminoso, in modo da porre l'accento sul «reato come vicenda personale, fatto di una comunicazione interrotta, di legami sociali infranti, di conflittualità psicologiche articolate e di ragioni profonde»³⁰.

Agli innegabili vantaggi sopra evidenziati fanno, però, da contraltare alcuni nodi problematici, che rendono difficile il connubio tra la sfera esecutiva e la mediazione.

A. Lo scarto temporale che separa il reato e l'entrata in scena del mediatore nuoce all'approccio di tipo conciliativo. Di frequente, può verificarsi che la situazione conflittuale risulti «ormai "incancrenita"»³¹; nel ricomporla, è quindi inevitabile andare incontro a maggiori resistenze³²: un dato che fa scemare le possibilità di successo³³. Trascorsi molti anni dal fatto, inoltre, è più probabile che la vittima, nel superare il trauma patito, abbia raggiunto un equilibrio esistenziale; in simili casi, dal tentativo di mediazione potrebbe scaturire una nuova violenza³⁴.

³⁰ CESARI, Claudia. *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 93, la quale osserva come indagini di questo tipo, proprio perché rischiano di sviare l'accertamento di merito, siano «solitamente riservate alle verifiche della fase esecutiva».

³¹ DELLA CASA, Franco. Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art. 47 co. 7 o.p. *La legislazione penale*, 2004, p. 382.

³² V. MANNOZZI, Grazia; LODIGIANI, Giovanni Angelo. *La giustizia riparativa*, cit., p. 252.

³³ In questo senso, le citate linee di indirizzo (v. *supra*, nota 14) individuano l'arco temporale massimo tra il reato e l'inizio dell'opera di mediazione in cinque anni, a fronte dei dieci spesso registrati in sede di monitoraggio. In dottrina, v. DI CHIARA, Giuseppe. La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale. *Diritto penale e processo*, 2015, p. 381, il quale, nel distinguere «il tempo intercorso tra l'epoca del commesso reato e l'avvio dell'attività di mediazione» dal «fluire del tempo entro la conca della mediazione», osserva che il primo vada dosato in modo da risultare non troppo breve né troppo ampio.

³⁴ Ne deriva la necessità, come sottolinea anche la Raccomandazione (18) 8 (punto 36 s.), di costruire un percorso normativo, deontologico e

Il rilievo offre lo spunto per una riflessione di più ampio respiro. Sul piano delle opzioni di sistema, la scelta di relegare al solo momento esecutivo le pratiche mediative sarebbe senz'altro miope e, nel complesso, non potrebbe che avere un impatto modesto. Se il disegno è quello d'incentivare gli istituti a sfondo riparativo, l'esecuzione della pena deve essere l'ultimo frangente utile, nell'ottica – cioè – di offrire un'opportunità ulteriore rispetto a percorsi che si sviluppino entro le coordinate della fase cognitiva³⁵. In caso contrario, nel quadro d'insieme, il ruolo della mediazione apparirebbe fortemente svilito.

B. Requisito indefettibile delle forme di giustizia conciliativa è il consenso delle parti, da intendersi quale assenza di pressioni e spinte coercitive³⁶. Per l'autore del reato, tale necessaria spontaneità può risentire, fino ad essere alterata, dell'influenza che la condanna ormai da espiare esercita. Negli stadi anteriori, la pena resta una minaccia, sebbene – di pari passo all'evolversi del procedimento – sempre più intensa; nelle dinamiche dell'esecuzione, diventa una realtà che incombe sul condannato. Non è facile stabilire in quale grado il dato possa incidere sulla libera adesione al dialogo con la persona offesa. Sembra, tuttavia, evidente il pericolo di vedere snaturata l'essenza dello schema riparativo³⁷, anche a causa della

metodologico che delinea le modalità di approccio alla vittima del reato (v. MANNOZZI, Grazia. *Le aperture*, cit., p. 1534). In termini più generali, sul tema della c.d. vittimizzazione secondaria, v. ALLEGREZZA, Silvia. *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*. In: AA. VV., *Lo scudo e la spada*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 17 s.

³⁵ E' in sintonia con questa logica l'ampiezza operativa che traspare dal punto 6 Raccomandazione (18) 8: «La giustizia riparativa può essere utilizzata in ogni fase del procedimento penale. Ad esempio, può essere associata a una forma di diversione dall'arresto, dall'esercizio dell'azione penale o dal perseguimento penale del fatto, può essere usata congiuntamente all'archiviazione di polizia o giudiziaria, può intervenire prima o parallelamente al perseguimento penale del fatto, può collocarsi tra l'accertamento di responsabilità e la comminazione di una pena, può costituire parte di una pena o intervenire dopo la comminazione o l'espiatione della stessa».

³⁶ V. CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 258; PATANÈ, Vania. *Ambiti di attuazione*, cit., p. 24. Le Raccomandazioni (99) 19 e (18) 8 nonché la direttiva 2012/29/UE sono categoriche nel fare riferimento all'esigenza di un libero consenso delle parti.

³⁷ Osserva CIARDIELLO, Patrizia. *Riparazione e mediazione nell'ambito dell'esecuzione penale per adulti*. *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, n.

posizione di forza in cui viene a trovarsi la vittima: si pensi agli effetti distorsivi che l'impulso a evitare la pena detentiva potrebbe avere sul *quantum* di un eventuale ristoro economico.

Poche battute sono sufficienti per tirare le somme dell'analisi svolta. Nel quadro dei rapporti tra l'esecuzione della pena e i meccanismi della *restorative justice* si colgono luci e ombre. A risultare ambivalente è un tratto di fondo: l'irrevocabilità della sentenza di condanna. E' intorno al carattere stabile dell'accertamento che ruotano quelle circostanze capaci di agevolare un esito conciliativo; la mediazione, però, oltre a rivelarsi più ostica in quanto sul piano temporale lontana dall'offesa, risente degli effetti sanzionatori che la *res iudicata* implica.

4. IL NESSO CON IL FINALISMO RIEDUCATIVO DELLA PENA.

Delineato lo scenario, è fondamentale interrogarsi sulla *ratio* che, nella fase esecutiva, deve animare gli strumenti normativi ispirati al paradigma della mediazione.

Anche su questo versante, emergono significative differenze rispetto agli istituti che operano entro l'area del processo di cognizione. Per questi ultimi, sebbene il panorama si presenti composito, una nota distintiva può cogliersi nelle finalità di economia processuale: se i meccanismi mutano, lo sbocco auspicato resta identico, vale a dire la fine anticipata della vicenda giudiziaria. Pertanto, la ricorrente chiave di lettura, pur non immune da rilievi critici³⁸, tende a collocare le pratiche mediative nel solco della *diversion*³⁹.

2, p. 98, come «il rischio di strumentalizzazione è intrinseco al sistema premiale, fondato sullo scambio penitenziario: l'ammissione ai benefici [...] va [...] conquistata dal condannato dimostrando la propria "meritevolezza" ed affidabilità personale e sociale».

³⁸ V. ORLANDI, Renzo. La mediazione penale, cit., p. 186.

³⁹ UBERTIS, Giulio. Relazione, cit., p. 147. Nell'ordinamento italiano, il quadro si presenta eclettico in ragione della specificità che caratterizza i corpi normativi *extra codicem*: il rito minorile e quello davanti al giudice di pace. La spinta ad aprire, nelle maglie del processo, canali comunicativi che coinvolgono l'autore del reato e la persona offesa riflette la tensione ideale di tali microsistemi (CESARI, Claudia. Efficienza della giurisdizione penale e strategie di depenalizzazione processuale. In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di),

Per evidenti motivi, tale *imprinting* è destinato a svanire nello stadio di esecuzione della pena; di riflesso, vanno ricercati altrove gli scopi sottesi ai percorsi dalla potenziale valenza mediativa.

Invero, politiche d'indole pragmatica potrebbero tornare in gioco nell'ambito dei rimedi a quel ciclico e irrisolto male che affligge il sistema penitenziario italiano: il sovraffollamento⁴⁰. In tal senso, l'ottica – come nel caso dell'art. 47 comma 7 ord. pen. – sarebbe quella d'incentivare il ricorso alla *restorative justice* per favorire l'accesso alle misure alternative al carcere; ne deriverebbero, infatti, vantaggi in termini di decremento della popolazione detenuta. Tale impostazione è da rifiutare, in quanto troppo angusta e incapace di fornire solide basi concettuali alle pratiche mediative. Non si nega che queste ultime possano avere ricadute apprezzabili sul piano della deflazione carceraria; si tratta, però, di effetti secondari, da ritenersi estranei al fondamento teleologico delle stesse.

La tensione a riparare il danno derivante dal reato e, più in generale, a intraprendere un cammino riconciliativo deve inserirsi in un programma che miri al reinserimento sociale del condannato⁴¹. La cornice entro la quale sviluppare lo schema della mediazione è quella rieducativa,

La ragionevole durata del processo, Torino: Giappichelli, 2005, p. 95-96). In particolare, la ricerca del dialogo e l'importanza delle condotte riparatorie sono valori in linea con l'opzione per un diritto penale "mite", soprattutto là dove ad assumere un ruolo centrale sono le esigenze rieducative e assistenziali dell'imputato minorenne.

⁴⁰ Al 31.5.2021, a fronte di una capienza regolamentare di 50.780 posti, risultano detenute (a titolo definitivo o cautelare) 53.660 persone (Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST334403&previousPage=mg_1_14. Accesso in: 21.6.2021). Se rispetto al 29.2.2020 vi è stata una diminuzione – dovuta alle misure adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria da COVID-19 – di circa 7.600 unità, si è poi registrata un'inversione di tendenza (al 31.12.2020 il numero delle persone detenute era di 53.364). V. Associazione Antigone, *Oltre il virus - XVII rapporto sulle condizioni di detenzione*, consultabile all'indirizzo <https://www.rapportoantigone.it/diciassettesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>. Accesso in: 21.6.2021.

⁴¹ FIORENTIN, Fabio. Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione. *La legislazione penale*, 2004, p. 394 e 397.

segnata dallo stimolo affinché il soggetto rivisiti in chiave critica l'illecito commesso⁴² e torni ad aderire alle regole della convivenza civile⁴³.

In questa concezione progettuale della pena⁴⁴ emerge la centralità della vittima⁴⁵. Nella fase cognitiva, a catalizzare gli interessi rivali sono l'accertamento della responsabilità e la commisurazione della pena. L'esperienza del processo finisce per "separare" autore del reato e persona offesa: a tale logica la giustizia riparativa ne sostituisce una opposta, che guarda all'"inclusione". Il fulcro sta nel soddisfare, attraverso la tessitura di rapporti intersoggettivi, la domanda di riconoscimento che proviene dalle parti. Pertanto, assumono un rilievo preminente il vissuto criminale e quello di vittimizzazione⁴⁶: affiorano così fatti nuovi, rimasti

⁴² A questa prospettiva si salda l'unico appiglio normativo che permette di coinvolgere la vittima nelle logiche trattamentali: in base all'art. 27 comma 1 d.p.R. 30 giugno 2000, n. 230 («Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà personale»), nel corso delle attività d'osservazione intramuraria, «va espletata, con il consenso del condannato [...], una riflessione sulle condotte anti giuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa». A tale previsione si affianca, per il trattamento in ambiente esterno, quella dell'art. 118 comma 8 lett. d d.p.R. 30 giugno 2000, n. 230: gli interventi degli uffici di esecuzione penale esterna (U.E.P.E.) devono caratterizzarsi per la «solicitazione a una valutazione critica adeguata, da parte della persona, degli atteggiamenti che sono stati alla base della condotta penalmente sanzionata, nella prospettiva di un reinserimento compiuto e duraturo».

⁴³ SCOMPARIN, Laura. Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo? *La legislazione penale*, 2004, p. 407-408.

⁴⁴ L'idea è quella del passaggio da una «pena subita» ad una «pena agita», cioè una «sanzione che rimane sì negativa, privativa o limitativa di diritti, ma al contempo implica un comportamento attivo del soggetto» (DONINI, Massimo. Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio. *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 241).

⁴⁵ In tal senso, nel testo, si ripercorre il pensiero di MANNOZZI, Grazia. La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia. *Diritto penale e processo*, 2012, p. 849. Al tempo stesso, va chiarito che una rinnovata sensibilità per il ruolo della vittima non potrebbe tradursi in poteri di veto sul percorso trattamentale e rieducativo del condannato; sullo specifico tema dei rapporti tra accesso alle misure alternative e obblighi risarcitori, v. *infra*, § 5.

⁴⁶ «Se, per la vittima, la comunicazione del vissuto risponde ad una esigenza di "riconoscimento", il racconto dell'esperienza criminale costituisce, per il

fuori o ai margini del fenomeno processuale. Questa strada conduce a individualizzare non solo il trattamento del reo, ma anche quello della persona offesa⁴⁷.

Proprio nell'ottica appena considerata, bisogna chiedersi se e, nel caso, in quali termini la tipologia del reato debba incidere sulla sfera di operatività che, *in executivis*, è opportuno assegnare alla mediazione.

L'interrogativo presenta molteplici sfumature, legate alle scelte di fondo a cui ispirare la geometria delle relazioni tra condannato e vittima. In termini generali, va sposata la linea secondo cui «non si ravvisano gli estremi per la compilazione di un elenco di reati o di condannati» da escludere a priori⁴⁸. A rilevare non sono la pena edittale o il *nomen juris* del reato, ma le concrete circostanze dell'episodio criminoso⁴⁹: è da queste ultime che dipendono il conflitto interpersonale e, quindi, «la realistica possibilità di un suo superamento attraverso adeguate “terapie comunicative”»⁵⁰. Del resto, sono in special modo i delitti che minano le radici di una comunità a mettere in luce la «valenza profonda» della giustizia riparativa⁵¹.

reo, un tassello fondamentale per lavorare sul senso di colpa e perciò, in definitiva, su quei fattori criminogenetici connessi al ricorso alle c.d. “tecniche di neutralizzazione” che, se non affrontati, facilitano la ricaduta nel reato» (MANNOZZI, Grazia. *La reintegrazione sociale*, cit., p. 849).

⁴⁷ DONINI, Massimo. Il delitto riparato, cit., p. 244; MANNOZZI, Grazia. *Le aperture*, cit., p. 1533. In tal senso, s'impone un notevole salto di qualità: ad «essere culturalmente distante dal nostro ordinamento è la stessa idea di una presa in carico della vittima» (CATALANO, Elena Maria. *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee. Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1805).

⁴⁸ DELLA CASA, Franco. *Affidamento al servizio sociale*, cit., p. 384.

⁴⁹ DELLA CASA, Franco. *Affidamento al servizio sociale*, cit., p. 384. Diversa è l'opinione di PATANÈ, Vania. *Ambiti di attuazione*, cit., p. 23, che suggerisce di mettere al bando «quelle tipologie di reato espressive di forme di conflittualità particolarmente gravi, ontologicamente inconciliabili con qualsiasi forma di negoziazione».

⁵⁰ ORLANDI, Renzo. *La mediazione penale*, cit., p. 177.

⁵¹ MANNOZZI, Grazia. *La reintegrazione sociale*, cit., p. 850. Il dato teorico trova riscontro nei risultati empirici: alla maggiore gravità dei reati corrispondono più significativi effetti di contenimento della recidiva, che arrivano a svanire nel caso dei c.d. illeciti senza vittima (MANNOZZI, Grazia; LODIGIANI, Giovanni Angelo. *La giustizia riparativa*, cit., p. 365). Sul piano sociologico,

5. UN PANORAMA APPLICATIVO DELUDENTE.

Da un autentico modello di *restorative justice* l'attuale realtà applicativa è, con rare eccezioni⁵², molto lontana.

In prima battuta, è sin troppo facile rimarcare la mancanza di una figura che possa agire nella veste di arbitro. Non bisogna cadere – per evidenti motivi – nell'equivoco di elevare il giudice a protagonista dei rapporti tra il reo e la vittima⁵³; e nemmeno può farsi leva, in quanto soggetti sforniti della necessaria imparzialità e formazione⁵⁴, sugli operatori penitenziari⁵⁵. Poco consono è anche il ruolo degli addetti agli uffici locali di esecuzione penale esterna (U.E.P.E.): le funzioni istituzionali (art. 72 ord. penit.) non favoriscono un approccio neutrale⁵⁶.

In linea più generale, nell'esperienza italiana, il modello del *probation* si è rivelato inidoneo a recepire *input* di natura riparativa. A pesare è stata la crisi d'identità che ha caratterizzato la storia dell'affidamento in prova. Tale misura, nel disegno originario, mirava a soddisfare obiettivi di riabilitazione del condannato: sulla base di questo scopo

di particolare impatto è l'esperienza narrata da BERTAGNA, Guido; CERETTI, Adolfo; MAZZUCCATO, Chiara. *Il libro dell'incontro*. Milano: Il Saggiatore, 2015: un percorso iniziato nel 2007 e sviluppatosi in un arco temporale di sette anni segnati da incontri, in situazioni di vita comune, fra persone coinvolte nella c.d. lotta armata degli anni '70 e vittime o familiari di vittime dei delitti di quel periodo storico.

⁵² Un caso virtuoso è quello deciso dal Tribunale di sorveglianza di Venezia (l'ordinanza è pubblicata in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 833): nell'ammettere alla semilibertà un condannato alla pena dell'ergastolo, si è tenuto conto anche di un progressivo riavvicinamento alle vittime dei reati grazie a una forma di mediazione "surrogata", cioè con la vittima di reati analoghi a quelli commessi.

⁵³ Lo sottolinea SCOMPARIN, Laura. *Quale giustizia riparativa*, cit., p. 413.

⁵⁴ È significativo che il considerando 63 della direttiva 29/2012/UE insista sulla affidabilità dei servizi di assistenza, che devono essere in grado di fornire alle vittime un sostegno «rispettoso, sensibile, professionale e non discriminatorio».

⁵⁵ Lo rileva BERTAGNINI, Elisa. *Mediazione penale, giustizia riparativa e lavoro gratuito alla luce di qualche esperienza pratica. La legislazione penale*, 2004, p. 404.

⁵⁶ V., con riguardo alla figura degli assistenti sociali in servizio presso gli U.E.P.E. (art. 81 ord. penit.), BERTAGNINI, Elisa. *Mediazione penale*, cit., p. 402.

era ritagliata la cerchia dei destinatari, vale a dire persone socialmente disaggiate, responsabili di illeciti non gravi⁵⁷. Nel corso del tempo, questa idea finalistica è stata erosa. Due i fattori, tra loro sinergici: le carenze strutturali del sistema, incapace di attuare il paradigma dell'art. 27 comma 3 Cost.; il *trend* legislativo nel senso di estendere la sfera applicativa dell'affidamento in prova⁵⁸.

E' a quest'ultimo profilo che si salda la "scoperta" delle prescrizioni *ex art. 47 comma 7 ord. penit.* Alla fine degli anni novanta, al vaglio dei tribunali di sorveglianza sono giunti casi dai tratti peculiari⁵⁹: la particolare rilevanza dell'offesa cagionata dal reato (in specie, delitti contro la pubblica amministrazione e il patrimonio); lo *status* dei colpevoli, fin troppo integrati nel tessuto sociale e, di certo, non bisognosi di interventi riabilitativi⁶⁰. In tali fattispecie, era inevitabile che l'affidamento in prova, la cui tensione rieducativa risultava già svilita, si rivelasse «una scatola vuota, priva di qualsiasi contenuto risocializzante»⁶¹. Così, in simile scenario, si è affermato l'indirizzo incline a rendere più pregnante la misura alternativa attraverso obblighi che, in nome di asserite istanze riparative, imponessero forme di risarcimento della vittima ovvero lavori di pubblica utilità⁶². Alla base vi era la tesi – sostenuta da alcuni tribunali di sorveglianza – secondo cui le prescrizioni dell'art. 47 comma 7 ord. penit. potrebbero avere quale beneficiaria anche la collettività⁶³. A frenare simili opzioni è poi stata la giurisprudenza di legittimità, che ne ha messo in luce l'errore di fondo: l'impronta esclusivamente afflittiva, tale da

⁵⁷ V. CARNEVALE, Stefania. Accesso alle misure alternative. In: GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*, cit., p. 109.

⁵⁸ Ripercorre i passaggi di tale evoluzione DELLA CASA, Franco. Misure alternative ed effettività della pena tra realtà e prospettive., *Giustizia penale*, 2001, II, c. 69 s.

⁵⁹ Per la rassegna di quelli più significativi, v. FIORENTIN, Fabio. Riparazione e mediazione, cit., p. 390-391.

⁶⁰ V. DELLA CASA, Franco. Affidamento al servizio sociale, cit., p. 381.

⁶¹ MONTEVERDE, Lino. Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza. *Minorigiustizia*, 1999, n. 2, p. 87.

⁶² V. MONTEVERDE, Lino. Mediazione e riparazione, cit., p. 88.

⁶³ V. MONTEVERDE, Lino. Mediazione e riparazione, cit., p. 87-88.

tradursi in un carico sanzionatorio supplementare, non giustificato dalla condotta criminosa⁶⁴.

Sul punto, per evitare che la giustizia riparativa diventi la «maschera»⁶⁵ di un approccio solo in apparenza ispirato al modello rieducativo, è bene fare chiarezza. Non va escluso che la *restorative justice* possa caratterizzarsi per una dimensione collettiva⁶⁶. E' indispensabile, però, che si espliciti la logica del dialogo⁶⁷: la comunità non può essere mera destinataria di una riparazione; deve anche partecipare nella veste di «attore sociale» al percorso di riconciliazione⁶⁸.

In tal senso, apre uno spiraglio la recente previsione dei progetti di pubblica utilità nel cui ambito i detenuti possono chiedere di lavorare a titolo gratuito (art. 20-ter comma 1 ord. penit.⁶⁹). Tale attività è annoverata

⁶⁴ Cass., sez. I, 23 novembre 2001, n. 410, in *C.E.D.*, n. 220439.

⁶⁵ In questi termini, PARISI, Francesco. La *restorative justice* alla ricerca di identità e legittimazione. Disponibile in: www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org. Accesso in: 24.12.2014, p. 6. In senso più ampio, v. le osservazioni critiche di DELLA CASA, Franco. Misure alternative, cit., c. 71, che all'origine delle tendenze in esame, individua la colpevole inerzia del legislatore nel forgiare una misura – analoga al *community service order* o al *travail d'intérêt générale* di Paesi stranieri – «adatta ai condannati rispetto ai quali sia da escludere un retroterra di ipo-integrazione sociale».

⁶⁶ Sul tema, mentre la direttiva 2012/29/UE risente di una visione “tradizionale” (la vittima, ai sensi dell'art. 2.1 lett. a, è «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato»), la Raccomandazione (18) 8 si caratterizza per esplicite aperture: il pregiudizio da riparare può riguardare la società (punto 13); tra gli interventi a carattere innovativo, sono annoverati i programmi riparativi di comunità (punto 59). Sulle c.d. vittime collettive, v. ALLEGREZZA, Silvia. La riscoperta della vittima, cit., p. 13. Per un quadro delle fonti sovranazionali che contemplano una definizione di vittima, v. BELLUTA, Hervé. Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, n. 1, p. 77 s.

⁶⁷ Lo strumento operativo è quello denominato *community group conferencing*: v. la relazione conclusiva del Tavolo 13 “Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime”, Allegato 3.

⁶⁸ Relazione conclusiva del Tavolo 13 “Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime”, Allegato 3.

⁶⁹ Inserito dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124. In base al comma 2, beneficiari dell'attività lavorativa possono essere amministrazioni dello Stato, regioni, province, comuni, comunità montane, unioni di comuni, aziende sanitarie locali, enti o organizzazioni di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato.

tra gli elementi fondamentali del trattamento rieducativo (art. 15 ord. penit.) e deve svolgersi in modo idoneo a garantirne l'attuazione (art. 20-ter comma 6 ord. penit.). Alla luce di questo nesso, fulcro del *public work* penitenziario diventa l'“impegnarsi per gli altri”, che si traduce in un contributo al «progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 comma 2 Cost.)⁷⁰. Sebbene manchi un espresso richiamo alla giustizia riparativa, l'impostazione di fondo si presta, in linea teorica, a recepirne i dettami.

In tema di lavoro, nessun passo in avanti si registra, invece, sul versante dei conflitti di origine intersoggettiva. L'art. 21 comma 4-ter ord. penit., la cui applicazione è risultata molto circoscritta⁷¹, consente – come detto – l'impiego dei detenuti, in forma volontaria e gratuita, a sostegno delle famiglie vittime dei reati da loro commessi. Tale risorsa patisce un ostacolo che è difficile da superare: lo schema incentrato sul lavoro relega ai margini la componente comunicativo-relazionale⁷². Nell'ottica di estendere la mediazione al contesto familiare, la strada maestra è un'altra: il ricorso al c.d. *family group conferencing*, modalità che rimane fedele al criterio metodologico dell'“incontro”⁷³.

Il disorientamento concettuale si rinviene, inoltre, nella tendenza a sovrapporre due piani distinti: le iniziative riparatorie e il risarcimento del danno. Le prime hanno una valenza molto più ampia e abbracciano svariate forme; non possono, dunque, ridursi alla monetizzazione dell'offesa subita dalla vittima, sulla falsariga degli obblighi sanciti dall'art. 185 c.p.⁷⁴. Sul punto, non aiutano a mettere

⁷⁰ V. BRONZO, Pasquale. Il lavoro come fulcro del trattamento rieducativo. In: BRONZO, Pasquale; SIRACUSANO, Fabrizio; VICOLI, Daniele (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo “garantismo carcerario”*, Torino: Giappichelli, 2019, p. 153.

⁷¹ V. COMMISSIONE GIOSTRA. *Il Progetto di riforma penitenziaria*, Roma: Nuova Editrice Universitaria, 2019, p. 161.

⁷² V. MANNOZZI, Grazia. Le aperture, cit., p. 1534, che auspica l'abrogazione o, comunque, la revisione dell'art. 21 comma 4-ter ord. penit.

⁷³ Sul dialogo allargato ai gruppi parentali, v. MANNOZZI, Grazia; LODIGIANI, Giovanni Angelo. *La giustizia riparativa*, cit., p. 274 s.

⁷⁴ Va detto che a generare una certa confusione è anche il citato (v. *supra*, nota 42) art. 27 comma 1 d.p.R. n. 230 del 2000: v. CIARDIELLO, Patrizia. Riparazione e mediazione, cit., p. 100. Nell'ottica di ribadire il discrimine, è significativo che, nella disciplina di alcuni benefici penitenziari, figuri un espresso

ordine le oscillazioni della giurisprudenza circa il peso da attribuire al ristoro del danno nell'economia dello scrutinio sulla concedibilità della misura alternativa. Non mancano, infatti, pronunce secondo le quali «l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcire la vittima [...] rientra pur sempre tra gli elementi di segno negativo valutabili per il diniego» del beneficio ex art. 47 ord. penit.⁷⁵.

6. CONCLUSIONI.

Il panorama complessivo denota l'assenza dei requisiti minimi indispensabili per declinare, in modo genuino, l'archetipo della riparazione. Sulla base di una palese confusione nominalistica, sono ascritti al modello della *restorative justice* “impegni” che, insensibili alla forza empatica del dialogo, assumono la fisionomia di un dovere, il cui adempimento serve al reo per usufruire di un premio. Di pari passo, la vittima finisce per essere svilita e divenire il veicolo di logiche punitive.

Un cambio di rotta si deve al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, che ha varato la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile: l'art. 1 comma 2 assegna all'esecuzione penale il compito di «favorire percorsi

richiamo all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato: è il caso della liberazione condizionale (art. 176 comma 4 c.p.) e della riabilitazione (art. 179 comma 6 n. 2 c.p.).

⁷⁵ Cass., sez. I, 25 settembre 2007, n. 39474, Arnesano. *Cassazione penale*, 2009, p. 1199, che segue l'orientamento già espresso da Cass., sez. I, 9 luglio 2001, n. 30785, Iegiani, in *C.E.D.*, n. 219606. Secondo l'indirizzo maggioritario, il risarcimento del danno rileva non quale prerequisite per accedere alla misura alternativa, ma sul piano del giudizio prognostico circa l'idoneità della stessa a soddisfare gli scopi rieducativi; di conseguenza, è nell'ambito di tale valutazione che entrano in gioco le prescrizioni ex art. 47 comma 7 ord. penit., il cui rispetto è poi destinato a incidere sull'esito della prova (v., tra le altre, Cass., sez. I, 17 novembre 2009, n. 47126, Colatore, in *C.E.D.*, n. 245886; Cass., sez. I, 19 maggio 2009, n. 23047, Avanzi, in *C.E.D.*, n. 244070; Cass., sez. I, 27 maggio 2004, n. 37049, Zampolini, in *C.E.D.*, n. 230361; Cass., sez. I, 8 marzo 2001, n. 15098, Gammaidoni, in *C.E.D.*, 218405). Al riguardo, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. FIORENTIN, Fabio. Uscito dalla porta, rientra dalla finestra l'obbligo del risarcimento del danno per la concessione dell'affidamento in prova del servizio sociale? *Cassazione penale*, 2009, p. 1200 s.

di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato»⁷⁶. La centralità sistematica della previsione trova riscontro nell'ampiezza dei confini applicativi, che spaziano dal trattamento intramurario alle misure alternative al carcere. Ne deriva che sono plurime le tecniche suscettibili di essere sfruttate; è così possibile calibrare l'intervento sulla specifica vicenda, la cui gravità – derivante dal titolo di reato o dalla pena inflitta – non comporta aprioristici limiti. Il punto debole, però, sta nella mancata disciplina delle procedure e delle regole da osservare: tale vuoto, che sottende una delega “in bianco” agli operatori, rischia di mettere un freno all'esplicarsi del paradigma riparativo e, forse, rivela il persistente scetticismo del legislatore. In ogni caso, è da rimarcare la scelta di valore, che ha un significato fortemente innovativo: l'auspicio è che nell'ambito minorile possano attecchire un diverso modello di esecuzione e prassi virtuose, poi da estendere – come avvenuto in altre occasioni – all'universo degli adulti⁷⁷.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGREZZA, Silvia. La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea. In: AA. VV., *Lo scudo e la spada*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 1.

⁷⁶ V. CESARI, Claudia. La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto. In: CARACENI, Lina; COPPETTA Maria Grazia (a cura di), *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Torino: Giappichelli, 2019, p. 47 s.

⁷⁷ A questo riguardo sono da menzionare le proposte di emendamenti al disegno di legge A.C. 2435 («*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per una celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello*») formulate dalla Commissione di studio nominata dal Ministro della giustizia con decreto del 16 marzo 2021 (il testo della relazione è consultabile all'indirizzo <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/relazione-commissione-lattanzi-riforma-giustizia-penale>. Accesso in: 16.7.2021). In particolare, l'art. 9-*quinquies* contempla la delega a varare una disciplina organica della giustizia riparativa («quanto a nozione, principali programmi, garanzie, persone legittimate a partecipare») sulla base di puntuali criteri direttivi, con possibilità di usufruire dei relativi percorsi «senza preclusioni in relazione alla gravità dei reati» e in un'ottica di sistema («in ogni stato e grado del procedimento di merito, nell'ambito degli istituti previsti dal codice penale, dal codice di procedura penale, dall'ordinamento penitenziario, dall'ordinamento minorile e da leggi speciali»).

BARTOLI, Laura. *La sospensione del procedimento con messa alla prova*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020.

BELLUTA, Hervé. Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, n. 1, p. 73. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.130>

BERTAGNA, Guido; CERETTI, Adolfo; MAZZUCCATO, Chiara. *Il libro dell'incontro*. Milano: Il Saggiatore, 2015.

BERTAGNINI, Elisa. Mediazione penale, giustizia riparativa e lavoro gratuito alla luce di qualche esperienza pratica. *La legislazione penale*, 2004, p. 401.

BERTOLINI, Benedetta. La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa. In: MARANDOLA, Antonella; LA REGINA, Katia; APRATI, Roberta (a cura di), *Verso un processo penale accelerato*, Napoli: Jovene, p. 25.

BRONZO, Pasquale. Il lavoro come fulcro del trattamento rieducativo. In: BRONZO, Pasquale; SIRACUSANO, Fabrizio; VICOLI, Daniele (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo carcerario"*, Torino: Giappichelli, 2019, p. 117.

CARACENI, Lina. Voce "Processo penale minorile". *Enciclopedia del diritto*. Aggiornamento, v. IV. Milano: Giuffrè, 2000, p. 1015.

CARNEVALE, Stefania. Accesso alle misure alternative. In: GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*. Disponibile in: www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org. Accesso in: 17.6.2015, p. 101.

CASTELLI, Stefano. *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano: Raffaello Cortina, 1996.

CATALANO, Elena Maria. La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1789.

CERETTI, Adolfo. Mediazione penale e giustizia. In: AA. VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Milano: Franco Angeli, 1999, p. 99.

CESARI, Claudia. *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2005.

CESARI, Claudia. Efficienza della giurisdizione penale e strategie di depenalizzazione processuale. In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *La ragionevole durata del processo*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 95.

CESARI, Claudia. Commento all'art. 28. In: GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Il processo penale minorile*, 2^a ed., Milano: Giuffrè, 2007, p. 455.

CESARI, Claudia. La Consulta supera le perplessità e la messa alla prova si radica nel sistema. *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 794.

CESARI, Claudia. La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto. In: CARACENI, Lina; COPPETTA Maria Grazia (a cura di), *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Torino: Giappichelli, 2019, p. 47.

CIARDIELLO, Patrizia. Riparazione e mediazione nell'ambito dell'esecuzione penale per adulti. *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, n. 2, p. 95.

CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*. Torino: Giappichelli, 2010.

COLAMUSSI, Margherita. *La messa alla prova*. Padova: Cedam, 2010.

COMMISSIONE GIOSTRA. *Il Progetto di riforma penitenziaria*, Roma: Nuova Editrice Universitaria, 2019.

DELLA CASA, Franco. Misure alternative ed effettività della pena tra realtà e prospettive. *Giustizia penale*, 2001, II, c. 65.

DELLA CASA, Franco. Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) “pay-back sanction”? Equivoci sul significato dell'art. 47 co. 7 o.p. *La legislazione penale*, 2004, p. 380.

DI CHIARA, Giuseppe. La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale. *Diritto penale e processo*, 2015, p. 377.

DONINI, Massimo. Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio. *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 236.

FASSONE, Elvio, Voce “Probation e affidamento in prova”. *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 783.

FERRUA, Paolo. Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale. In DANIELE, Marcello; PAULESU, Pier Paolo (a cura di), *Strategie di deflazione processuale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 181.

FIORENTIN, Fabio. Uscito dalla porta, rientra dalla finestra l'obbligo del risarcimento del danno per la concessione dell'affidamento in prova del servizio sociale? *Cassazione penale*, 2009, p. 1200.

FIORENTIN, Fabio. Attività riparative. In: GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*. Disponibile in: www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org. Accesso in: 17.6.2015, p. 202.

GIORS, Barbara. Il lavoro all'esterno e gli incentivi volti a favorire l'attività lavorativa dei detenuti. In CAPRIOLI, Francesco; SCOMPARIN, Laura (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino: Giappichelli, 2015, p. 143.

GIOSTRA, Glauco; BRONZO, Pasquale (a cura di). *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*. Roma: Sapienza Università Editrice, 2017.

GIOSTRA, Glauco, La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione. *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 4, p. 119.

KILCHLING Michael; PARLATO, Lucia. Nuove prospettive per la *restorative justice* in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto. *Cassazione penale*, 2015, p. 4188.

LOGLI, Andrea, La sospensione del processo per messa alla prova tra equivoci dogmatici e limiti operativi. In DANIELE, Marcello; PAULESU, Pier Paolo (a cura di), *Strategie di deflazione processuale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 133.

MAFFEO, Vania. *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*. Napoli: Esi, 2017.

MAFFEO, Vania. Novità sistematiche in tema di messa alla prova. Per una riconsiderazione, costituzionalmente compatibile, del rapporto tra pena e processo. *Cassazione penale*, 2018, p. 3194.

MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003.

MANNOZZI, Grazia. La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia. *Diritto penale e processo*, 2012, p. 838.

MANNOZZI, Grazia. Le aperture alla giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione. *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1530.

MANNOZZI, Grazia; LODIGIANI, Giovanni Angelo. *La giustizia riparativa*, Torino: Giappichelli, 2017.

MIRAGLIA, Michela. *La messa alla prova dell'imputato adulto*. Torino: Giappichelli, 2020.

MONTEVERDE, Lino. Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza. *Minorigiustizia*, 1999, n. 2, p. 86.

ORLANDI, Renzo. La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia. In: AA. VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 165.

PARISI, Francesco. *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*. Disponibile in: www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org. Accesso in: 24.12.2014, p. 1.

PARLATO, Lucia. La messa alla prova dopo il *dictum* della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure. *Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 1, p. 89.

PATANÈ, Vania. La mediazione. In: GIOSTRA, Glauco; ILLUMINATI, Giulio (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino: Giappichelli, 2000, p. 353.

PATANÈ, Vania. Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione. In: MESTITZ, Anna (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma: Carrocci editore, 2004, p. 19.

SCOMPARIN, Laura. Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo? *La legislazione penale*, 2004, p. 405.

UBERTIS, Giulio. Relazione. In AA. VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 143.

VICOLI, Daniele. Il ruolo della vittima nella fase esecutiva tra occasioni mancate e scenari futuri. In BARGIS, Marta; BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 527.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 22/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Review 1: 10/08/2021
- Review 2: 19/08/2021
- Preliminary editorial decision: 20/08/2021
- Correction round return: 02/09/2021
- Final editorial decision: 02/09/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (BC)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VICOLI, Daniele. La mediazione in fase esecutiva nel sistema italiano: il quadro normativo e le dinamiche applicative. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 2285-2310, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.623>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


Falta grave e sua interferência na rotatividade dos presídios do Estado de São Paulo: uma análise a partir das decisões do DEECRIM – 2ªRAJ


Gross negligence and its interference with the state of São Paulo prisons turnovers: an analysis stemmed from DEECRIM – 2ªRAJ sentences

Bruno Barros Mendes¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

brunobarrosmedes@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2126627442926661>

 <http://orcid.org/0000-0002-2820-2195>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o que é disciplina no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, o que são as faltas disciplinares nos termos da Lei de Execuções Penais, como são classificadas e quais suas consequências durante o processo executório. Além disso, apresenta pesquisa empírica consistente em análise dos procedimentos julgados pelo Departamento Estadual de Execução Criminal da 2ª Região Administrativa Judiciária (DEECRIM-2ªRAJ), submetidos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo como principal objetivo verificar se os procedimentos disciplinares violam direitos e garantias fundamentais dos sentenciados na prática. Por meio de acesso ao portal eletrônico do Tribunal Paulista, foi possível realizar a seleção procedimentos analisados e comprovar o descompasso entre o procedimento previsto na lei com a prática real. Por fim, comparando os resultados com os relatórios oficiais emitidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, aponta a possibilidade desse distanciamento

¹ Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/Minas. Membro do Grupo de Pesquisa de Jurisprudência de Direitos Fundamentais da Unitoledo Araçatuba. Advogado.

entre vigência e a efetividade dos direitos fundamentais estar interferindo na rotatividade dos presídios locais.

PALAVRAS-CHAVE: Falta Grave; Execução Penal; Rotatividade; Garantias; Pesquisa Empírica; Araçatuba.

ABSTRACT: *This paper aims to explain what disciplinary action in the Brazilian prison system is, as well as what violations of rules and infractions are in terms of the Law of Penal Actions, how they are classified and their consequences during the execution of the conviction decisions. Furthermore, this paper presents a consistent empirical research in the analysis of proceedings judged by the State Criminal Division of the 2nd Circuit Court (DEECRIM-2ªRAJ), referred to the Court of Justice of the State of São Paulo, aiming to denote that the disciplinary actions (in administrative and judicial proceedings) violate prisoners human rights and fundamental guarantees. Through access to the Court of Justice of the State of São Paulo electronic portal, it was possible to select the analyzed proceedings here presented and demonstrate the mismatch between the procedures provided in law and the applied practice in the prisons. In conclusion, comparing the results obtained in the research with the official reports issued by the National Prison Department, the outcome is that, this critical distance between the force and the effectiveness of the human rights and fundamental guarantees, characterized by the Judicial Power aloofness concerning the prison population, interferes with the local prisons turnovers.*

KEYWORDS: Gross Negligence; Penal Action; Turnovers; Guarantees; Araçatuba; Empirical Research.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Procedimentos disciplinares; 2. Faltas disciplinares e suas consequências na execução da pena 3. A metodologia e o resultado das pesquisas; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Sabemos que a disciplina não é algo próprio do sistema penitenciário, pelo contrário, faz parte da vida do homem. Em qualquer relação social, ela se aplica no sentido de se desenvolver tarefas e conviver de

forma harmoniosa nos mais variados ambientes. Ela é, portanto, própria da vida em sociedade².

Tratando-se a disciplina de elemento essencial da vida social, o instituto “deveres do preso” foi inserido no artigo 37 da Lei de Execuções Penais (LEP), visando à readaptação social e a manutenção da ordem no interior dos presídios, conforme item 63 da Exposição de Motivos 213, de 09 de maio de 1984³.

Em síntese, a disciplina no sistema prisional estabelece “um conjunto de normas observadas pelo recluso e estabelecidas pelo estatuto da unidade carcerária”⁴. Sua função é possibilitar a execução das regras de convívio e sua concretização se dá pela adesão às normas definidas pela Diretoria do Presídio, que envolvem obediência à hierarquia, sanções normalizadoras e procedimentos específicos de segurança⁵.

Não é necessário muito esforço para perceber que o sistema disciplinar teve sua finalidade deturpada, tornando-se instrumento de controle e sedimentação de injustiças no cárcere. Atualmente, apesar dos

² FILHO, Luiz Carlos Gonçalves. *A lei de execução penal e os efeitos decorrentes da prática de falta disciplinar de natureza grave*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2006, p.77.

³ “A instituição dos deveres gerais do preso (artigo 37) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 38), representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra. Sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado com ônus naturais da existência comunitária” (BRASIL, 1984).

⁴ FILHO, Luiz Carlos Gonçalves. *A lei de execução penal e os efeitos decorrentes da prática de falta disciplinar de natureza grave*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p.78.

⁵ “O regime disciplinar prisional tem uma série de especificidades no que diz respeito ao conteúdo das proibições – e da própria ideia de ética e disciplina que as proibições veiculam, ao modo como as infrações são atribuídas e processadas, às possibilidades de defesa técnica e, ainda, às formas de articulação entre a administração pública e o poder judiciário” (MACHADO, Maira Rocha; PINTO, Patrícia Bocado Batista. A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 152, n. 27. p. 117-143, fevereiro 2019).

direitos dos presos serem diariamente violados pelo Estado, sem que exista qualquer consequência legal a favor dos detentos, o descumprimento dos deveres impostos aos reclusos é rigorosamente punido pelas autoridades administrativas e judiciais⁶.

Neste cenário, os conflitos entre presos e agentes penitenciários tornaram-se algo rotineiro, por um lado à população carcerária exigindo direitos básicos como alimentação, saúde, higiene e respeito aos visitantes⁷. Do outro, os servidores exigindo ordem e disciplina. Não é uma tarefa fácil manter a disciplina em presídios, por isso há um respaldo da legislação no sentido de penalizar as faltas disciplinares.

Diante da inobservância das regras de convivência, assim como da prática de algumas condutas previstas em lei, os sentenciados incorrem nas chamadas faltas disciplinares, que, de acordo com a gravidade do ato praticado, poderão ser classificadas como faltas graves, médias e leves.

No entanto, para que haja a classificação e imposição das respectivas sanções, a legislação estabelece uma sequência de atos administrativos e judiciais, que aqui serão denominados de procedimentos disciplinares, objeto central do presente estudo.

Levanta-se aqui a problemática. Será que os procedimentos disciplinares, administrativos e judiciais, responsáveis por julgar e classificar os atos faltosos praticados nos presídios paulistas, respeitam princípios constitucionais como acesso à justiça e o devido processo legal com exatidão?

Sendo assim, o trabalho deixa de lado as alegações ligadas à má administração penitenciária, questionando questões intimamente ligadas

⁶ “A resposta é bastante óbvia: a política criminal brasileira não possui a mínima preocupação em desenvolver o sistema prisional, em respeitar os direitos mais fundamentais do preso”. (SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007, p. 235).

⁷ “A atual situação carcerária brasileira dispensa-nos de demonstrar que os direitos arrolados no art. 6º, na grande maioria dos casos, são simplesmente ignorados positivamente pelo Estado. Aliás, a satisfação de direitos sociais na execução da pena atravessa uma crise bem mais acentuada em relação ao desrespeito dos direitos individuais nessa mesma matéria.” (SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007, p. 233).

ao sistema de justiça, a estrutura do processo de execução penal e aos vícios práticos decorrentes dos inúmeros problemas normativos, o que talvez constitua o epicentro da crise penitenciária no Brasil⁸.

Inicialmente, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, o presente artigo tem como objetivo compreender o que é disciplina e como ela funciona durante a execução da pena, o que são as faltas disciplinares, como são classificadas e quais suas consequências durante o processo executório, buscando a compreensão teórica sobre esse peculiar sistema disciplinar.

Após a abordagem teórica, o artigo apresenta pesquisa empírica consistente na análise de 56 procedimentos disciplinares julgados Tribunal de Justiça, advindos de recursos interpostos contra as decisões do Departamento Estadual de Execução Criminal da 2ª Região Administrativa Judiciária (DEECRIM-2ªRAJ), com o objetivo de verificar se os procedimentos analisados violam ou não direitos fundamentais dos acusados. Para tanto, foi necessário a utilização do portal eletrônico do mencionado Tribunal, onde foi possível realizar a seleção dos acórdãos e ter acesso aos procedimentos disciplinares através dos documentos anexados aos recursos. Verificou-se, ao final da pesquisa, que os procedimentos analisados, tanto no âmbito administrativo quanto na esfera judicial, violam direitos básicos como acesso à justiça e o devido processo legal.

Por fim, comparando os resultados obtidos com os dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional, levanta-se a possibilidade dessa constante violação de direitos, somada ao número de procedimentos instaurados e de sentenciados envolvidos nas sindicâncias, estarem interferindo na rotatividade do sistema penitenciário Paulista, onde a maior parte dos sentenciados encontra-se em regime fechado.

⁸ Reforçando a posição de Salo de Carvalho ao afirmar que “mesmo se a Lei de Execução Penal fosse cumprida em sua integralidade os direitos dos apenados não estariam garantidos em decorrência da estrutura processual inquisitória que molda o último estágio do processo penal”. (CARVALHO, Salo de. Da necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de execução Penal. *Crítica à Execução Penal*. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 419).

1. PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

Como salienta Ada Pellegrini Grinover “a execução penal é uma atividade complexa de cunho administrativo e jurisdicional”⁹. Portanto, conforme regulamentado no art. 59 da Lei de Execuções Penais, diante da prática de ato indisciplinado, deverá ser instaurado procedimento interno na unidade prisional para sua apuração, observando o regulamento local, assegurando, em todos os casos, o direito de defesa. Após o término da fase administrativa, a sindicância deverá ser submetida à esfera judicial¹⁰.

Da leitura do referido artigo, extrai-se que os procedimentos disciplinares podem ser considerados bifásicos, em um primeiro momento os atos serão analisados pela administração carcerária de acordo com a regulamentação local, só então, após o término do procedimento administrativo, a sindicância será submetida ao juiz competente, para que após a manifestação das partes, atribua ou não consequências jurídicas ao fato.

No âmbito da Administração Penitenciária Paulista, as sindicâncias estão regulamentadas pelos artigos 58 a 75 da Resolução 144 de 2010, da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo¹¹.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo de execução e direito de defesa. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 59, n. 15, p. 56, 1978.

¹⁰ “Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos, mas que seja entendido em sua função garantidora, ficam asseguradas ao réu as garantias constitucionais do “devido processo legal”; o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo de execução e direito de defesa. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 59, n. 15, p. 56, 1978).

¹¹ “Se os processos de execução penal ou de apelação se desenrolam fundamentalmente no âmbito do sistema de justiça; na sindicância, funcionários e gestores da prisão desempenham um maior protagonismo. Mesmo sua formação institucional, sua estrutura jurídica, é híbrida: parte estabelecida pela Lei de Execuções Penais (LEP) – Lei 7.2010/84; parte a cargo de autoridades administrativas da esfera estadual – em São Paulo, a última regulamentação se deu através da Resolução SAP 144, de 29 de junho de 2010.” (GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na vida dos tempos*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia, FFLCH, USP, São Paulo, 2015, p.98).

Tomando como análise a referida resolução, inicialmente, quando um servidor presencia ou tem conhecimento da ocorrência de uma suposta falta disciplinar de qualquer natureza por parte de algum preso, deve ser imediatamente elaborado “Comunicado de Evento” e encaminhado ao diretor da unidade prisional, discriminando minuciosamente a data, hora, local, identificação do (s) preso (s) envolvido (s), circunstâncias do fato e testemunhas.

Após a comunicação, cabe ao diretor adotar medidas cautelares que entender necessárias e instaurar, através de portaria, o procedimento disciplinar em até 5 dias a partir da data do conhecimento do fato, o qual deverá ser conclusivo em até 30 dias. No entanto, na prática, o presente prazo não conduz a invalidação do procedimento e da punição, deixando os sentenciados à deriva da morosidade estatal, constituindo, nas lições de Rodrigo Duque Estada, um “atentado contra a celeridade na execução penal”¹².

O artigo 64 e seu § 1º da Resolução 144 de 2010 (São Paulo), regulamenta o procedimento em si, nos seguintes termos:

Artigo 64 - Após a instalação dos trabalhos, a autoridade apuradora deve providenciar o que segue: I- data, hora e local da audiência; II- citação pessoal do preso acerca da acusação, cientificando-o sobre o comparecimento à audiência na data e hora designadas, acompanhado de advogado; III- intimação das testemunhas da administração. §1º - na impossibilidade de citação do preso em face de fuga ou abandono, deve a autoridade apuradora solicitar ao diretor da unidade prisional o sobrestamento do procedimento até a recaptura, informando a autoridade judicial competente para eventual decisão cautelar. §2º - a autoridade apuradora, no momento da citação do preso, deve inquiri-lo sobre a existência de defensor constituído para proceder a sua defesa, cientificando-o sobre a possibilidade de ser assistido por defensor dativo.

Após a instauração e a citação de todos os envolvidos, o procedimento administrativo segue rito o sumaríssimo, com audiência única, facultando ao acusado a apresentação de defesa preliminar, podendo

¹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

apresentar neste momento até 03 (três) testemunhas, assim como requerer e produzir outras provas, sendo facultado a autoridade limitar ou excluir as provas excessivas, impertinentes ou protelatórias. Diante da impossibilidade de produção de provas em uma única audiência, poderá ser designado outros atos. Apesar da previsão legal, a jurisprudência classifica tal procedimento como “informal”¹³, o que contribui com a violação sistêmica de direitos no âmbito administrativo, como ficará demonstrado na pesquisa.

Encerradas as fases de instrução e defesa, a autoridade apuradora apresenta o relatório geral, encaminhando os autos ao diretor da unidade prisional, que proferirá a decisão final. Após a conclusão, o procedimento administrativo deve ser imediatamente enviado para o juízo competente, que, por sua vez, deveria fiscalizar as regularidades do procedimento administrativo e garantir o contraditório e a ampla defesa, também na esfera judicial¹⁴.

No âmbito judicial, os artigos 194 a 197 da Lei de Execuções Penais discorrem sobre os procedimentos em geral que se desenvolve nas Varas de Execuções Penais. Na prática, quando o assunto envolve faltas disciplinares, após o procedimento administrativo ser juntado aos autos, o Ministério Público, que deve assumir polo ativo da relação jurídica, é imediatamente intimado para se manifestar sobre o ato indisciplinado¹⁵.

¹³ “O rito sumaríssimo do processamento de faltas graves, considerado informal e célere pela jurisprudência, impõe prazos menores para a produção de provas e menor número de testemunhas (três)” (PINTO, Patrícia Bocado Batista. *Faltas disciplinares em penitenciárias femininas: um estudo das decisões do TJSP*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 64).

¹⁴ Sobre a importância da execução penal jurisdicionalizada: “a consolidação de uma execução penal jurisdicionalizada, mais humana, responsável e alinhada com o Estado de Direito, com viés abertamente voltado à finalidade de prevenção especial positiva e a harmônica integração social do condenado e do internado, como preconiza seu artigo inaugural” (PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal. Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 227).

¹⁵ “Para aproximarmos a execução penal da estrutura dialética do processo de conhecimento (ideal garantista), devemos estabelecer de forma clara qual é a esfera de atuação de cada agente. É imprescindível que o Ministério Público assuma a iniciativa da execução e também atue no polo ativo ao seu longo” (LOPES JR, Aury. *Revisando o Processo de Execução Penal a partir*

Após a manifestação do *parquet*, o sentenciado, devidamente representado, deve ser ouvido. No entanto, no cotidiano forense, a oitiva do sentenciado é substituída pela manifestação escrita da Defesa. A lei ainda ressalta que havendo necessidade de realização de provas pericial ou oral, o juiz aguardará a produção ou designará audiência.

Portanto, observando o texto legal é indiscutível a necessidade de garantir direitos relacionados ao devido processo legal, devendo o magistrado comportar-se como expectador da atividade das partes¹⁶, guiando-se pelos princípios da imparcialidade e respeitando outras atribuições indispensáveis ao juiz natural¹⁷.

Por fim, após a produção das provas e manifestação das partes, a autoridade judicial poderá absolver, anular, determinar diligências ou condenar o sentenciado pela prática de falta leve, média ou grave, sempre de forma fundamentada e individualizada¹⁸, vez que as faltas disciplinares

da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007, p. 381.)

¹⁶ “O processo de execução penal (e o de conhecimento também) exige um juiz de garantias e não um juiz inquisidor. A posição desse juiz na execução é muito similar aquele que deve adotar na investigação preliminar, conforme já apontamos em outra oportunidade. O juiz garante não investiga e tampouco assume uma posição de inquisidor, ativo na busca de elementos, pois isso acarreta um claríssimo comprometimento da imparcialidade (nisso reside os equívocos do nosso sistema).” (LOPES JR, Aury. Revisando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007, p. 381).

¹⁷ Sobre a importância do juiz natural na execução da pena, Claudio Prado Amaral: “sua principal função consiste em inviabilizar a interferência de outros Poderes do Estado, especialmente o Executivo, no exercício da atividade jurisdicional. Se trata, pois, de uma garantia tão importante quanto a própria jurisdição. É uma garantia do cidadão. Na medida em que a Execução interfere no tempo de encarceramento de modo decisivo, apenas utilizando a “máquina”, fere-se substancialmente a garantia do juiz natural”. (AMARAL, Claudio do Prado. Em busca do devido processo de execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ed. RT, n. 81, ano 17, p. 178, 2007).

¹⁸ “Tais regras básicas de um modelo garantista devem ser aplicadas na sua totalidade no processo de execução, inclusive na apuração de faltas disciplinares, pois muitas vezes a sanção é tão ou mais grave que aquela atribuída pela lei penal a condutas delituosas”. (LOPES JR, Aury. Revisando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007, p. 381).

implicam em consequências gravíssimas, que interferem diretamente na liberdade de locomoção dos sentenciados¹⁹.

2. FALTAS DISCIPLINARES E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA EXECUÇÃO DA PENA

A própria Lei de Execuções Penais (LEP), em seu art. 49, classifica as faltas disciplinares em leves, médias e graves, dando autonomia para que as leves e as médias sejam definidas pela localidade, ou seja, para que tenham apenas consequências administrativas, que poderão ser aplicadas, nos termos da lei, pelo próprio diretor da unidade prisional²⁰.

Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções. Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Já as faltas graves – objeto da presente pesquisa – são definidas nos artigos 50 a 52 da LEP, nos quais também estão previstas algumas consequências. No art. 50 da LEP são previstas as seguintes condutas para os condenados à pena privativa de liberdade ou ao preso provisório naquilo que lhes couber: incitar ou participar de movimento para subverter

¹⁹ “Observa-se, portanto, que até mesmo em atividades cuja intervenção judicial é obrigatória por lei, como no caso dos direitos relacionados ao sistema progressivo de cumprimento da pena, não se pode assegurar que a jurisdição exerça o seu papel declarado de garantia dos direitos. Pelo contrário, nesta seara, a intervenção judicial parece exercer uma função oposta ao que dela se espera, posto que na realidade concreta a atividade judicial tem sido muito mais um mecanismo de violação do que de garantia de direitos na execução penal.” (CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018).

²⁰ “As faltas médias e leves são tipificadas, no caso de São Paulo, pela SAP, órgão da execução penal que concentra competências administrativas relativas às 170 unidades prisionais do território paulista. A SAP prevê um extenso rol de 23 faltas médias (artigo 45) e 11 faltas leves (artigo 44).” (PINTO, Patrícia Bocado Batista. *Faltas disciplinares em penitenciárias femininas: um estudo das decisões do TJSP*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 54).

a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da mesma Lei (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas); tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Além disso, recentemente, a Lei nº 13.964 de 2019 tipificou como falta disciplinar a recusa ao procedimento de identificação do perfil genético.

No art. 51 da mesma lei, estão previstas as faltas graves para os condenados à pena restritiva de direitos, quais sejam: descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; e inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

Diante do reconhecimento judicial da prática do fato previamente definido em lei, o Juiz poderá impor consequências jurídicas aos sentenciados, que acabam por agravar significativamente, o modo de cumprimento de pena dos detentos envolvidos.

Conforme a pesquisa realizada, após o reconhecimento do ato indisciplinado considerado grave, o juiz, normalmente, determina o reinício da contagem do lapso para fins de progressão, a regressão de regime, se cabível, e a perda de até 1/3 dos dias remidos.

Ada Pellegrini Grinover afirma que esses efeitos são considerados legítimos em razão da própria natureza da sentença penal condenatória, que contém a chamada *cláusula rebus sic stantibus*, que autoriza a modificação do modo de cumprimento da pena durante o processo executório, alterando-se de acordo com o surgimento de novos fatos no curso da execução²¹.

²¹ “A sentença penal contém a cláusula rebus sic stantibus, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transitada em julgado, sendo porém passível de um processo

Diante de tantos malefícios, é obvio que a falta grave possui íntima ligação com a liberdade de locomoção dos sentenciados²². Por esse motivo, os procedimentos judiciais deveriam ser cuidadosos e individualizados, visando descobrir os verdadeiros motivos que deram ensejo ao ato faltoso, garantindo amplo acesso à justiça e ao juiz natural, dentre outros direitos previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, evitando que o Poder Executivo interfira diretamente no tempo e modo de cumprimento da pena dos sentenciados.

Na prática isso não acontece²³. Ao invés disso, as autoridades administrativas instauram centenas de procedimentos disciplinares todos

de integração em obediente a cláusula que contém; é, pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos expressamente autorizados por lei. É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da sentença condenatória penal transitada em julgado, daí derivando a extensa gama de atividades jurisdicionais no processo de execução penal, em cujo curso as modificações se operam.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo de execução e direito de defesa. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 59, n. 15, p. 56, 1978).

²² “Através da sindicância, o poder de determinar a qualidade e a duração efetiva do período de reclusão, os direitos adquiridos e os lapsos de progressão, escapa ao judiciário, que acaba por exercer um papel secundário, de mero avalista. O fluxo de processos de execução penal de um preso castigado em sindicância é totalmente alterado, em primeiro lugar, porque o período do pote não encerra o castigo; o preso volta para o raio, mas carrega um novo lapso a ser cumprido – um tempo de reabilitação, que pode chegar a um ano em casos de falta grave. Nesse período, nenhum peido de benefício poderá ser feito e o que já tramita ficará parado. Ainda, para aqueles que já estão em regime semiaberto, a sindicância pode levar à regressão cautelar. Finalmente, após o cumprimento do prazo de reabilitação (sem novas faltas), o registro de sindicância em seu prontuário passa a condicionar, negativamente, as decisões do juiz a respeito da concessão de benefícios que o preso venha a ter direito, mesmo depois de muitos anos. Tais impactos dos processos de sindicâncias no desenvolvimento das penas são fontes de muita angústia e ansiedade num raio de penitenciária, objetos de muitas dúvidas e questionamentos nas visitas pastorais.” (GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na vida dos tempos*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia, FFLCH, USP, São Paulo, 2015, p.99).

²³ “Desde esse ponto de vista, é possível discutir a precariedade das estruturas voltadas à defesa jurídica gratuita; o desconhecimento, por parte de promotores e juizes, das condições reais de encarceramento; a inadequação dos recursos técnicos e administrativos das varas; a falta de qualificação dos profissionais – os déficits de formação, seja em técnicas de gestão, seja em

os anos e, na grande maioria dos casos, tais procedimentos são marcados pela ausência de atos formais, pela inércia defensiva, entre outras irregularidades que violam o princípio do devido processo legal.

Esse ilegal comportamento, em razão do constante processo de desjudicialização das Varas de Execuções Penais²⁴, normalmente é homologado pelo Judiciário, que acaba punindo em demasia vários sentenciados, utilizando-se para tanto de procedimentos de praxe, fazendo com que a maioria dos acusados sejam condenados sem direito efetivo de defesa, sem acesso ao juiz natural, como base exclusivamente nos elementos administrativos irregulares²⁵.

3. A METODOLOGIA E O RESULTADO DAS PESQUISAS

Por se tratar de exame relacionado a matéria envolvendo Execução Penal, em que parte dos processos ainda são físicos no Estado de São Paulo, foi necessário limitar-se aos processos digitais. Assim, a pesquisa tem como objeto os procedimentos julgados pelo Departamento Estadual de Execução Criminal da 2º RAJ (DEECRIM-2ªRAJ) submetidos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de agravo em execução penal, com o

direitos humanos”. (GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na vida dos tempos*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia, FFLCH, USP, São Paulo, 2015, p.92).

²⁴ “Infelizmente, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, diretores de Unidades Prisional, Diretores de Escola, personagens que não estão inseridos no Poder Judiciário, mas sim no Poder Executivo, hoje decidem o destino dos presos”. (MENEZES GULLA, Gabriela. Ideias para a construção de uma Execução Penal. In: *democrática*. ed. 1. Rio de Janeiro: NUSPEN, 2010, p. 125).

²⁵ “Tem-se, assim, que a caracterização do processamento das faltas graves como de natureza administrativa tem implicações perversas para a pessoa sancionada, uma vez que o que está em jogo é, em última análise, a sua liberdade. Ainda assim, as sanções aplicáveis pela administração não são submetidas ao controle jurisdicional, e as sanções aplicáveis pelo judiciário são tratadas como meros “efeitos” do registro de falta grave, sem grandes consequências à vida da pessoa sancionada.” (PINTO, Patrícia Bocardio Batista. *Faltas disciplinares em penitenciárias femininas: um estudo das decisões do TJSP*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 68).

objetivo de responder a seguinte pergunta: os procedimentos disciplinares analisados respeitam direitos e garantias fundamentais na prática?

Visando comprovar esse distanciamento entre o “direito dos livros e o direito na prática”²⁶, a pesquisa prestou-se a: I) identificar acórdãos julgados pelo TJ/SP, originados de recursos de agravo em execução interpostos contra decisões do DEECRIM-UR2; II) analisar os documentos anexados aos recursos, a fim de conferir informações ligadas ao cumprimento de direitos e garantias nos procedimentos disciplinares (administrativos e judiciais); III) examinar as consequências imputadas aos detentos pelas decisões judiciais; IV) apontar a possibilidade das faltas disciplinares estarem interferindo na rotatividade dos presídios locais, com base em dados oficiais. Limitando-se, no entanto, a análise da existência (ou não) de determinadas formalidades ligadas a efetivação do devido processo legal, deixando de analisar questões ligadas ao conteúdo material dos procedimentos, as peculiaridades de cada falta disciplinar, assim como a existência ou não de recursos aos Tribunais Superiores.

Por meio de acesso ao portal eletrônico do mencionado Tribunal e da ferramenta “Consulta de Jurisprudência”, foi possível realizar a seleção dos documentos analisados. Para tanto, foi necessário o uso de diversas palavras chaves visando limitar a matéria a ser pesquisada, para alcançar o maior número de decisões possíveis envolvendo o tema²⁷.

²⁶ “O descompasso entre o “direito nos livros” [law in the books] e o “direito na prática” [law in action] não seria imputável apenas à defasagem ou à “fase”, mas principalmente daria expressão à descontinuidade entre cultura e estrutura social”. (GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Trad: CHASIN, Ana Carolina (Org.. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2018).

²⁷ Inicialmente, deve ser acessado o portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (www.esaj.tjsp.jus.br). Em seguida, deve-se clicar no link “Consulta de Jurisprudência”. Após, no tópico “Consulta Completa” e, depois, em “Pesquisa Livre”. No campo “Palavras Chaves”, de modo a alcançar o maior número de decisões possíveis, utilizou-se os seguintes dizeres: “deecrim ur2 agravo em execução falta grave”. Por fim, foi feita a seleção da comarca de Araçatuba/SP e os acórdãos publicados pelos órgãos colegiados entre 01/08/2019 até 20/12/2019. Após a seleção dos acórdãos, foi necessário consultar individualmente o número dos processos em segunda instância para ter acesso aos documentos anexados ao recurso (“consulta de processo em segundo grau”).

Em seguida, foram estabelecidos alguns recortes, limitando a pesquisa à comarca de Araçatuba, sede do DEECRIM-UR2, e aos acórdãos publicados entre os períodos de 01 de agosto 2019 até 20 de dezembro de 2019 pelo TJ/SP. O recorte espacial teve como fundamento a crescente construção de presídios nos últimos anos na região de Araçatuba, interior do Estado de São Paulo. Já o recorte temporal, limitou-se ao segundo semestre de 2019, período em que se desenvolveram as atividades do “I Seminário de Desenvolvimento do Estado Democrático de Direito” da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP), onde a pesquisa foi apresentada em sua fase inicial e recebeu importantes orientações para enfrentar os principais problemas metodológicos.

Além disso, é importante registrar que, por se tratar de ambiente eletrônico alimentado pelo corpo funcional do próprio Tribunal, é possível que mesmo com delineamento feito, a pesquisa não tenha alcançado todos os procedimentos julgados pelos juízes do DEECRIM- 2ª RAJ, dentro dos recortes estabelecidos. No entanto, em razão do número de processos localizados, foi possível atingir os resultados esperados. Ao final, foram localizados 101 julgados.

Após a seleção dos acórdãos, foi necessário consultar individualmente o número dos processos em segunda instância, para ter acesso aos documentos anexados aos recursos (procedimento administrativo, manifestação das partes e decisão de primeira instância).

A coleta de dados foi feita e registrada por meio de planilha dívida em três partes. Na primeira, foram discriminados os dados que possibilitam a conferência das informações coletadas: “Número do Agravo em Execução”; “Assunto”; “Câmara Julgadora”; “Processo de Origem”; “Comarca de Origem”; “Unidade onde a falta foi praticada”; “Número de ordem do Procedimento”; “Nome do Sentenciado”; “Número de sentenças envolvidos na falta”; “Data da Falta”.

Feito o preenchimento dos campos iniciais, foram descartados os procedimentos que não se tratavam de recurso de Agravo de Execução, os que não se referiam ao julgamento de faltas disciplinares e, por fim, aqueles que não foram decididos pelos juízes do DEECRIM-2ª RAJ. Após o referido descarte, que não foi capaz de comprometer os resultados da pesquisa, restaram então 56 procedimentos disciplinares que constituem o objeto principal do trabalho (Anexo I).

Em que pese os procedimentos tenham sido julgados na localidade delimitada, verifica-se que as sindicâncias que deram origem as decisões judiciais foram instauradas em diversos estabelecimentos prisionais, localizados em 28 cidades do Estado de São Paulo²⁸. Isso acontece, pois a competência para o julgamento é estabelecida de acordo com a localidade atual do sentenciado e não da penitenciária onde o fato foi praticado.

Outro dado que nos chamou atenção foi o número de presos elencados nos comunicados de evento analisados, totalizando 536 sentenciados acusados de praticar ato indisciplinado, ou seja, uma média aproximada de 09 presos por comunicado de evento.

O total de presos envolvidos ganha maior importância quando analisamos o número de ordem dos comunicados de evento que deram origem aos procedimentos disciplinares. Isso porque, as Unidades Prisionais instauraram um número significativo de sindicâncias todos os anos. Por exemplo, a Penitenciária Luís Aparecido Fernandes de Lavínia, que até o mês de outubro do ano de 2018 instaurou 712 procedimentos disciplinares²⁹, ou seja, uma média aproximada de 70 comunicados por mês durante o ano de 2018.

Desta forma, em que pese não seja possível estabelecer o número exato de presos envolvidos e comunicados de eventos instaurados nas penitenciárias locais, em razão da limitação do acesso as informações necessárias, os dados comprovam que as sindicâncias vêm sendo instauradas rotineiramente dentro das Unidades Prisionais locais, além de envolver vários sentenciados.

Na segunda parte da planilha, foram identificadas questões relacionadas ao objeto central da pesquisa, que envolvem o acesso à justiça e o devido processo legal no julgamento de faltas disciplinares.

²⁸ Nas cidades de Americana, Irapuru, Nova Independência, Rolândia, Valparaíso, Praia Grande, Lavínia, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, Birigui, Avaré, Itatinga, São Paulo, Avanhadava, Dracena, Marília, Piracicaba, Reginópolis, Mirandópolis, São Bernardo do Campo, Iperó, Itapetininga, São José do Rio Preto, Cerqueira Cesar, Presidente Bernardes, Pontal e Pracinha, todas situadas no Estado de São Paulo.

²⁹ TJ/SP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução: 0003643-30.2019.8.26.0509. Rel. Toloza Neto. 3ª Câmara Criminal. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em 03 fev. 2020.

Para tanto, foi estabelecido uma série de perguntas a serem respondidas de forma objetiva: “Qual a data da citação?”; “Qual a data em foi iniciada a produção de provas no procedimento administrativo?”; “A defesa produziu ou requereu a produção de provas durante o procedimento administrativo?”; “O Ministério Público individualizou a conduta do sentenciado ao se manifestar sobre o procedimento administrativo?”; “A Defesa e o Ministério Público produziram alguma prova em juízo?”; “O sentenciado foi ouvido judicialmente?”.

Nesta etapa, verificou-se que 35 dos procedimentos analisados continham vícios insanáveis na citação³⁰, ou seja, aproximadamente 62% dos casos analisados possuem irregularidades na “exigência fundamental ao exercício do contraditório”³¹.

Além disso, em todos os casos analisados, a Defesa sequer produziu provas em sede administrativa, ou seja, manteve-se inerte na construção do conjunto probatório, limitando-se apenas ao acompanhamento do interrogatório e a apresentação da defesa final. Destaca-se nesta fase, que a grande maioria dos acusados foram acompanhados por advogados da Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel (FUNAP), vinculada à Secretaria de Administração Penitenciária, que presta assistência jurídica às pessoas presas no estado de São Paulo³².

³⁰ Foi considerado vício a ausência de citação, as citações realizadas após a oitiva da primeira testemunha, as citações sem assinatura, assim como as efetuadas no prazo inferior a três dias antes do início da oitiva das testemunhas e demais envolvidos, de acordo com Resolução 144 de 2010, da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 103.

³² “Embora esteja legalmente previsto que todo a sindicância deve seguir os princípios do contraditório e da ampla defesa, os advogados da FUNAP que trabalham na unidade pouco participam desse particular processo. Muitos presos relatam que prestaram depoimentos ou compareceram a oitivas sem a assistência de um advogado de defesa, e que tudo o que falaram, na verdade, não teve consequência prática alguma, bastando a acusação do ASP para imputar-lhes a culpa.” (GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na vida dos tempos*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia, FFLCH, USP, São Paulo, 2015, p.92).

Se não bastassem tamanhas irregularidades no âmbito penitenciário, quando os procedimentos foram submetidos à esfera judicial, o Ministério Público em todos os casos, sem exceção, se manifestou de forma genérica, limitando-se apenas a afirmação de que o procedimento estava formal e materialmente em ordem, requerendo a imposição das consequências ao ato faltoso, sem sequer descrever o fato, aprofundar no conjunto probatório e descrevendo, com exatidão, a conduta do sentenciado.

Neste momento, verifica-se uma espécie de atuação como fiscal do procedimento, deixando de lados os ônus impostos pelo sistema acusatório, dificultando o trabalho da defesa e favorecendo arbitrariedades das autoridades administrativas.

Adiante, ainda na esfera judicial, verificou-se que em apenas 01 dos procedimentos analisados houve a produção de prova em juízo. Neste caso isolado, a Defesa juntou aos autos documentação visando comprovar que o sentenciado na época do fato era dependente químico. Nos outros 55 casos, nenhuma prova foi produzida em juízo.

Por fim, outro ponto que chama atenção é que, em que pese a Defesa tenha requerido a oitiva judicial dos acusados na grande maioria dos casos, em nenhum deles o sentenciado não foi ouvido judicialmente, ou seja, em todos os procedimentos analisados os sentenciados não tiveram acesso a autoridade judicial. Esse dado, também nos chama atenção, pois releva a impessoalidade dos julgamentos e a relativização do direito básico de acesso ao juiz natural.

Por fim, na terceira parte da planilha, foram relacionadas as consequências imputadas pelo Juiz de Primeiro Grau e o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o caso, através das seguintes perguntas: “Qual a consequência da decisão proferida pelo juiz de primeiro grau?”; “Qual a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo como órgão revisor?”.

Após analisar o teor das decisões proferidas pelos juízes do DEE-CRIM-2ªRAJ, constatou-se que em apenas 01 dos casos analisados a falta disciplinar de grave foi desclassificada para falta média, nos outros 55 casos os sentenciados, mesmo diante ausência de produção de provas em juízo e das irregularidades contidas nos procedimentos administrativos, foram condenados pela prática infração considerados graves.

Ressalta-se que em nenhum dos casos o juiz teve contato pessoal com o acusado, além disso, até mesmo nos casos em que sentenciado foi regredido de regime não houve a solicitação de oitiva judicial, em total desacordo com o artigo 118 da Lei de Execuções Penais.

Quanto às consequências jurídicas atribuídas ao ato faltoso, todas as decisões condenatórias determinaram o reinício do lapso para fins de progressão a partir da data da falta, a perda parcial dos dias remidos e, quando cabível, a regressão de regime. Neste ponto, houve variação apenas no tocante a perda de dias remidos, levando-se em consideração que em 23 dos casos analisados os juízes determinaram a perda de apenas 1/6 dos dias, nos demais foi determinada a perda da fração máxima permitida em lei (1/3).

Por fim, analisando o teor dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, constata-se que 04 procedimentos foram anulados, 07 dos sentenciados foram absolvidos, 02 tiveram suas condutas desclassificadas e apenas um detento teve sua punibilidade extinta em razão ocorrência do fenômeno da prescrição, ou seja, apenas 14 decisões foram reformadas.

Conclui-se, a partir das informações acima, que as decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau possuem guarda no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que nos remete a um possível caráter estadual da pesquisa.

Em síntese, as condenações administrativas, na grande maioria dos casos, são simplesmente confirmadas pelas pelo Poder Judiciário, não havendo como sustentar a natureza jurisdicional dos procedimentos disciplinares analisados. Na verdade, os agentes penitenciários são os verdadeiros responsáveis pelo julgamento dos presos e seus depoimentos são absolutos dentro do quadro probatório.

Neste cenário, o preso que atrasa alguns minutos para retornar do benefício de saída temporária recebe a mesma punição daquele que abandona o regime semiaberto; os que se revoltam com a falta de atendimento médico são punidos de forma idêntica aqueles que portam um aparelho telefônico dentro da cela.

Por fim, analisando o relatório emitido em junho de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional³³, nota-se que na época aproximadamente 76% da população carcerária que cumpria pena nos estabelecimentos prisionais no Estado de São Paulo, encontrava-se em regime fechado, sendo esse número quatro vezes superior aos que cumpriam pena em regime semiaberto, mesmo a maior parte da população carcerária paulista tendo pena igual ou inferior a oito anos de prisão.

Outro dado que nos chama atenção é que o número de entrada é superiormente maior do que o número de saída de pessoas do sistema penitenciário paulista.

Assim, quando levamos em consideração os números apresentados e os requisitos objetivos legais necessários para progressão de regime, fica evidente que as condenações pela prática de faltas disciplinares de natureza grave contribuem como o problema da rotatividade dos presídios paulistas.

Ao final, verifica-se, na verdade, uma marcante contradição entre as garantias processuais expressamente previstas em lei e amplamente defendida pela doutrina, como apontado nos tópicos anteriores, com a realidade prática durante a execução da pena.

É como se o processo executório não tivesse tanta importância quanto os processos de conhecimento, como se os direitos dos sentenciados inerentes ao devido processo legal tivessem sido afastados em virtude do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fazendo com que às lições mais valiosas da academia e o próprio texto da lei fossem extintos em decorrência da praxe processual.

No entanto, quando o assunto envolve faltas disciplinares, atos irregulares como esses são altamente lesivos ao sistema penitenciário local, seja em razão do sentimento de revolta e indignação da população carcerária, seja em decorrência da interferência na rotatividade dos presídios locais. Isso porque, sem direito de defesa, sem respeito ao devido processo legal, o número de condenações e arbitrariedade aumentam e em decorrência das consequências legais dadas ao ato indisciplinado - a

³³ Disponível em < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em 03 fev. 2020.

rotatividade do sistema diminui, fazendo com que muitos reclusos cumpram maior parte de sua pena em regime fechado em razão de injustiças legitimadas pela prática forense.

Quanto a rotatividade, é importante destacar que esse fato gera, por sua vez, uma espécie de “efeito cascata”, que torna-se imensurável a longo e médio prazo, vez que quanto mais homens amontoados em regime fechado em condições sub-humanas, maior o número de atos indisciplinados praticados em decorrência desse ambiente hostilizado, ou seja, maior o número de sindicâncias instauradas, maior o números de condenações de praxe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, ressalta-se que vários fatores contribuem com a superlotação do sistema penitenciário do Estado de São Paulo, entre eles as faltas disciplinares, o objeto de análise da pesquisa, que assumi parcela significativa do problema no cenário atual.

Acontece que, pensar no fim do sistema punitivo durante a execução da pena é algo utópico e imaturo, vez que ainda não há alternativas legítimas para manutenção da ordem sem o sistema disciplinar pregado pela Lei de Execuções Penais. No entanto, é indispensável a concessão de garantias processuais aos acusados, assim como acesso integral à justiça por meio de interrogatório judicial, dentre outras medidas devem ser tomadas para garantir o efetivo direito de defesa, a fim de diminuir os efeitos maléficis das infrações disciplinares.

Outro ponto, relaciona-se com os problemas estruturais, humanos, advindo da falta de funcionários diante do alto número de sentenciados no sistema, mas só isso não basta. Para que a mudança aconteça, além da reforma estrutural, é necessária uma mudança de comportamento dos atores judiciais que atuam durante a fase executória da pena, que ainda continuam fascinados com teoria do delito, dando pouco valor a execução penal, esquecendo-se, no entanto, que fase executória é responsável pela legitimação do sistema de justiça criminal³⁴.

³⁴ “Os juristas-penalistas, preocupados primordialmente com a teoria do delito, sempre se descuraram da execução da sentença penal, com se a atividade jurídica se encesse com a condenação. A pena, mesma, foi relegada a um

Adiante, ressalta-se a importância da pesquisa empírica nesse processo, principalmente no âmbito das Varas de Execuções Penais, com o objetivo de identificar e propor soluções centrais a esse distanciamento, servindo como instrumento de auxílio aos operadores das normas no plano prático, para que possam enfrentar com precisão os principais problemas.

Nota-se que esse abismo entre a vigência e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, marcado, evidentemente, pelo afastamento do Poder Judiciário Paulista da população carcerária, além contribuir com a superlotação dos presídios locais, também gera revolta na população carcerária, fazendo com que muitos detentos desistam da finalidade ressocializadora da pena e passem a enxergar o Estado como seu principal inimigo e o crime como solução.

Em meio as limitações, caso não seja possível a concessão das garantias processuais, deve-se, por meio de alteração legislativa e jurisprudencial, extinguir ou substituir determinadas consequências jurídicas atribuídas aos atos indisciplinados. Tais punições deveriam reservar-se-á apenas ao campo administrativo, de modo proporcional e, de preferência pedagógico, ainda recaindo sobre direitos dos reclusos, como o direito de visita, regalias, convívio com os demais detentos, entre outros, mas sempre de forma equilibrada, não interferindo na estrutura do sistema carcerário e no tempo de cumprimento de pena em regime fechado.

Por fim, conclui-se que é necessária a reforma do sistema disciplinar, em caráter de urgência, visando retomar a legitimidade da Execução Penal, através da concessão de garantias processuais ou da reformulação das consequências advindas do ato faltoso, retomando aos poucos a rotatividade dos presídios, contribuindo com o desencarceramento e, consequentemente, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. Em busca do devido processo de execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 81, ano 17, 2007.

segundo plano. (CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: o contraditório e a ampla defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9, v. 3, p 115-116, 1995).

CAVALVANTE, Eduardo M. O Ministério Público na Execução Penal.. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007.

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.111>

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: o contraditório e a ampla defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9, v. 3, p 115-116, 1995

FILHO, Luiz Carlos Gonçalves. *A lei de execução penal e os efeitos decorrentes da prática de falta disciplinar de natureza grave*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Trad: CHASIN, Ana Carolina. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2018.

GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na vida dos tempos*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia, FFLCH, USP, São Paulo, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini (1978). Processo de execução e direito de defesa. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 59, n. 15, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR, Aury. Revisando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007.

MACHADO, Maira Rocha; PINTO, Patrícia Bocado Batista. *A punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152, n. 27. p. 117-143, fev, 2019.

MENEZES GULLA, Gabriela. *Ideias para a construção de uma Execução Penal*. In: democrática. ed. 1. Rio de Janeiro: NUSPEN, 2010.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal. Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

PINTO, Patrícia Bocado Batista. *Faltas disciplinares em penitenciárias femininas: um estudo das decisões do TJSP*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2019.

PRADO, Geraldo. A execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2007.

ANEXO I

Número Agravo em Execução no TJ/SP	Câmara julgadora	Número do Processo de Origem
0004158-65.2019.8.26.0509	14 ^a	0006766-64.2018.8.26.0996
0002486-22.2019.8.26.0509	14 ^a	0009293-86.2018.8.26.0996
0004965-85.2019.8.26.0509	15 ^a	0013961-03.2018.8.26.0996
0004945-94.2019.8.26.0509	2 ^a	0001640-67.2017.8.26.0996
0004954-56.2019.8.26.0509	13 ^a	0006056-84.2017.8.26.0509
0005244-71.2019.8.26.0509	3 ^a	0002296-93.2018.8.26.0509
0005119-06.2019.8.26.0509	5 ^a	7001965-27.2013.8.26.0554
0005376-31.2019.8.26.0509	5 ^a	0000865.29.2015.8.26.0509
0003874-57.2019.8.26.0509	16 ^a	0001818-22.2017.8.26.0509
0004738-95.2019.8.26.0509	15 ^a	0002751-97.2018.8.26.0496
0004402-91.2019.8.26.0509	8 ^a	0006091-38.2017.8.26.0996
0003538-53.2019.8.26.0509	12 ^a	0001383-65.2015.8.26.0041
0003124-55.2019.8.26.0509	6 ^a	0001307-34.2015.8.26.0496
0001753-56.2019.8.26.0509	8 ^a	0014754-62.2016.8.26.0041
0004692-09.2019.8.26.0509	5 ^a	0005493-39.2017.8.26.0041
0003297-79.2019.8.26.0509	16 ^a	0002287-32.2018.8.26.0154
0003285-65.2019.8.26.0509	16 ^a	0002342-87.2015.8.26.0509

Número Agravo em Execução no TJ/SP	Câmara julgadora	Número do Processo de Origem
0003634-68.2019.8.26.0509	16 ^a	0002101-74.2019.8.26.0509
0003524-69.2019.8.26.0509	5 ^a	7000020-79.2014.8.26.0615
0002683-74.2019.8.26.0509	5 ^a	0010517-14.2018.8.26.0041
0003114-11.2019.8.26.0509	5 ^a	0004356-37.2017.8.26.0521
0002957-38.2019.8.26.0509	4 ^a	0024198-22.2016.8.26.0041
0003641-60.2019.8.26.0509	3 ^a	0001430-51.2019.8.26.0509
0004076-34.2019.8.26.0509	7 ^a	0006115-02.2018.8.26.0521
0003443-23.2019.8.26.0509	13 ^a	0021570-60.2016.8.26.0041
0003748-07.2019.8.26.0509	13 ^a	0005848-66.2018.8.26.0509
0000968-94.2019.8.26.0509	12 ^a	0002176-84.2017.8.26.0509
0003440-68.2019.8.26.0509	11 ^a	0005771-91.2017.8.26.0509
0002956-53.2019.8.26.0509	4 ^a	0002768-31.2017.8.26.0509
0003643-30.2019.8.26.0509	3 ^a	0005345-45.2018.8.26.0509
0001023-45.2019.8.26.0509	3 ^a	0006098-36.2017.8.26.0509
0002280-08.2019.8.26.0509	3 ^a	0002280-08.2019.8.26.0509
0002950-46.2019.8.26.0509	13 ^a	0009653-55.2017.8.26.0996
0005952-58.2018.8.26.0509	12 ^a	0002838-82.2016.8.26.0509
0005444-15.2018.8.26.0509	12 ^a	0002035-72.2016.8.26.0615
0000874-49.2019.8.26.0509	9 ^a	7000398-39.2014.8.26.0161
0002387-52.2019.8.26.0509	4 ^a	0004549-54.2018.8.26.0509
0001090-10.2019.8.26.0509	4 ^a	0017366-70.2016.8.26.0041
0002834-40.2019.8.26.0509	4 ^a	0006220-83.2016.8.26.0509
0002949-61.2019.8.26.0509	4 ^a	0007260-60.2017.8.26.0026
0001761-33.2019.8.26.0509	11 ^a	0003263-41.2018.8.26.0509
0006395-09.2018.8.26.0509	12 ^a	0021723-93.2016.8.26.0041

Número Agravo em Execução no TJ/SP	Câmara julgadora	Número do Processo de Origem
0002839-62.2019.8.26.0509	12 ^a	0003326-64.2017.8.26.0521
0001934-57.2019.8.26.0509	13 ^a	0005161-09.2016.8.26.0041
0002285-30.2019.8.26.0509	4 ^a	0007148-57.2018.8.26.0026
0001764-85.2019.8.26.0509	4 ^a	0017366-70.2016.8.26.0041
0001315-30.2019.8.26.0509	4 ^a	0002825-20.2015.8.26.0509
0001008-76.2019.8.26.0509	13 ^a	0000155-43.2018.8.26.0496
0000881-41.2019.8.26.0509	4 ^a	0005246-75.2018.8.26.0509
0001191-47.2019.8.26.0509	9 ^a	0001632-60.2018.8.26.0154
0001359-49.2019.8.26.0509	9 ^a	0009045-23.2018.8.26.0996
0001497-16.2019.8.26.0509	16 ^a	0000727-23.2019.8.26.0509
0001786-46.2019.8.26.0509	6 ^a	0014188-54.2017.8.26.0502
0000554-96.2019.8.26.0509	6 ^a	0005912-70.2018.8.26.0026
0001316-15.2019.8.26.0509	8 ^a	0019080-31.2017.8.26.0041
0001081-48.2019.8.26.0509	12 ^a	0005726-53.2018.8.26.0509

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço aos professores pelas precisas orientações e indicações bibliográficas que contribuíram para concretização do trabalho e para o ajuste das principais questões metodológicas.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 03/04/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 03/04/2020
- Avaliação 1: 22/04/2020
- Avaliação 2: 23/04/2020
- Avaliação 3: 23/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 12/06/2020
- Ressubmissão: 24/02/2021
- Decisão editorial final: 19/06/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (RDG)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MENDES, Bruno Barros. Falta grave e sua interferência na rotatividade dos presídios do Estado de São Paulo: uma análise a partir das decisões do DEECRIM – 2ªRAJ. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 2311-2338, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.361>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.