

Criterio de motivación reforzada elaborado por la jurisprudencia italiana: análisis y reflexiones

Alessandro Arfiero¹

Licenciado en Derecho - UCSS (Perù)

SUMARIO: 1. Introducción, 2. «Motivazione rafforzata». 3. «Escussione» de los testigos. 3.1. Origen. 3.2. Aplicación. 3.2.1. De la cualidad del sujeto. 3.2.2. De la evaluación del contenido de la sentencia de segunda instancia. 3.2.3. De las condiciones de la renovación de las declaraciones testimoniales en segunda instancia. 3.2.4. De la cualidad de testigos de los llamados “expertos”. 3.2.5. De las características de la declaración testimonial. 3.2.6. De las excepciones a la obligación de renovar la declaración testimonial. 3.2.7. De la obligación de renovar la declaración testimonial cuando la Corte de Casación anula una sentencia de reformatio in peius y reenvía el proceso a una Corte de segunda instancia distinta a la de origen. 3.3. Consecuencias. 4. Conclusión. 5. Bibliografía. 6. Anexos.

RESUMEN: En el sistema jurídico italiano, la condena en segunda instancia de un sujeto absuelto en primera puede concretizarse solamente en presencia de una motivación reforzada que justifique tal decisión. Esta postura, asumida por la doctrina jurisprudencial italiana, delinea un escenario que merece ser descrito y analizado en beneficio del mismo sistema de estudio; como también, de aquellos ordenamientos jurídicos que aún enfrentan dicha problemática en forma contradictoria o poco eficaz, en cuanto proporciona una alternativa racional y práctica como solución. La motivación reforzada debe ser integrada, cuando sea pertinente, por la renovación de las actuaciones probatorias declarativas o testimoniales, conforme a lo establecido por la normativa de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

¹ Un sentido agradecimiento al abogado y docente Mario Miguel Delgado Montaña.

Palabras claves: Motivación reforzada, argumentación jurídica, reformatio in peius, renovación probatoria declarativa, renovación probatoria testimonial, CEDH, TEDH.

Criterion of reinforced motivation elaborated by Italian jurisprudence: analysis and reflections

ABSTRACT: In the Italian legal system, the conviction in the second instance of an individual acquitted in the first instance can only be carried out in the presence of a reinforced motivation that justifies such a decision. This position, assumed by the Italian jurisprudential doctrine, outlines a scenario that deserves to be described and analyzed for the benefit of the same study system, as well as those legal systems that still face this problem in a contradictory or ineffective way, insofar as provides a rational and practical alternative as a solution. The reinforced motivation must be integrated, when appropriate, by the renewal of the declaratory or testimonial evidentiary actions, in accordance with the provisions of the regulations of the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. (hereinafter ECtHR).

Keywords: Reinforced motivation, legal argumentation, reformatio in peius, renewal of declarative evidence, renewal of testimonial evidence, ECHR, ECtHR.

1.- INTRODUCCIÓN.

La doctrina jurisprudencial italiana ha elaborado un apreciable modelo de solución a la cuestionada figura de la condena en segunda instancia de un sujeto absuelto en la primera.

Se trata de la denominada «*motivazione rafforzata*» que, a la letra, viene a ser motivación reforzada. En puridad, es oportuno señalar que, prima facie, no es viable la *reformatio in peius* en segunda instancia de una sentencia absolutoria en la primera; su viabilidad, mediante motivación reforzada, puede ser entendida como una suerte de excepción a la norma, siempre y cuando la argumentación que justifica la sentencia condenatoria reúna aquellos elementos de solidez, razonabilidad y consistencia en la propuesta alternativa, que confieran a la decisión final un mayor grado de convicción o, en su defecto, de persuasión.

A ello, se acompaña una ulterior tarea que la instancia de segundo grado debe cumplir para evitar caer en un defecto motivacional: obrar nuevamente, o renovar las declaraciones testimoniales o pruebas declarativas ya realizadas en primera instancia, cuando se trata de actuaciones relevantes y decisivas para la justificación de la sentencia condenatoria.

Entonces, la cuestión no es si es factible la condena en segunda instancia de un sujeto absuelto en la primera; más bien, qué características debe presentar una sentencia de segunda instancia para que cumpla con su objetivo argumentativo de condena.

En ese contexto, la doctrina jurisprudencial italiana delinea un criterio que obliga al órgano juzgador a fundamentar su decisión sobre razones debidamente argumentadas que garanticen la correspondiente solidez, razonabilidad y consistencia de las conclusiones. Consecuentemente, se eleva el standard de prueba necesario para superar principios imprescindibles como aquel de presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y más allá de toda duda razonable.

Veamos en el detalle los referidos temas, por el momento solamente mencionados, para comprender el mecanismo jurídico de la motivación reforzada aplicado en las Cortes italianas, utilizado para justificar una *reformatio in peius* en segunda instancia.

2.- «MOTIVAZIONE RAFFORZATA».

Respecto de la motivación reforzada, se hace referencia a los lineamientos trazados en el precedente jurisprudencial Cass. S.U., N° 33748, Mannino, del 12/07/2005, donde la Corte de Casación ha establecido que el juez competente de segunda instancia, que quiera emitir un fallo condenatorio respecto de una sentencia absolutoria emitida por el *a quo*, tiene la obligación de elaborar la argumentación del propio y alternativo razonamiento probatorio. Paralelamente, debe confutar en modo preciso y puntual los argumentos más relevantes de la motivación absolutoria emitida en primera instancia, dando cuenta de las razones de la relativa condición incompleta o incoherente, tales de justificar la *reformatio in peius* de la sentencia impugnada².

Que quiere decir: el órgano jurisdiccional de segunda instancia, de un lado, debe elaborar la correspondiente argumentación que literalmente motive la destrucción del planteamiento que ha conllevado a la sentencia absolutoria de primera instancia. De otro lado, debe presentar su postura debidamente articulada por una argumentación lógico – jurídica mediante la cual fundamente su decisión condenatoria que, evidentemente, debe superar los principios de presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y más allá de toda duda razonable.

Es así que, para cumplir con la motivación reforzada, el órgano decisor competente tiene la obligación de motivar su postura crítica relativa a las cuestiones controvertidas que haya detectado en el contenido de la sentencia del *a quo*; y adicionalmente, presentar su

² “...ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato”. (Cass. S.U. n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, r.v. 231679).

propia argumentación respecto a la motivación que ampara la sentencia condenatoria, sobre la base de la libre apreciación del juez.

Consideremos el siguiente caso concreto plasmado en la Cass. S.U., N° 14426, del año 2019. El Tribunal de primera instancia de Reggio Emilia, con sentencia del 14 de diciembre del año 2007, absuelve a P.D. por no haber cometido los hechos delictivos imputados: robo agravado, receptación de un automóvil y la tenencia de un objeto apto para dañar físicamente a otra persona.

Los hechos se refieren al robo de un automóvil sucesivamente utilizado para consumar el robo agravado cometido en contra de un instituto bancario de la ciudad de Correggio, provincia de Reggio Emilia. El imputado P.D. se encuentra involucrado en el referido proceso en cuanto su tarjeta de teléfono celular se encontraba enganchada a la celda de la red telefónica ubicada en proximidad y a la hora de ambos hechos delictivos; ello, resulta anómalo, en cuanto el lugar de residencia habitual del referido imputado es la ciudad de Padua (región Véneto), ubicada a unos 170 kilómetros de distancia del lugar de los aludidos delitos. Además, mediante la revisión de la grabación del sistema de videovigilancia del instituto bancario víctima del referido robo, se tiene que uno de los sujetos protagonista del delito presenta semejanzas con el mismo imputado P.D.

En síntesis, los medios de prueba actuados en el proceso son: el rastreo de la ubicación del teléfono celular registrado a nombre del imputado y una grabación del sistema de videovigilancia del instituto bancario víctima del referido robo, que reproduce las imágenes de los sujetos activos (tres) presentes durante el hecho ilícito.

El citado Tribunal de primera instancia concluye que dichos elementos probatorios son de carácter incierto, los cuales no permiten superar el límite o umbral del principio del más allá de toda duda razonable. En efecto, aunque la tarjeta telefónica de propiedad del imputado haya podido engancharse a la celda del sistema telefónico ubicada en el lugar y a la hora de los hechos delictivos, no podía considerarse un elemento exhaustivo que identifique a P.D. como co-participante en la acción delictuosa, porque dicha herramienta telefónica hubiera podido ser utilizada por otra persona.

De otro lado, respecto a la aludida grabación, ésta ha sido objeto de debate durante el proceso. El consultor técnico del Fiscal afirma, textualmente: “haber creído ver retrato propio el imputado P.D.”³; en cambio, el perito nombrado durante el proceso llega a la conclusión de que los parecidos o semejanzas, aunque existan, son relativos a caracteres generales que no permiten llegar a un juicio certero de identificación, en cuanto los mismos parecidos o semejanzas pueden ser cotejados también en otros sujetos.

Ante la mencionada absolucióndel imputado P.D., como consecuencia de la impugnación del Pubblico Ministero (léase Fiscal o representante del Ministerio Publico), la Corte d’ Appello de Bologna (léase Sala Superior o de segunda instancia de Bologna) revoca la sentencia apelada y condena al imputado P.D. por robo agravado, fundamentando de la siguiente forma: considera los indicios graves, precisos y concordantes, como la presencia del celular del imputado en las cercanías del lugar y hora del robo del automóvil, como también, en las cercanías del lugar y hora del robo al instituto bancario. Además, del examen del correspondiente tabulado telefónico resulta que el usuario del aludido teléfono celular, después del robo del automóvil, había vuelto a entrar en la región Véneto y que, el día del robo al banco, había regresado a la ciudad de Correggio e, inmediatamente, había vuelto en territorio Véneto.

Bajo estos elementos facticos, la Corte observa que el usuario del teléfono celular no es un sujeto que radica en proximidad de los hechos (lo que hubiera podido suponer a una desafortunada coincidencia) sino que, en concomitancia con los hechos delictivos, el referido usuario se ubicaba en los mismos lugares de tales hechos. Frente a ello, el imputado no ha presentado explicación alguna.

En cuanto al video grabado por el sistema de videovigilancia del instituto bancario agraviado, la Corte concluye que existe una semejanza muy relevante entre el imputado y uno de los asaltantes, haciendo referencia a lo indicado por el consultor del Fiscal (con mucha probabilidad uno de los asaltantes y el imputado son la misma persona) y lo

³ Trad. lit. de: “«ha creduto di vederçi ritratto proprio l'imputato». Cass. S.U., N° 14426, del año 2019, pag.2.

afirmado por el perito (existe compatibilidad entre el asaltante y el imputado, aunque no se puede afirmar con certeza que son la misma persona).

De la síntesis de la sentencia condenatoria de segunda instancia arriba indicada y, en lo posible, fielmente resumida, se pueden extraer los siguientes cuestionamientos:

- a) ¿Cuánto la estructura narrativa de la sentencia satisface la completa identificación y contraargumentación de las premisas fácticas? En efecto, si en la sentencia de primera instancia se ha podido omitir elementos facticos relevantes y que constituyen en la segunda instancia elementos decisorios (como los tabulados telefónicos), es porque la misma estructura narrativa permite un amplio margen de discrecionalidad que justifica la omisión de dichos medios probatorios.

Y, problematizando el caso, se puede suponer que el juez de primera instancia haya redactado una sentencia que tenga una verosimilitud general de los hechos y de corrección lógica que permite, aunque sea superficialmente, de aceptar tal decisión. Al parecer, es plausible pensar que podría haber decidido sobre la absolución del imputado y, sucesivamente, seleccionado aquellos elementos probatorios que condujeran a la justificación de la aludida decisión.

El relato va donde quiere el juez y no donde indican los hechos, porque existe un extenso margen de discrecionalidad que permite un amplio espacio para seleccionar subjetivamente las premisas aparentemente sin límite alguno.

De otro lado, la Corte de segunda instancia, con su postura condenatoria, se encuentra obligada a elaborar una motivación reforzada. Dentro del cuadro de un esquema narrativo de redacción de una sentencia, la referida Corte no detalla punto por punto la deconstrucción de las premisas y conclusiones elaboradas por el órgano juzgador de primera instancia, manifestando así un fuerte elemento de discrecionalidad en seleccionar cual premisa atacar u omitir. Por tanto, la sentencia condenatoria que la Corte presenta implica, en modo genérico, la

destrucción de la postura de la sentencia apelada y selecciona en forma ampliamente discrecional cuáles premisas utilizar para justificar la sentencia condenatoria, en contradicción con los lineamientos de la motivación reforzada.

En concreto, la estructura puramente narrativa de la sentencia permite al órgano juzgador (de primera y de segunda instancia) identificar y seleccionar, en forma totalmente subjetiva, premisas fuertes o débiles y utilizarlas para justificar la decisión final, sin que medie algún elemento argumentativo que permita un mínimo control de razonabilidad.

Si en lugar de una mera estructura narrativa, se empleara una que identifique, en modo explícito y sistemático, la conexión entre argumentos y los relativos sub argumentos que los justifican y que motiven la selección de las premisas y su relativa conexión con las conclusiones, se añadiría a la evidente necesidad del relato fáctico, aquellas inferencias y relaciones lógico - jurídicas que existen entre las premisas seleccionadas y las conclusiones, permitiendo el relativo control de razonabilidad de la decisión judicial que prevenga el riesgo de que la arbitrariedad se disfrace de discrecionalidad.

- b) Siguiendo en el análisis crítico de la estructura puramente narrativa de la sentencia, es menester señalar que su redacción debe guardar una rigurosa pulcritud semántica de los términos, como de la misma redacción. El margen de discrecionalidad que el juez mantiene en su complicado oficio no puede exceder en el uso de términos ambiguos o bien interpretables que condicionen el resultado final. Tomando como referencia el caso arriba mencionado, imaginemos que nuestra libertad o privación de ella dependa de las siguientes afirmaciones: haya podido engancharse; no podía considerarse un elemento exhaustivo; hubiera podido estar utilizada; afirma haber creído ver retrato, pueden ser cotejados; mucha probabilidad; y, no se puede afirmar con certeza.

En el ámbito jurídico, tal vez, suenan muy corrientes y tolerables tales afirmaciones; sin embargo, si las líneas directrices que señala la doctrina

jurisprudencial italiana se orienta hacia una motivación reforzada, también la misma gramática se tiene que ajustar a lo que oportunamente quiere alcanzar, o sea, una mayor solidez argumentativa que se refleja en afirmaciones lo menos ambiguas posibles.

c) Sin perjuicio de lo mencionado, el criterio de motivación reforzada elaborado por los órganos jurisdiccionales italianos, es tanto razonable como idóneo y viable.

En efecto, una sentencia tiene un determinado nivel de aceptación y control debido a la solidez que tiene la argumentación que la sostiene, y sobre esa tarea, sí es oportuno concentrar los esfuerzos para afinar y mejorar la bondad del proceso decisorio y su forma de argumentarlo, en aras de obtener un modelo de motivación que garantice imparcialidad, razonabilidad y control de las decisiones en su mayor grado posible.

Esa postura devuelve a la administración de justicia, en su conjunto, su natural dimensión dialéctica y argumentativa donde tesis contrapuestas se enfrentan para ganar un proceso judicial, y a su vez, la sentencia que dirime la litis debe mantener ese terreno dialectico y argumentativo, donde su motivación o fundamentación debe reunir aquellos argumentos, facticos y normativos, que son pasibles de control y critica en su interpretación, aplicación y relación inferencial.

Es por ello que se aplica el concepto de solidez a la argumentación empleada para motivar una sentencia. Pero, ¿cómo se puede medir la solidez de un elemento que no es materialmente apreciable, como un argumento, un concepto o una tesis condenatoria o absolutoria? En efecto, la solidez de una argumentación depende de diferentes factores: ante todo, la debida identificación del argumento, su delimitación, el esclarecimiento de puntos inciertos e interpretables, su relación con el contexto donde se encuentra utilizado y con otros argumentos, la identificación de posibles falacias y eventuales argumentos entimemáticos, solamente para citar algunos. Adicionalmente, debe superar un conjunto de

parámetros mínimos: control de razonabilidad, ausencia de contradicción, exhaustividad, contraargumentación y compensación, entre otros.

Además, existen ciertas cualidades que un argumento debe reunir para garantizar un cierto grado de solidez, o expresado de otra forma, para que el argumento sea inatacable: pertinencia, admisibilidad, saturación y resistencia, dentro un cuadro general de relación inferencial lógica o, en su defecto, de aceptación razonable en lo plausible.

En la práctica, es opinión compartida de que la premisa fáctica queda en el marco de la probabilidad, cuyo grado de aceptación será otorgado por aquellos elementos o medios probatorios que permiten, en el grado más alto posible, verificar y corroborar la veracidad de la tesis presentada por las partes procesales, y sobre los cuales el órgano juzgador tiene que basar su decisión final.

De otro lado, la fragilidad que presenta la premisa fáctica, debida a la naturaleza probabilística intrínseca del juicio o decisión sobre los hechos, se manifiesta mediante tres limitaciones que en doctrina se han identificado y definido como epistémicas, institucionales y jurídicas o humanas.

Por ejemplo, y problematizando el caso ya referido: pongamos el caso que, frente a los mismos elementos probatorios relativos a la grabación del video, el juez de primera instancia los considere no decisivos por el alto grado de improbabilidad de poder identificar con certeza el imputado; y de otro lado, el Presidente de la Sala de segunda instancia insista en la interpretación opuesta porque, según el punto de vista del referido magistrado, el imputado es idéntico a su ex yerno que ha abandonado a su única hija durante el embarazo. Es cierto que tal argumentación no entrará en la motivación de la sentencia, y que dicha decisión seguro será aceptable, siempre y cuando se oculte el verdadero *animus* del fallo.

Por tanto, dentro del contexto de una motivación reforzada es necesario aplicar un control de solidez y de fragilidad de la argumentación, porque el cumplimiento o minimización de uno no conlleva en forma automática la satisfacción del otro.

d) Otra característica que no puede pasar desapercibida en el contexto de la aplicación del criterio de motivación reforzada implementado en el ordenamiento jurídico italiano es el enfoque netamente argumentativo de lo jurídico. Parece trivial pero no lo es. Pongamos que la Suprema Corte italiana, en lugar de identificar la motivación reforzada como criterio para reformar *in peius* una sentencia absolutoria de primera instancia establezca, parafraseando a ilustres juristas, que tal criterio sea de moral reforzada o de única respuesta correcta reforzada, cuyos enfoques son sustancialmente subjetivos e intrínsecamente carentes de control lógico – racional y capaces de excepcionar la normativa vigente con el resultado de obtener inseguridad jurídica y amplios márgenes de discrecionalidad al límite de la arbitrariedad.

El sistema jurídico italiano ha plasmado un modelo de carácter argumentativo y racional, seguramente perfectible, de solución a una problemática muy compleja y controvertida en algunos ordenamientos jurídicos, tanto de parecerse a un moderno nudo gordiano, que permite, cuando menos, minimizar el peor escenario posible en un proceso judicial: la arbitrariedad e irracionalidad de las decisiones del órgano juzgador. Por tanto, el criterio de motivación reforzada elaborado por la doctrina italiana, exige un importante esfuerzo argumentativo basado en presentar elementos sólidos y razonables que sostengan cualquier tipo de contra argumentación, y que garanticen un elevado nivel de objetividad en el contenido del fallo condenatorio.

3.- «ESCUSSIONE» DE LOS TESTIGOS.

El criterio de motivación reforzada se ha complementado con una particular actuación procesal en la etapa de segunda instancia denominada, en lengua italiana, «*escussione*». Se trata de la renovación, ante el órgano de segunda instancia, de las declaraciones

testimoniales recabadas en la etapa de primera instancia cuando se consideran pertinentes, como a continuación se detalla.

En la praxis, se había consolidado como necesaria para garantizar la debida motivación de la sentencia y cuya omisión hubiera propiciado crear los presupuestos para una deficiencia de tal requisito; en un segundo momento, se ha cristalizado en el art. 603 del Código de Procedimientos Penales (CPP), núm. 3-bis, introducido con L. 23 junio 2017 N° 103, como consecuencia de la integración del art. 6° núm. 3 lit. d), de CEDH.

Por tanto, su omisión se presenta, ya no como solamente una falta de una debida motivación de la sentencia, sino como violación al principio de legalidad. Veamos en que consiste la «*escussione*» de las declaraciones testimoniales analizando su origen, aplicación y consecuencias.

3.1.- ORIGEN.

El contexto procesal italiano relativo a la segunda instancia se caracteriza, en forma general, por la revisión «*cartolare*⁴» de los elementos probatorios realizados en la primera; quiere decir que, el órgano de segunda instancia obra un examen de los documentos físicos actuados por la primera instancia, sean de naturaleza propiamente documental (por ejemplo: un informe pericial) como oral (una declaración testimonial). Entonces, en la etapa de segunda instancia, bajo los lineamientos de la motivación reforzada, el referido examen mantiene su carácter documental para aquellos elementos probatorios que ostentan dicha naturaleza; en cambio, los que derivan de una actuación oral, como las declaraciones testimoniales realizadas durante la primera instancia y plasmadas en documento físico, son pasibles de renovación ante el órgano de segunda instancia, según los principios de inmediación y oralidad. En la práctica, el órgano juzgador de segunda instancia debe obtener directamente una nueva declaración testimonial.

⁴ Procedimiento por el cual el órgano juzgador de segunda instancia se limita a dar lectura de los actos producidos durante el juicio de primer grado, sin proceder a la renovación de la prueba testimonial.

En efecto, anteriormente, el juzgador de segunda instancia fundaba sus apreciaciones sobre la mera lectura de la declaración testimonial recabada durante la etapa de primer grado; y a raíz de ello, llegaba a una conclusión sobre la bondad probatoria de tales declaraciones y de los relativos hechos.

En relación al presente tema, la CEDH delinea unos parámetros legales relativos al derecho a un proceso equitativo plasmados en el art. 6º, núm. 3, lit. d), que a la letra afirma lo siguiente:

*Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.*

Ahora bien, como consecuencia de lo señalado, el TEDH, con el fallo denominado Dan c. Moldavia, del 05/11/2011, ha elaborado el criterio interpretativo según el cual el juzgador que arribe a una reformatio in peius de una sentencia absolutoria de primera instancia debe ordenar una nueva declaración testimonial directa de los testigos ya escuchados durante la primera instancia, cuando se trata de actuaciones relevantes y decisivas para la justificación de la sentencia condenatoria, lo que asegura el derecho al imputado de examinar o hacer examinar los testigos a cargo y obtener la convocación de aquellos en descargo.

Entonces, en aras de integrar lo establecido en el art. 6º, num. 3, lit. d) de la CEDH y sus relativas interpretaciones e aplicaciones arriba señaladas, se ha identificado un procedimiento en segunda instancia que excepciona el examen documental (“cartolare”) de las declaraciones testimoniales recabas durante la etapa de primera instancia; ese lineamiento obliga el órgano decisor competente a ordenar una nueva declaración

testimonial, cuando resulte pertinente, o sea, cuando se trata de actuaciones relevantes y decisivas para la justificación de la sentencia condenatoria⁵.

Se consolida, en este modo, el principio según el cual los testigos, cuya declaración es decisiva para motivar la *reformatio in peius*, deben volver a declarar ante el órgano juzgador de segundo grado, debido a la discrepancia interpretativa surgida entre éste y el órgano juzgador de primera instancia, en concordancia con los principios de contradicción, oralidad e inmediación que otorgan a la actuación probatoria mayores elementos relevantes para la elaboración del juicio final, en el cuadro general de garantía del debido proceso.

3.2.- APLICACIÓN.

La renovación de la declaración testimonial en la etapa de segunda instancia, como arriba se ha descrito, ha obligado la Corte de Casación italiana a esclarecer algunos puntos ambiguos o contradictorios generados propio por dicha integración a la legislación vigente, y que a continuación se van a sintetizar.

3.2.1.- De la cualidad del sujeto - (Cass. S.U., N° 27620, del 28/04/2016).

La necesidad del juez de segunda instancia de proceder, también de oficio, a la renovación de la declaración testimonial, en el caso de *reformatio in peius*, sobre la base de una diferente apreciación de la credibilidad de una declaración considerada decisiva, no permite distinciones según la cualidad del declarante, y se aplica:

- a) para el testigo “puro”;
- b) para aquel así llamado asistido;

⁵ Corte de Casación italiana, Cass. S.U., N° 27620, del 28/04/2016, Dasgupta; y, Cass. S.U., N° 18620, del 19/01/17, Patalano.

- c) para el co-imputado en el procedimiento conexo;
- d) para el co-imputado en el mismo procedimiento (teniendo en consideración que, en estos dos últimos casos, el eventual rechazo de someterse al examen testimonial no podrá conllevar consecuencias perjudiciales para el imputado);
- e) para el sujeto “vulnerable” (con las oportunas excepciones); y,
- f) para el imputado que haya prestado declaración “en causa propia”.

3.2.2.- De la evaluación del contenido de la sentencia de segunda instancia -
(Cass. Pen. S.U., N° 27620, del 28/04/2016).

Los lineamientos trazados en el presente fallo casatorio establecen que, en presencia de una *reformatio in peius* en segunda instancia, en aras de garantizar los principios de inmediación, oralidad y debido proceso, el contenido de la sentencia condenatoria debe ser evaluado bajo los siguientes criterios:

- a) si se ha expresado en la motivación de la sentencia una evaluación *contra reum* de las fuentes declarativas; y, si tal evaluación se encuentra en contraste con aquella proporcionada por el juez de primera instancia;
- b) si tal diferente evaluación haya sido decisiva para condenar; y,
- c) si tal diferente evaluación haya sido asumida sin proceder a una renovación del examen de las fuentes declarativas.

3.2.3.- De las condiciones de la renovación de las declaraciones testimoniales en segunda instancia – (Cass. Pen. S.U., N° 14426, del año 2019).

La renovación de las declaraciones testimoniales se encuentra supeditadas a las siguientes condiciones:

- a) Que el sujeto procesal impugnante sea el representante del Ministerio Público (y no la parte civil);
- b) Que el objeto de la impugnación sea una sentencia de absolución⁶ y que, el juez de segunda instancia, emita una sentencia condenatoria (y no viceversa); y,
- c) Que los motivos de la apelación sean pertinentes a la evaluación de la declaración testimonial. Por tanto, el juez de segunda instancia tiene la obligación de renovar la declaración testimonial solamente en el caso que tenga la intención de reformar in peius la sentencia impugnada, basándose exclusivamente sobre una diferente evaluación respecto de aquella efectuada por el juez de primera instancia, de la referida prueba declarativa que tiene carácter decisivo.

3.2.4.- De la cualidad de testigos de los llamados “expertos” - (Cass. Pen. S.U., N° 14426, del año 2019).

En concordancia con la interpretación que el TEDH ha dado al art. 6º, núm. 3, lit. d), las garantías previstas para los “testigos” se extienden y se aplican también a los denominados “expertos”. En particular, según el aludido Tribunal, el principio de igualdad de armas, relativo a los “testigos expertos”, implica lo siguiente:

- a) El derecho de participar a la formación de la prueba en todas sus etapas; la audición de personas que pueden ser llamadas, por cualquier razón, por la parte

⁶ En el texto original dice condena (no tiene sentido)

que tenga interés a sostener la propia tesis (Doorson c. Paesi Bassi §§ 81-82) y la posibilidad de nombrar un “contra – experto” (Bónisch c. Austria).

- b) La posibilidad de participar al examen de las personas (cross examination) oídas por el perito; el derecho de tomar conocimiento oportunamente de los documentos utilizados por el perito a fin de poderlos evaluar (Mantovanelli c. Francia).
- c) El derecho de examinar directamente los peritos (Matytsina c. Russia; Poletan e Azirovik c. Macedonia).
- d) La violación del derecho de defensa y, por tanto, del debido proceso en el caso de que el juez niegue sin motivación el derecho de la parte de solicitar un contra peritaje cuando el perito, en sede de vista, cambie radicalmente la opinión que había expresado en el informe escrito. Dicha violación, se configura también cuando el colegio de los peritos sea compuesto en su mayoría por profesionales dependientes de la estructura llamada a responder de los daños sufridos por las personas agraviadas (GB. c. Francia).

Entonces, la jurisprudencia italiana, en conformidad con aquella del TEDH, confirma que las reglas del debido proceso (y de la renovación de las declaraciones testimoniales) se aplican también a los “testigos expertos”, en los casos donde ellos, como los testigos “comunes”, tengan un peso significativo en la decisión asumida por el juez, en concordancia con los parámetros de la motivación reforzada (Poletan e Azirovik c. Macedonia).

3.2.5.- De las características de la declaración testimonial - (Cass. Pen. S.U., N° 14426, del año 2019).

La declaración testimonial obrada en primera instancia y cuestionada en la segunda debe presentar las siguientes características:

- a) Puede haber como objeto sea las declaraciones perceptivas como evaluativas, porque la norma no consiente interpretaciones restrictivas de algún género.
- b) Debe ser llevada a cabo por medio del lenguaje oral (testimonio, exámenes de las partes, careo e identificaciones), porque ese es el único medio que garantiza y actúa los principios de oralidad e inmediación; consecuentemente, en ella no pueden ser nuevamente incluidos aquellos medios de prueba que se limitan a canalizar la información en el proceso a través de escritos u otros documentos.
- c) Debe ser decisiva, por haber sido puesta por el juez de primera instancia como fundamento de la absolución. En relación al concepto de carácter decisivo, se hace referencia a cuanto afirmado por la Cass. S.U., Dasgupta, que indica: *“[...] a los fines de la evaluación del juez de segunda instancia, a cargo de una impugnación del representante del Ministerio Público, contra una sentencia de absolución, deben considerarse pruebas declarativas “decisivas” aquellas que, sobre la base de la sentencia de primer grado, han determinado o, aunque solamente, han contribuido a determinar el resultado absolutorio y que, estando en presencia de otras fuentes probatorias de diferente naturaleza, si expurgadas del conjunto del material probatorio, se revelan potencialmente idóneas en el incidir sobre el resultado del juicio de apelación, en la alternativa “absolución – condena”. Se configuran, del mismo modo, “decisivas” aquellas pruebas declarativas que, consideradas de escaso o nulo valor probatorio por el juez de primer grado sean, en la perspectiva del apelante, relevantes por sí solas o en conjunto con otros elementos probatorios para los fines del resultado de condena. En cambio, no podría considerarse “decisiva” una aportación declarativa cuyo valor probatorio no pueda formar algún tipo de evaluaciones diferentes entre primero y segundo grado, que se combine con fuentes de pruebas de diversa naturaleza no adecuadamente valorizadas o erróneamente consideradas, o peor, omisas por el juez de primera instancia, recibiendo solamente en la evaluación del juez de segundo grado un significado resolutivo a los fines de la afirmación de la responsabilidad [...]».*

- d) El juez de segunda instancia debe dar una diferente evaluación de la declaración testimonial.

Sólo donde existen conjuntamente todas las referidas condiciones, el juez de segundo grado tiene la obligación de renovar las declaraciones testimoniales.

3.2.6.- De las excepciones a la obligación de renovar la declaración testimonial - (Cass. Pen. S.U., N° 14426, del año 2019).

El art. 111º, núm. 5, de la Carta Constitucional italiana, establece que la ley regula los casos en los cuales la formación de la prueba no se concretiza durante el contradictorio o careo por consenso del imputado; y es legítimo, también, en concordancia con la jurisprudencia europea que, con decisiones constantes, considera que la parte pueda renunciar al derecho fundamental de contradicción (TEDH, 26/04/2007, Vozhigov c. Russia § 57); que, dicha renuncia sea expresa o implícita, siempre y cuando, en este último caso, sea inequívoca (TEDH, Gr. Ch. 17/09/2009, Scoppola c. Italia § 135); que, sea voluntaria y consciente, o sea, que la parte haya sido adecuadamente informada sobre los efectos jurídicos consecuentes al acto abdicativo (TEDH, 24/04/2012, Sibgatullin c. Russia § 48); y que, no se ponga en conflicto con un “interés público” (TEDH, Scoppola c. Italia; TEDH, 26/04/2016, Kashlev c. Estonia; TEDH, 26/09/2017 Fornataro c. Italia; TEDH, 23/11/1993, Poitrimol c. Francia § 35).

En particular, tal postura se aplica relativamente a la obligación de la renovación de la declaración testimonial del perito en segunda instancia cuando, dicha declaración ofrecida durante la etapa de primer grado, ha sido manifestada por vía documental; y que, por voluntad de las partes, éstas hayan renunciado a su derecho de contradicción; por tanto, la consecuente actuación será meramente de forma documental. Si el juez de segundo grado reputa indispensable obrar ex novo el examen del perito, será bajo la condición de la “absoluta necesidad”; y de oficio, puede convocar el perito, pero no vinculado por la obligación impuesta por la norma penal, sino como facultad ejercitable por el juez dentro de los límites impuestos por la misma norma.

A la luz de lo indicado, la Corte de Casación italiana, en el presente fallo casatorio (Cass. Pen. S.U., N° 14426, del año 2019), ha fijado los siguientes principios de derecho:

- a) La declaración testimonial ofrecida por el perito, a lo largo de la etapa de primera instancia, constituye una prueba declarativa. Por tanto, donde resulte decisiva, el juez de la apelación tiene la obligación de proceder a la renovación de la referida declaración testimonial, justificada por una diferente apreciación de ésta, en el caso de *reformatio in peius* de la sentencia absolutoria de primer grado.
- b) En el caso que, durante el juicio de primer grado, se haya dado la sola lectura del informe pericial sin el correspondiente examen directo del perito; y que, el órgano juzgador de segundo grado condene el imputado absuelto en primera instancia, dicho órgano no tiene la obligación de ordenar el examen directo del referido perito.
- c) La declaración oral ofrecida por el consultor técnico debe ser considerada como prueba testimonial. Así que, cuando sea empleada como fundamento de la sentencia de absolución por parte del juez de primer grado, el juez de segunda instancia, en caso de *reformatio in peius* de la referida sentencia, tiene la obligación de proceder a la renovación de la declaración testimonial del citado consultor técnico, siempre y cuando motive su sentencia condenatoria sobre la base de una diferente evaluación de la aludida declaración.

3.2.7.- De la obligación de renovar la declaración testimonial cuando la Corte de Casación anula una sentencia de *reformatio in peius* y reenvía el proceso a una Corte de segunda instancia distinta a la de origen - (Cass. Pen., 5ª Sez. Pen, N° 1868, del año 2020).

La resolución in examine ilustra como la renovación de una determinada declaración testimonial debe ser actuada en forma directa por el órgano juzgador competente, cuando se configura en segunda instancia una *reformatio in peius* de una sentencia absolutoria de primer grado, cuya condena es fruto de una distinta y nueva

interpretación de dicha prueba testimonial. La Corte de Casación ejercita un constante control del cumplimiento de la renovación de la referida declaración testimonial en toda actuación pertinente y, según el caso, puede reenviar el proceso a la misma instancia de origen de segundo grado, o a otra diferente. Al respecto, la interpretación elaborada por la Corte de Casación italiana en la sentencia Cass. Pen., 5ª Sez. Pen, N° 1868, del año 2020, presenta el siguiente escenario que aquí se ha tratado de simplificar y sistematizar, en aras de elaborar un esquema práctico y aplicativo (en detrimento de la elocuencia y exhaustividad argumentativa que caracteriza la redacción de la aludida sentencia) y que, a continuación, se detalla:

- 1) El imputado Z, en primera instancia, presenta su declaración testimonial mediante la cual, relatando diferentes hechos, acusa directamente el imputado X de la comisión del delito de homicidio voluntario. El juez de la causa considera no fehaciente su relato (por el discutible rigor moral del declarante, el imputado Z); y, sobre la base de ello, absuelve al imputado X.
- 2) En segunda instancia, el órgano juzgador evalúa en forma fraccionada la declaración testimonial del imputado Z; cierne los relatos verosímiles y corroborados por otros elementos probatorios de aquellos considerados no verídicos y, sobre la base de ello, decide condenar el imputado X.
- 3) La Corte de Casación, aunque acepte la impostación de la declaración fraccionada y la credibilidad del imputado Z, identifica algunas contradicciones en su relato que, además, no tiene suficientes elementos de corroboración. Por tanto, casa la sentencia de segunda instancia y devuelve el proceso a otra Corte de segundo grado.
- 4) La Corte de segunda instancia competente solicita la declaración testimonial de diferentes sujetos para corroborar (o menos) la declaración del imputado Z. La etapa de segundo grado se concluye con una nueva sentencia de condena del imputado X.

- 5) La Corte de Casación casa la sentencia condenatoria objeto de recurso sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, plasmada en la sentencia Dan contra Moldavia del 2011. La Suprema Corte italiana considera que se tenía que volver a ordenar una nueva declaración testimonial del imputado Z, en lugar de aquellas de otros sujetos.
- 6) El órgano de segundo grado, bajo los lineamientos indicados por la Corte de Casación, renueva la declaración testimonial del imputado Z y concluye confirmando el fallo condenatorio del imputado X. Además, motiva su decisión presentando dos razonamientos argumentativos: uno independiente de los elementos aportados por las declaraciones testimoniales del imputado Z; y otro, considerando estas últimas.
- 7) Frente a la impugnación de la sentencia condenatoria, la Corte de Casación nuevamente casa dicha sentencia. Evidencia en su motivación, entre otros elementos, ciertas contradicciones en las declaraciones testimoniales ofrecidas por parte del imputado Z a lo largo del proceso. Incoherencias que deben ser esclarecidas por la Corte de segunda instancia.
- 8) El órgano de segunda instancia, sobre la base de las anteriores declaraciones prestadas por el imputado Z, confirma nuevamente la condena del imputado X y motiva con una articulada argumentación que pone en relación los hechos probados.
- 9) La Corte de Casación, por la cuarta vez, casa la sentencia impugnada y presenta, entre otros, los siguientes argumentos: la declaración testimonial del imputado Z es la pieza clave del proceso; en efecto, el órgano de primera instancia había absuelto el imputado X sobre la base de la declaración del imputado Z, la cual fue considerada de escasa solidez (como queda indicado en el punto 1). Sin embargo, aunque el imputado Z haya renovado su declaración testimonial en segunda instancia, el último órgano juzgador que ha emitido el fallo condenatorio a cargo del imputado X no estaba compuesto por los mismos jueces – personas físicas

que habían recabado anteriormente la declaración testimonial del imputado Z. Por tanto, el imputado X no puede ser condenado sin que se renueve directamente, ante el último órgano juzgador competente, la declaración testimonial del imputado Z debido a que, el órgano juzgador de segunda instancia, debe elaborar una nueva interpretación de dicha prueba testimonial para poder emitir un fallo condenatorio y contrario a la sentencia absolutoria de primera instancia⁷.

- 10) Es así que, en protección de los principios de oralidad, inmediación y debido proceso, la Corte de Casación ordena el reenvío del proceso a la Corte de segundo grado conformada por un colegiado distinto del anterior, quien tendrá que renovar la declaración testimonial del imputado Z.

En suma, cuando la Corte de Casación ordena el reenvío del proceso a otra Corte de segunda instancia, o a la misma pero compuesta por diferentes jueces – personas físicas, es obligatoria la renovación directa de la declaración testimonial considerada imprescindible para motivar el fallo condenatorio.

3.3.- CONSECUENCIAS.

Conforme a lo indicado, se pueden apreciar, por lo menos, tres consecuencias:

- a) En armonía con lo afirmado en la sentencia Cass. S.U., N° 14426, del año 2019, se puede afirmar que la doctrina jurisprudencial italiana ha manifestado una evolución respecto al tema del criterio de motivación reforzada: en efecto, de la primigenia postura presentada en la sentencia Cass. S.U., N° 33748, Mannino, del año 2005, basada sobre el desarrollo interpretativo del derecho interno, se ha pasado sucesivamente, con la sentencia Cass. S.U., N° 27620, Dasgupta, del año

⁷ Art. 603°, comma 3-bis CPP, en concordancia con S.U. Dasgupta y jurisprudencia interpretativa del Tribunal EDH Tondo c. Italia (22/10/2020); Lorefice c. Italia (29/06/2017); Manoli c. Moldavia (28/02/2017); Hanu c. Romania (04/06/2013); Manolachi c. Romania (05/03/2013); Marcos Barrios c. España (21/09/2010); Dan c. Moldavia 805/07/2011); y, art. 6, párr. 3, lit. d CEDU.

2016, a una nueva interpretación fundada sobre los lineamientos trazados por el derecho comunitario por la CEDH, en aplicación del art. 6, núm. 3, lit. d) y sus posteriores interpretaciones jurisprudenciales del TEDH.

En fin, se ha tipificado dicha postura jurisprudencial bajo expresa norma de ley (art. 603º, núm. 3-bis, del CPP), la cual integra los principios inspiradores enunciados por el TEDH en la sentencia *Dan c. Moldavia* del 2011.

- b) La motivación reforzada en su conjunto, o sea, incluyendo la renovación de las declaraciones testimoniales en la etapa de segunda instancia (cuando es pertinente), amplía los márgenes de actuación y de discrecionalidad del juez de segundo grado y del órgano apelante (el Ministerio Público). Este hecho, de facto, convierte a la Corte de Casación italiana en una tercera instancia. En efecto, la Corte Constitucional italiana, en la sentencia N°26 del año 2007, ya ha evidenciado la exigencia de una reforma general del sistema de las impugnaciones que, hasta el momento, se encuentra desatendida.

Como ha demostrado el dialogo jurisprudencial entre el TEDH y los órganos judiciales italianos, es posible integrar a nivel interno criterios y principios elaborados en sede supranacional que eleven el estándar de garantía del debido proceso. Paralelamente, se debe acompañar el correspondiente dialogo jurídico – legislativo que adecúe y armonice las normas e interpretaciones de origen supranacionales (pero siempre de carácter infra constitucional) al ordenamiento jurídico interno. Sin ello, pueden crearse conflictos antinómicos entre distintos sistemas jurídicos (nacional y supra nacional) pero interdependientes, que pueden desembocar en una inevitable inseguridad jurídica.

- c) La renovación de la declaración testimonial, como elemento de garantía de los principios de oralidad, inmediación y debido proceso, en el ámbito del criterio de motivación reforzada de una *reformatio in peius*, permite generar un extenso espacio de discrecionalidad de los órganos juzgadores, aunado al riesgo de dilatar sensiblemente el tiempo fisiológico para llegar a la culminación del proceso.

Como bien lo ha representado la Cass. Pen., 5^a Sez. Pen., N° 1868, del año 2020, las actuaciones redundantes entre la Corte de segundo grado y la Corte de Casación evidencian una falta de uniformidad de interpretación; por tanto, es oportuna e indispensable una reforma general del sistema de las impugnaciones, como ya fue señalado por la Corte Constitucional italiana, en beneficio de evitar que el proceso se convierta en un círculo vicioso.

Por tanto, si bien es cierto que el criterio de motivación reforzada en su conjunto, como modelo de solución de la cuestionada figura de la *reformatio in peius* de una sentencia absolutoria en la primera, puede ser replicado en otros sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, no se encuentra exento de criticidades endógenas, manifiestas u ocultas. Su eventual integración debe ser acompañada por la armonización con el ordenamiento jurídico que lo acoja, para evitar que la solución ocasione un cuadro peyorativo de la problemática original.

4.- CONCLUSIÓN.

El camino trazado por la jurisprudencia y legislación italiana, respecto de la solución a la figura controvertida de la *reformatio in peius* de una sentencia absolutoria en primera instancia, es de carácter netamente dialéctico. El modelo italiano, aquí a grandes rasgos descrito, se aleja de uno que busca la norma o el mecanismo procesal resolutorio de mera aplicación.

En realidad, obliga a todos los actores procesales al insustituible esfuerzo de elaborar y aplicar la lógica – jurídica en todas sus facetas, incluida aquella argumentativa, verdadero corazón pulsante de la práctica jurídica.

Sin embargo, como toda actividad humana, también la aplicación del criterio de motivación reforzada en su conjunto no garantiza la total certeza de la bondad de una sentencia. Como ya se ha señalado, pueden existir elementos de fragilidad como de

escasa solidez de la argumentación, aunados a posibles interpretaciones subjetivas y sesgos del órgano juzgador dentro el ejercicio de su discrecionalidad, que no convierten el modelo aquí descrito como uno absoluto e infalible.

El verdadero desafío que inspira el criterio de motivación reforzada reside propiamente en afinar aquellas herramientas dialécticas, intrínsecamente relacionadas a la argumentación jurídica, que permiten el debido control de racionalidad y aceptabilidad de una sentencia judicial, para evitar o minimizar eventuales decisiones arbitrarias, requisito necesario para seguir viviendo en Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

5.- BIBLIOGRAFÍA.

Bonorino Ramírez, Pablo Raúl. (2003): Introducción a la lógica jurídica. Mar del Plata (Argentina): Ediciones Suárez.

Bonorino Ramírez, Pablo Raúl. (2012): Argumentación en debates. Vigo (España): Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo (SPUV).

García Amado, Juan Antonio. (2019): Razonamiento jurídico y argumentación. 2ª ed. Puno (Perú): Editorial Zela.

Gascón Abellán, Marina. (2012): Cuestiones probatorias. Bogotá (Colombia): Editorial Universidad Externado de Colombia

6.-ANEXOS.

Caso Dan c. Moldavia, TEDH, del 05/11/2011:

<https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/07/CASE-OF-DAN-v.-MOLDOVA.pdf>

Cass. S.U., N° 33748, Mannino, del 12/07/2005:

https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2013/09/concorso-esterno-Mannino-SU-33748_2005.pdf

Cass. S.U., N° 27620, del 28/04/2016, Dasgupta:

<https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/09/cass-pen-sez-un-27620-2016.pdf>

Cass. S.U., N° 18620, del 19/01/17, Patalano:

https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Cass_18620_17_Patalano.pdf

Cass. S.U. N° 14426 del año 2019:

<https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/04/cass-pen-sez-un-2019-14426.pdf>

Cass. Pen., 5ª Sez. Pen, N° 1868, del año 2020:

https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/3007_01_2021_no-index.pdf

Código de Procedimientos Penales (Codice di Procedura Penale):

<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>

Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH):

https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Corte Costituzionale italiana, sentencia N°26 del año 2007:

<https://www.giurcost.org/decisioni/2007/0026s-07.html>