

LA BATALLA PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN ITALIA*

WILLIAM T. PIZZI**
MARIANGELA MONTAGNA***

Sumario: 1. Introducción. 2. El sistema acusatorio italiano. 2.1. Transfiriendo el poder de los jueces a los adversarios. 2.1.1. Limitación a la admisibilidad de elementos contenidos en el expediente. 2.1.2. El cambio de responsabilidad en la producción de la prueba. 2.2 La posibilidad de las partes de aplicar el *Plea Bargain* en Italia. 2.3 Las dificultades de construir un sistema acusatorio sobre bases del *civil law*. 3. El destino del código en la Corte Constitucional durante los noventa. 3.1 La colisión de principios en los noventa. 3.2 Las batallas entre la Corte Constitucional y el Parlamento. 3.2.1 Sentencia N° 24/1992. 3.2.2 Sentencia N° 254/1992. 3.2.3 Sentencia N° 255/1992. 4. El parlamento unido contraataca en defensa de los principios acusatorios. 4.1 Modificaciones al código como consecuencia de las sentencias de la Corte Constitucional de 1992. 4.2 La modificación al artículo 513 en 1997 y su destino en la Corte Constitucional. 4.3 La modificación constitucional para incluir principios acusatorios. 4.4 Modificando el Código para adecuarse al principio contenido en el artículo 111. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El 24 de octubre de 1988, el parlamento italiano adoptó un nuevo Código Procesal Penal¹ que los cultores del Derecho Comparado consideraron, en su momento, poco menos que revolucionario.² La razón para el interés en el sistema italiano era que, el nuevo código, introducía un sistema penal acusatorio basado en el modelo angloamericano en un país que previamente tenía un sistema fuertemente inquisitivo. Bajo el nuevo sistema los jueces tendrían en el proceso un rol disminuido en la producción de pruebas, pasando esa responsabilidad a las partes. Asimismo, mientras anteriormente en el sistema inquisitivo, los jueces podían usar como prueba cualquier información obtenida en la etapa investigatoria, bajo el nuevo sistema penal el uso de pruebas indirectas quedaba restringido. En cambio, las partes tendrían que llamar a los testigos a dar su testimonio –incluso si ellos hubieran brindado declaraciones a la policía anteriormente– y el acusado tendría el derecho de confrontar y repreguntar los testigos así como también ofrecer pruebas que los contradijera.

* Texto original: William T. PIZZI y Mariangela MONTAGNA, “The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004. Traducido al español por Aníbal Gálvez Rivas y Marianella Melgar Maraza, egresados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de la asociación civil Impulso Legal Peruano.

** A.B., Holy Cross Collage; M.A. Phil, Universidad de Massachussets; J.D., Facultad de Derecho de Harvard; Profesor de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado.

*** Abogada por la Universidad de Perugia, Doctorado en Derecho Procesal Penal por la Universidad de Perugia, Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Perugia.

¹ Las artículos del Código Procesal Penal se citarán en el presente trabajo según el estándar de referencias italiano, que para el Código es C.p.p., seguido del número del artículo bajo análisis. C.p.p. es una abreviatura del nombre italiano del Código: *Codice di Procedura Penale*. Cuando un artículo hubiera sido modificado, la cita al artículo original se hará de la siguiente forma: 1998 C.p.p. seguida por el número del artículo.

² Véase Ennio Amodio y Eugenio Selvaggi, *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, 62 *Temp. L. Rev.* 1211 (1989), quienes señalan que “[p]ara los comparatistas que observan distintos sistemas de justicia penal, el nuevo código italiano se presenta como el más destacado evento en el siglo XX”.

Pero los eventos subsecuentes a la adopción del nuevo Código Procesal Penal han mostrado cuán difícil es cambiar la cultura jurídica de modo radical. Uno de los problemas con la reforma en Italia ha sido el hecho de que la Corte Constitucional en la década siguiente a la adopción del nuevo Código emitió una serie de sentencias que cortaban algunos de los principios básicos centrales para el nuevo sistema acusatorio. El resultado fue un sistema que comenzó a verse cada vez más inquisitivo y menos acusatorio. El nuevo sistema pasó a ser no muy diferente del antiguo, en el que los jueces podían emplear con cierta libertad declaraciones de testigos emitidas fuera de la corte, y con mucho menos énfasis en el derecho del acusado para confrontar a los testigos que tenía en contra.

Los trasplantes de los sistemas judiciales a culturas jurídicas diferentes, así como los trasplantes de plantas a climas diferentes, son cuestiones difíciles.³ Unos cuantos trasplantes podrían prender e incluso crecer, pero muchos se vuelven débiles y, a la larga, mueren. Algunos vieron en las sentencias de la Corte Constitucional que derogaban aspectos claves del Código Procesal Penal, el anuncio de muerte del trasplante jurídico que había sido un sistema acusatorio y adversarial.⁴ Pero los desarrollos recientes han mostrado que la batalla sobre la futura dirección del proceso penal italiano aún no ha terminado. Al no poder superar las decisiones de la Corte Constitucional debido a que se basaban en la Constitución Italiana, el parlamento italiano se dirigió a la fuente misma en 1999 y cambió la constitución italiana, disponiendo un sistema penal acusatorio mediante el fortalecimiento de los derechos de los acusados, especialmente el derecho a enfrentarse y repreguntar a los testigos en contra. Una vez realizadas las reformas constitucionales, el parlamento cambió, el año 2001, el Código Procesal Penal para reflejar los nuevos derechos constitucionales de los acusados.

El presente artículo esboza los intentos realizados en Italia para tener un sistema penal de corte más acusatorio. El artículo se divide en tres secciones. La primera sección describe las disposiciones centrales del Código Procesal Penal de 1988. En esta parte se observa que, el sistema italiano, nunca buscó ser una maqueta exacta ni del sistema penal estadounidense ni del británico, debido a que siempre mantuvo características centrales que se fundamentan en los sistemas romanistas continentales. En cambio, los cambios en el Código Procesal Penal de 1988 buscaban sólo adoptar un sistema acusatorio en la medida que el poder de control del proceso penal se alejara de los jueces y se ubicara directamente en los fiscales públicos⁵ y los abogados defensores, quienes tendrían la responsabilidad primaria de presentar la evidencia e interrogar (y reinterrogar) a los testigos. La primera sección también analiza uno de los principales

³ Para un excelente análisis de la mezcla de culturas jurídicas distintas, véase John D. Jackson, *Playing the Cultura Card in Resisting Cross-Jurisdictional Transplants: a Comment on "Legal Processes and national Culture"*, 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 51 (1997).

⁴ Véase Elisabetta Grande, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, 48 *Am. J. Comp. L.* 227, 256, quien señala que "[l]a fuerte tradición jurídica italiana continental (...) había convertido el trasplante italiano del sistema acusatorio estadounidense en un fracaso general".

⁵ A lo largo de este artículo, traduciremos el término *pubblico ministero* como fiscal público. Preferiríamos emplear un término diferente a "fiscal" para traducir *pubblico ministero*. La razón para esto es que existen diferencias fundamentales entre el *pubblico ministero* en Italia y el típico fiscal en los Estados Unidos que vuelven inapropiado intercambiar estos conceptos. En un caso, el *pubblico ministero* en Italia es un miembro del Poder Judicial, no un miembro del Poder Ejecutivo. Las diferencias importantes entre el fiscal público en Italia y el fiscal en los Estados Unidos se analizará en más detalle más adelante. Véase la sección 2.3.

cambios en el sistema italiano originados por el código –la introducción de una forma de declaración de culpabilidad de parte del acusado a cambio de no ser acusado de un delito más grave [*plea bargaining*]– por medio del cual el fiscal y el abogado defensor podían buscar una sentencia menor para un acusado a cambio de evitar el proceso.

La segunda sección analiza las sentencias de la Corte Constitucional emitida en los noventa, las cuales declaraban la inconstitucionalidad de principios básicos del sistema procesal penal incorporados por el código. Explicamos estas sentencias así como algunas de las presiones que recibió la Corte Constitucional en su momento. El resultado de estas sentencias parecía condenar la protección acusatoria del código en tanto el control en el proceso penal volvía a pasar de las partes a los jueces. Adicionalmente, los materiales reunidos durante la investigación previa al juicio se volvieron más fácilmente admisibles en el juicio de lo que se pretendía con las disposiciones provisionales del código.

Finalmente, la sección tercera muestra que las sentencias de la Corte Constitucional no determinó la desaparición del sistema acusatorio en Italia. Por el contrario, la presión por un sistema penal acusatorio asumió un giro inusual en Italia. Luego de la frustración originada por las decisiones de la Corte Constitucional a comienzos de los noventa, el parlamento italiano decidió enfrentar ese desafío reformando la constitución, para que ésta requiriese protección acusatoria para los acusados. Esta sección describe el artículo 111° de la constitución italiana, modificado en noviembre de 1999. También se explicarán los cambios subsecuentes en el Código Procesal Penal que siguieron a las modificaciones de la constitución. El lector notará que en Italia se mantiene un fuerte deseo por un sistema acusatorio. Ahora, no sólo un código dispone tal tipo de sistema sino que la constitución protege varios de sus principios.

2. El sistema acusatorio italiano

2.1 Transfiriendo el poder de los jueces a los adversarios

No siempre es fácil clasificar a los sistemas penales como “acusatorios” y opuestos a los “inquisitivos” debido a que no existe una suerte de *test* que pueda aplicarse a un sistema y provea una respuesta definitiva sobre si es acusatorio o inquisitivo. De hecho, como se enfatizará a lo largo de este artículo, el sistema en Italia tiene una mezcla de características, algunas asociadas exclusivamente con el proceso inquisitivo y algunas que pueden encontrarse sólo en sistemas acusatorios. Por ejemplo, en los procesos en Europa continental, las víctimas a menudo pueden desempeñar un papel activo incluso al punto de ser representadas por su propio abogado, quien participa en un nivel no muy diferente del fiscal o del abogado defensor.⁶ Bajo el código de 1988, Italia todavía permite a los agraviados que participen en el juicio a través de un abogado y que exijan reparaciones civiles al acusado por los daños sufridos.⁷ Mientras que la mayoría de jurisdicciones en los Estados Unidos ahora

⁶ En Alemania, por ejemplo, las víctimas de agresión sexual pueden participar en el juicio penal contra el acusado, incluso al punto que las víctimas pueden recibir el patrocinio de un abogado de oficio en caso no puedan contratar a su propio abogado. Véase, William T. Pizzi y Walter Perron, *Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems*, 32 *Stan. J. Int'l L.* 37 (1996).

⁷ Cada delito en Italia también constituye un daño civil y, como tal, existe un derecho a la compensación por el daño a la persona herida por el crimen. Código Penale [C.p.] art. 185. El Artículo 74 del Código

permiten a las víctimas participar en la lectura de sentencia,⁸ su participación activa mediante un abogado durante el proceso no corresponde con la tradición procesal estadounidense. En Inglaterra tampoco se permite la participación de la víctima.⁹

Otra característica casi universal en los sistemas continentales es que en el juicio no sólo se determina la culpabilidad del acusado sino también la sentencia a imponerse en caso se determinara su culpabilidad.¹⁰ Esto contrasta drásticamente con los Estados Unidos e Inglaterra donde los juicios se limitan a la determinación de la culpabilidad, mientras que la determinación de la sentencia ocurre en un procedimiento separado con normas probatorias diferentes. En Italia, con las disposiciones del código, los procesos siguen ocupándose no sólo de la culpa sino también de imponer la sentencia apropiada si se determina que el acusado es culpable. La naturaleza dual de la indagación en los procesos continentales tiene consecuencias estratégicas importantes para la defensa debido a que cualquier evidencia que pudiera servir para mitigar la sentencia tendrá que presentarse durante el juicio pues no existirá otra oportunidad para hacerlo.

Otra diferencia entre los procesos realizados bajo el código en Italia y los procesos en los Estados Unidos e Inglaterra es el hecho de que el código italiano nunca intentó introducir los jurados, característica central de los sistemas del *common law*. Sólo se constituyen jurados con gente lego en Derecho en caso de crímenes muy serios, como traición, asesinato o secuestro.¹¹ Incluso en esos casos, la gente (seis personas) se sienta junto a dos jueces profesionales para decidir los asuntos en el denominado modelo de paneles “mixtos” de legos en Derecho y jueces profesionales que se pueden encontrar en Francia,¹² Alemania,¹³ y otros países continentales. Pero la amplia mayoría de juicios penales en Italia se realizan sólo ante jueces profesionales sin participación de gente lego en Derecho.¹⁴

Procesal Penal establece que “la acción civil para exigir compensación o reparación provista por el artículo 185 del Código Penal puede ser presentada como parte del juicio por la persona lesionada por el crimen o sus sucesores contra el acusado o la persona que tenga responsabilidad civil”. Códice di procedura penale [C.p.p.] art. 14.

⁸ Véase Dina Hellerstein, *The Victim Impact Statement: Reform or Reprisal*, 27 Am. Crim. L. Rev. 391, 399 (1989), quien menciona los 49 estados que permiten participación de las víctimas en las sentencias.

⁹ Véase A. T.H. Smith, *England and Wales*, en *Criminal Procedure Systems in the European Community*, 73, 81 (Christine Van Den Wyngaert ed., 1993) [en adelante *European Criminal Procedure Systems*].

¹⁰ Véase John H. Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany* 38, 71-72 (1977).

¹¹ En Italia, la presencia de personas legas en Derecho junto al juez está prevista sólo en la Corte de Assize y en la Corte de Apelaciones de Assize. Esta corte tiene jurisdicción para delitos reprimibles con cadena perpetua o prisión por más de 24 años. C.P.P. art. 5. Además de crímenes con sanciones graves, esta corte tiene jurisdicción sobre ciertos delitos específicos, como la traición contra el Estado. *Id.*

¹² En ocasiones los países europeos emplean el término “jurado” para describir, lo que es en realidad, un panel mixto de jueces profesionales y personas legas en Derecho quienes deliberan juntos. Francia es un ejemplo de ello. Para una buena explicación de los juicios por asesinato en Francia frente a un “jurado” en el que se combina a personas sin formación jurídica y jueces profesionales, véase Renee Lettow Lerner, *The Intersection of Two Systems: An American on Trial for an American Murder in the French Cour D’Assises, 2001 U Ill. L. Rev.* 791.

¹³ Véase Pizzi y Perron, *supra* nota 6, en la página 43, nota 25.

¹⁴ Los juicios ante jueces profesionales se realizan ante jueces individuales o frente a un panel de tres jueces, considerando a uno de los jueces como Presidente de la Corte. Véase Corso, *Italy*, en *European Criminal Procedure Systems*, *supra* nota 9, pp. 223, 227-228. Originalmente, los juicios frente a jueces individuales se limitaban a delitos que recibían hasta cuatro años de prisión como sanción. *Id.* Pero a partir de la Ley N° 479, aprobada el 6 de diciembre de 1999, se permite que cualquier delito que se sancionara con un máximo de 10 años de prisión, así como delitos vinculados a las drogas, fueran juzgados frente a jueces individuales. Esto significa que la mayoría de juicios penales deben llevarse a cabo frente a jueces individuales.

2.1.1 Limitación a la admisibilidad de elementos contenidos en el expediente

Pero a pesar de que existen muchos aspectos del sistema italiano que se mantienen como herencia del *civil law*, hubieron tres reformas interrelacionadas en el código que manifestaban el intento italiano por introducir un sistema acusatorio. La primera se vinculaba a la limitación de la influencia de los materiales reunidos durante la investigación preliminar en el proceso. En los sistemas continentales, todos los materiales reunidos por la policía y las partes durante la investigación del delito son incluidos en un expediente oficial, que cumple un rol muy importante en el proceso. Típicamente, los expedientes contienen todos los informes policiales, las declaraciones de los testigos, los documentos relativos al delito, evidencia física, peritajes, y otros materiales reunidos durante la investigación.

El expediente es muy importante en el proceso y, en algunos países continentales, como en los Países Bajos, el juicio usualmente consiste en una discusión sobre los materiales incluidos en el expediente, en un intento por determinar el tema de la culpabilidad y la pena adecuada.¹⁵ Pero incluso en países donde el poder del expediente es más limitado, por ejemplo en Alemania, donde los testigos deben ser llamados aunque se hubieran incluido sus declaraciones en el expediente, el juez de conocimiento habrá estudiado el expediente y se encontrará familiarizado con su contenido.¹⁶ Una razón para el uso extensivo de los expedientes se vincula a otra característica de la tradición del *civil law*, a saber, que el juez tiene la responsabilidad de llamar a los testigos para su análisis inicial durante el proceso. Por esta razón el juez, así como el fiscal en los Estados Unidos, debe encontrarse totalmente familiarizado con los materiales reunidos durante la investigación preliminar.

El código italiano buscó limitar la influencia del expediente creando un sistema que exigiera nuevamente la producción de toda la evidencia pertinente contra el acusado.¹⁷ Antes del código de 1988, se concebía el juicio más como una ratificación de lo que se había hecho y de la evidencia que se había acumulado durante la investigación preliminar. Pero, después de 1988, el juicio se convirtió en el corazón del sistema y las dos partes en contienda tenían que generar la evidencia y examinarla durante el juicio. Para conseguir tal cambio, se negó el acceso de los jueces a la mayoría de los materiales reunidos durante la etapa de investigación preliminar.

Esta limitación del acceso del juez al expediente lleva a la segunda parte de la reforma del código de 1988, a saber, el cambio en la responsabilidad de la producción de la prueba, que pasó de los jueces a las partes.

2.1.2 El cambio de responsabilidad en la producción de la prueba

En los sistemas continentales, la responsabilidad de controlar la conducción del proceso se coloca en el juez, el cual desempeña un papel muy activo. El juez de

¹⁵ Véase A.H.J. Swart, *The Netherlands*, en *European Criminal Procedure Systems*, *supra* nota 9, pp. 279-298.

¹⁶ Véase Langbein, *supra* nota 10, p. 62.

¹⁷ Véase, en general, Delfino Siracusano, *Diritto di difesa e formazioni Della prova nella fase dibattimentale*, 29 *Cassazione Penale* 1591 (1989).

conocimiento (cuando existe más de un juez profesional, lo que ocurre a menudo)¹⁸ decide qué testigos deben llamarse y emprende el interrogatorio inicial de cada testigo. El fiscal público, el abogado defensor, y el abogado de la víctima (si la jurisdicción permite que la víctima participe) desempeñan un papel suplementario en la conducción del proceso. Ellos pueden sugerir al juez que llame a testigos adicionales y pueden hacer preguntas a los testigos después de que el juez ha terminado de interrogarlos. Pero en el sistema inquisitivo, es el juez quien realmente controla el juicio.

En Italia se intentó cambiar el sistema para asegurar que el juez llegara al juicio sin haber sido expuesto intensamente al expediente. Esto se conseguía mediante la restricción de la información que usualmente se pone a su disposición. En vez de simplemente poner el expediente completo a su disposición, el código limitó bruscamente el material del expediente que se le daba automáticamente.¹⁹ El código dispone que si una parte desea que se ponga a disposición del juez alguna evidencia adicional antes del juicio, se debe presentar una solicitud ante el juez preliminar para que decida si se entrega o no la información solicitada al juez de conocimiento.²⁰

Pero, obviamente, incluso si ya no se permitiera al juez examinar toda la información reunida durante la investigación, aún sería posible que pudiera aprender bastante sobre el caso si recibiera muchas mociones previas durante la etapa investigatoria del caso o si presidiera una audiencia preliminar. Esto, por supuesto, ocurre a menudo en los Estados Unidos donde los jueces a menudo manejan las mociones previas en un caso, así como también el juicio.

Italia solucionó el problema del juez con conocimiento previo del caso requiriendo que el juez que preside el juicio penal sea diferente que aquel que supervisa la etapa investigatoria del caso o el juez que ha escuchado la audiencia preliminar en el caso.²¹

El hecho de que el código busque proteger al juez de conocimiento de una gran cantidad de información contenida en el expediente hace necesario que la carga de llamar testigos se traslade a las partes procesales, quienes se encontrarán familiarizados con toda la evidencia, como pretende el código. El código italiano establece que, en primer lugar, el fiscal público presenta la evidencia contra el acusado y luego las otras partes (incluyendo a la parte agraviada, si existiera una demanda civil contra el acusado) tienen la oportunidad de presentar cualquier evidencia que deseen.²² Como es usual en los sistemas acusatorios, es la parte que llama al testigo la que conduce el interrogatorio inicial de éste –no el juez– y la otra parte se encuentra facultada a repreguntar al testigo

¹⁸ Véase Langbein, *supra* nota 10, pp. 61-62.

¹⁹ El artículo 431 del código ahora dispone tres categorías de documentos que deben entregarse al juez responsable del juicio: a) los documentos acusatorios; b) los documentos sobre alguna pretensión civil que hubiera contra el acusado; y c) la evidencia probatoria que se reunió.

²⁰ *Idem.*

²¹ Lo que se hace en Italia realmente distingue tres fases de juzgamiento: un juez que maneja la investigación preliminar del caso, un juez que maneja la audiencia preliminar y determina si el caso debe pasar a juicio, y el juez del juicio. El artículo 34 establece que el juez de la investigación preliminar ni el juez de la audiencia preliminar pueden ser jueces en el juicio. C.p.p. art. 34. Además, el mismo artículo establece que el juez que ha dirigido la manejo de la investigación preliminar en el tema no puede ser el juez que escucha la audiencia preliminar. *Idem.*

²² En particular, el artículo 190, titulado “Derecho a presentar evidencias”, señala que las partes tienen el derecho de proveer la evidencia y que el juez puede excluir sólo la evidencia ilegal o aquella que es claramente innecesaria o irrelevante. C.p.p. art. 190.

después de que se ha completado el testimonio directo.²³ Los jueces pueden hacer preguntas, tal como un juez en los Estados Unidos puede preguntar en el juicio,²⁴ pero la mayor responsabilidad de presentar y examinar la evidencia se ubicó claramente en el fiscal público y el abogado defensor.

Uno de los principales objetivos del código de 1988 fue asegurar que los acusados tuvieran la oportunidad de escuchar la evidencia contra ellos y que pudieran confrontarla y, si fuera oportuno, presentar otra evidencia que cuestionara la inicialmente proporcionada por el fiscal público. En otros términos, la intención del código fue dejar claro que la única evidencia contra el acusado que podía considerarse era la que se presentaba y probaba en el juicio, no la evidencia que podía haber sido reunida durante la etapa investigatoria.²⁵ Para un país con herencia del *civil law*, donde se tenía ampliamente establecido que los acusados tenían limitaciones para examinar la evidencia existente contra ellos y ofrecer otra evidencia propia, el código presentaba un modo muy diferente de conceptualizar la naturaleza del proceso penal.

2.2 La posibilidad de las partes de aplicar el *Plea Bargain* en Italia

El objetivo del código de 1988 fue crear un sistema de juicio que fuera más abierto y justo, y uno que los codificadores sintieran que era más consistente con los principios de una sociedad democrática abierta.²⁶ Pero había otra razón para cambiar el viejo sistema penal –una razón secundaria, pero no por eso menos importante–: la esperanza de obtener eficiencia en el sistema. Para entender la presión que existía en Italia por obtener enorme eficiencia, se requiere observar sólo la larga lista de casos en los que el lento sistema penal italiano ha sido condenado por la Corte Europea de Derechos Humanos por las enormes demoras que los acusados sufrieron antes de que sus casos fueran a juicio.²⁷ En todos estos casos, la Corte Europea de Derechos Humanos encontró que Italia había violado el artículo 6, inciso 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que establece que cualquier persona acusada de haber cometido un delito “tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley”.²⁸ Estas decisiones, que condenaban al sistema italiano, eran situaciones embarazosas y generaron presión sobre

²³ El artículo 489 establece que la evaluación directa del testigo debe realizarse por la parte que lo llama y que la otra parte puede reinterrogarlo. C.p.p. art. 489. Cuando el reinterrogatorio termina, la parte que llamó al testigo puede redirigir el interrogatorio al testigo.

²⁴ El artículo 506 establece que, luego del interrogatorio directo y el reinterrogatorio, el juez (el presidente, o también a solicitud de los vocales), puede hacer preguntas C.p.p. art. 506. En el mismo sentido. C.p.p. art. 507 establece que al final de la presentación de la evidencia por las partes, el juez, si parece absolutamente necesario, puede pedir que se produzca evidencia adicional. Véase la Sección 3.1

²⁵ Una de las ideas principales del Código de 1988 era transformar el juicio, pasando de ser una revisión de la evidencia reunida con anterioridad a un juicio acusatorio en que la evidencia debía producirse de nuevo a través de testigos en el juicio de modo que pudiera ser examinada. Véase Siracusano, *supra* nota 17, en la página 1591.

²⁶ Véase Mario Chiavario, *La reforma del processo penale*, 24 (2ª. ed. 1990); Piermaria Corso, *Italy*, en *European Criminal Procedure Systems*, *supra*, nota 9, p. 226.

²⁷ Véase, e.g., Oliviero Mazza, *Observatorio Della corte Europa dei diritti umani*, 7 *Diritto Penale e Processo* 777 (2001); Giuseppe di Federico, *The Crisis of the Justice System and the referendum on the Judiciary*, in 3 *Italian Politics: A Review* 25, 26-27 (Robert Leonardi & Piergiorgio Corbetta eds., 1989); Oliviero Mazza, *Corte europea dei diritti umani*, 6 *Diritto Penale e Processo* 1538 (2001).

²⁸ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213 U.N.T.S. 221, *Europ. T.S. N° 5*, art. VI, S. 1 (entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953), en adelante se le denominará Convenio Europeo.

los codificadores de 1988 para intentar algunos procesos cortos y ágiles con un juicio breve.

El código establece diversos procedimientos rápidos,²⁹ uno de los cuales es una forma limitada de *plea bargaining*. La sección en el código italiano que permite el *plea bargaining* se titula “*applicazione della pena su richiesta delle parti*”, que en términos gruesos puede traducirse como la “aplicación de la pena a pedido de las partes”.³⁰ Pero los abogados y jueces en Italia a menudo se refieren a esta disposición usando una palabra italiana equivalente a *bargain* [negociación]: *patteggiamento*. Con esta disposición, el fiscal público y el abogado defensor pueden acordar la imposición de una sentencia y pedir al juez que la imponga.

Nos referimos a esta disposición como “una forma de *plea bargaining*”, debido a que tiene similitudes con el *plea bargaining* del sistema estadounidense, pero también tiene diferencias significativas. Por ejemplo, no permite “cambios de acuerdo” en los que la acusación penal sea reducida como parte de la negociación para obtener un rango de sentencia menor para el acusado. En los Estados Unidos, no es extraño que un robo agravado se reduzca a un simple robo o que se reduzca el asesinato al homicidio culposo como parte de la negociación. Tales negociaciones no están permitidas en la forma italiana del *plea bargaining*.

Otra diferencia significativa entre el *plea bargaining* en Italia y en los Estados Unidos tiene que ver con el rango de casos en los que puede aplicarse. En los Estados Unidos, por lo general no hay límites para los tipos de casos que pueden acogerse a este mecanismo procesal –incluso un violador en serie o alguien acusado de asesinato y que afronta una posible sentencia de pena de muerte podría negociar que se reduzca el rango de la pena–.³¹

En Italia se restringió originalmente el *plea bargaining* para casos menores. Originalmente el código estableció esto señalando que después de una reducción de un tercio, la sentencia final no podía ser mayor a dos años.³² Esto significaba que cualquier persona acusada de cometer un delito que podía implicar una sentencia mayor a tres años no podía acceder a la negociación. Esta limitación inicial podría verse con mayor claridad probablemente como evidencia del nerviosismo de Italia sobre la idea general del *plea bargaining*, que se explicará a mayor profundidad posteriormente.

Pero el rango de casos elegible para una posible negociación se amplió el año 2003 cuando el límite a la sentencia final después de la reducción de un tercio se elevó a

²⁹ Para un análisis más profundo de las disposiciones en el código para la resolución de un asunto penal en un juicio corto, véase William T. Pizzi & Luca Marafioti, *The New Italian code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, 17 Yale J. Int'l. L. 1, 15-27 (1992).

³⁰ Véase C.p.p. arts. 444-448.

³¹ Véase *e.g.* Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970).

³² El artículo 1988 del Código Procesal Penal originalmente establecía que el acusado y el fiscal público podían acordar reducir la pena hasta en un tercio y podían pedir al juez que la impusiera, pero se establecía que la sentencia negociada final no podía ser mayor de dos años. Sobre la interpretación jurídica de la reducción de la pena, véase Pizzia & Marafioti, *supra* nota 29, p. 22.

cinco años.³³ Esto todavía limita el *plea bargaining* pues ningún delito que derive en una sentencia de más de siete años y medio puede ser negociado, y además existen delitos específicos, como el crimen organizado, que el código establece que no se pueden negociar.³⁴ Pero a pesar de que se suele considerar que las sentencias en Italia y en otros países continentales son más indulgentes que en los Estados Unidos, el *plea bargaining* se encuentra a disposición de muchos más acusados en Italia luego de esta reforma.

Es posible preguntarse, considerando los serios problemas de retrasos en los juicios en Italia, porqué este país ha permitido de manera creciente sólo una forma de *plea bargaining* y por qué incluso hoy no lo permitirá en algunos casos que requerirán juicios extremadamente largos y costosos. Para entender este nerviosismo de Italia sobre el *plea bargaining*, es necesario entender a fondo el concepto de conflictos con “justicia negociada” [bargaining justice] dentro de la herencia del *civil law* que se tiene en este país. Los sistemas europeos de justicia penal se encuentran profundamente comprometidos con la idea de que se debe brindar el mismo trato a dos acusados similares, es decir aquellos que han cometido el mismo delito y que tienen el mismo trasfondo para sentenciar, deberían recibir el mismo trato ante la ley. Algunos pueden decir que en los Estados Unidos existe el mismo compromiso por una justicia igual ante la ley, pero el compromiso, en realidad, no es tan fuerte en los Estados Unidos. En este país, el *plea bargaining* permite que los acusados, incluso a los coacusados, quienes han cometido el mismo crimen, reciban sentencias muy diferentes. Por ejemplo, un acusado que ha robado una tienda y contra quien se tiene evidencia fuerte puede recibir una sentencia más larga en un *plea bargaining* que un acusado que quizá manejó el auto de escape y contra quien existe una evidencia mucho más débil. Compromisos de esta naturaleza son usuales en el sistema estadounidense.³⁵

En los Estados Unidos, incluso es posible que dos acusados puedan terminar sentenciados por delitos diferentes en base a la misma evidencia debido a que el sistema de justicia penal estadounidense a menudo permite la “negociación de la acusación” [charge bargaining] así como la “negociación de la sentencia” [sentence bargaining]. Un acusado puede asumir un cargo menor y otro ser procesado y condenado por un cargo mayor.

El sistema penal estadounidense acepta estos tipos de inconsistencias en el modo en que se trata a acusados similares. Quizá esto se debe, en parte, a que el sistema confía ampliamente en los jurados y éstos agregan un elemento de incertidumbre a los juicios. Pero sea cual fuere la fuente de la apertura de los Estados Unidos al *plea bargaining*, para los países continentales es problemático pensar en que dos delincuentes que se encuentran en similares condiciones pudieran recibir sentencias muy diferentes.

³³ Con el actual artículo 444, incluso delitos como la tentativa de asesinato, violación sexual y robo agravado pueden someterse al *plea bargaining* en la medida que existan circunstancias atenuantes que llevarían a un juez a imponer sentencias no mayores a 7 años y medio.

³⁴ El artículo 444 establece que el *plea bargaining* no es aplicable a delitos vinculados al crimen organizado, secuestro o extorsión, tráfico de drogas, y terrorismo. También se establece que no es aplicable a acusados reincidentes si la sentencia excedería los dos años. *Idem*.

³⁵ Véase Welsh White, *A Proposal for Reform of the Plea Bargaining Process*, 119 U. Pa. L. Rev. 439 (1971), donde se describe el modo en que el *plea bargaining* funciona en la ciudad de Nueva York y en Filadelfia.

Un problema vinculado en los dos sistemas es el modo diferente en que se considera la discrecionalidad de acusar. En los Estados Unidos, los fiscales públicos tienen amplias facultades de acusar y pueden seleccionar libremente a quienes investigar y a quienes no investigar con la importante advertencia de que acusar a alguien sólo sobre la base de su raza, género, u otra clasificación sospechosa puede violar la protección a la igualdad. Pero aparte de esa limitación importante, los fiscales tienen amplias facultades para acusar.³⁶

Los países europeos asumen una perspectiva muy diferente, en buena medida debido a la fuerte creencia en que los acusados que han cometido los mismos delitos deben ser tratados de la misma forma. Por esta razón, Italia y muchos otros países europeos tienen una doctrina de investigación obligatoria a través de la cual el fiscal debe denunciar penalmente a alguien si tiene razones para considerar que ha cometido un delito.³⁷ Esto, obviamente, no significa que el caso debe proceder a levantar cargos formales y luego a juicio, sino que tiene que abrirse un expediente y el asunto debe investigarse si la policía otorga evidencia de un delito al fiscal. En síntesis, una investigación formal debe comenzar sobre el asunto. Si el fiscal encuentra posteriormente evidencia insuficiente para seguir con el asunto, entonces buscará la aprobación judicial para la decisión de no presentar cargos formales.³⁸

En Italia, es tan importante la herencia de la investigación obligatoria que un artículo de la constitución consagra el principio de acusación obligatoria.³⁹ Por supuesto, en Italia y en otros países continentales, la acusación obligatoria es más una teoría que una realidad en estos días y ha habido debates ocasionales para enmendar el artículo constitucional que la establece.⁴⁰ En general, el público italiano no ve el principio de acusación obligatoria como una disposición severa que amenace a todo aquel que viole la ley con una acusación total (como se acaba de explicar, si existe insuficiente evidencia que sustente los cargos o si la evidencia inicial es considerada inadecuada, el asunto será rápidamente rechazado). Por el contrario, la acusación obligatoria es vista como protección a las víctimas debido a que asegura un trato igualitario a los delincuentes. Sin esta disposición, se siente que los fiscales pueden

³⁶ Véase *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456, 464 (1996): “En la medida que el fiscal tenga causas probables para creer que el acusado cometió un delito, la decisión sobre investigar o no, y sobre qué cargos archivar o presentar ante un gran jurado, por lo general descansa en su entera discreción”, citando a *Borderkirher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 364 (1978).

³⁷ Para un excelente análisis de lo que significa la investigación obligatoria y cómo funciona en los sistemas del *civil law*, véase John H. Langbein, *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, 41 U. Chi. L. Rev. 439 (1974).

³⁸ Se puede entender la investigación obligatoria viéndola como una solicitud de elevar cargos cuando existe una base fáctica suficiente que sustente los cargos. Un fiscal podría violar el principio de investigación obligatoria si decidiera investigar a algunos acusados y no a otros. Véase Langbein, *supra* nota 10, pp. 87-90.

³⁹ El artículo 112 de la constitución italiana (Const.) es difícil de traducir. Podría traducirse literalmente de la siguiente forma: “El fiscal debe ejercer la acción penal obligatoria”, pero sería más correcto intentar traducir este artículo como sigue: “El fiscal debe denunciar si tiene razones para considerar que se ha cometido un delito”.

⁴⁰ Véase Giuseppe Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, en Alfredo Gaito, *Accusa Penale e ruolo del Pubblico Ministero* 175 (1975); Alfredo Gaito, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero*, en *Acusación Penal*, *supra*, nota 23; Vladimiro Zagrebelsky, *La riforma dell'ordinamento giudiziario in Commissione bicamerale*, *Foro It.* 1997, V, 245.

ceder a presiones políticas para acusar algunos delincuentes y no acusar a aquellos que tienen buenos contactos políticos.⁴¹

El concepto de *plea bargaining* colisiona con los principios protegidos por la doctrina de la acusación obligatoria debido a que pone un control considerable sobre la disposición de un caso en las manos del fiscal. Para entender cuanta discreción puede estar en manos del fiscal en los Estados Unidos, se requiere sólo recordar el histórico caso de la Corte Suprema sobre *plea bargaining*, *Bordenkircher v. Hayes*.⁴² En *Hayes*, el acusado fue acusado originalmente por utilizar documentos falsos y debía afrontar hasta diez años en prisión si se le encontraba culpable. El fiscal ofreció permitir a Hayes que se declarase culpable con una recomendación de una sentencia de cinco años, pero, al mismo tiempo, advirtió a Hayes que si insistía en el juicio, el fiscal podía acusarlo como un delincuente habitual debido a sus antecedentes y, si se le encontraba culpable de ese cargo adicional, Hayes sería sancionado con cadena perpetua.⁴³

Para una mente continental, *Hayes* es una pesadilla. En primer lugar, el fiscal se encuentra ofreciendo básicamente que Hayes reciba sólo cinco años si se declara culpable. Luego el fiscal indica a Hayes que será sentenciado de por vida si no acepta la negociación.

En vez de otorgar esta suerte de poder al fiscal, los sistemas continentales prefieren que cualquier discreción de tal tipo se limite y someta al control judicial. En parte, esto refleja el hecho de que los fiscales en Italia y sus contrapartes en otros sistemas continentales son miembros del poder judicial,⁴⁴ no miembros del poder ejecutivo y se requieren controles muy diferentes para su poder. También refleja la fuerte preocupación de que los acusados de delitos similares sean tratados de la misma forma. Demasiada discreción amenaza tal principio.

En el caso del *plea bargaining* en Italia, el código contiene importantes garantías para los acusados contra la denegación arbitraria de un fiscal a permitir al acusado evitar el juicio y recibir la sentencia reducida que es posible bajo el código. En primer lugar, un fiscal que deniega una solicitud de un acusado de una sentencia reducida al amparo del *plea bargaining* debe explicar y justificar sus motivos para denegar la negociación solicitada.⁴⁵ Una segunda protección para los acusados contra una denegación arbitraria es el hecho de que incluso si el fiscal deniega acordar la sentencia reducida, el acusado

⁴¹ El artículo 112 de la Constitución Italiana, que establece la acusación obligatoria fue adoptado inmediatamente en 1948 y fue principalmente una reacción política ante la actuación de los fiscales en el período fascista. Durante este período, el fiscal era considerado como una herramienta en manos del gobierno fascista y era realmente el gobierno el que decidía a quién se acusaba de un delito y qué cargos debían presentarse. Como resultado de esta historia, la Constitución de 1948 decidió proteger a los ciudadanos contra tal poder arbitrario limitando la interferencia política en las decisiones de acusar del fiscal público. Véase Vladimiro Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, en *Pubblico Ministero e accusa penale; problema e prospettive di riforma*, 3 (Giovanni Conso ed., 1979).

⁴² 434 U.S. 357 (1978).

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ La naturaleza del fiscal en Italia es analizada en la sección 2.3.

⁴⁵ C.p.p. art. 446, inciso 6. El código no establece las razones específicas que permitirían a un fiscal denegar una reducción de sentencia propuesta mediante un *plea bargain*, pero las razones pueden inferirse a partir del artículo 444. Entre esas razones se encontrarían aquellas situaciones en las que: a) el fiscal no considera que la sentencia reducida es un castigo adecuado por el delito, o b) el fiscal no cree que la descripción del acusado sobre el delito sea correcta.

puede solicitar al juez al inicio del juicio la sentencia reducida y, si éste lo considera apropiado, puede acordar sentenciar al acusado de acuerdo a la disposición del *plea bargaining* y otorgar al acusado una sentencia reducida.⁴⁶ En tercer lugar, incluso luego de un juicio, si el juez considera que la denegación del fiscal de entrar en un *plea bargaining* antes de un juicio fue un error, el juez en la sentencia puede dar al acusado la reducción de la sentencia permitida en la disposición sobre *plea bargaining*.⁴⁷

Esto permite a todos los acusados que deseen acogerse al *plea bargaining* y a quienes se les debería permitir una sentencia reducida, obtener los beneficios de esta figura procesal, incluso si el fiscal denegara tal negociación antes del juicio. En los Estados Unidos, no existe tal norma –si un fiscal deniega un *plea bargaining*, eso es asunto sólo de fiscal. Ningún juez tiene autoridad para aceptar una negociación sobrepasando la denegación de fiscal–.

Otro aspecto de la indecisión italiana de abrazar completamente el *plea bargaining* en la forma estadounidense tiene que ver con la preocupación de que puede amenazar la independencia de los jueces. Bajo la constitución italiana, los jueces tienen garantizada su independencia⁴⁸ y, en un contexto de *plea bargaining*, el poder de los jueces para decidir el castigo apropiado, libre de otras influencias, puede verse comprometido si el juez siente que debe automáticamente ratificar el acuerdo alcanzado por las partes. Para proteger la independencia de los jueces, la disposición sobre *plea bargaining* del código requiere que antes que el juez acepte la negociación, debe examinar la evidencia y ver si es posible, a pesar del acuerdo, entrar a un análisis de la exoneración para el acusado.⁴⁹ Si es posible, el juez debe hacerlo. Si no existe posibilidad de exoneración, el juez debe asegurarse de que el delito encuadre los hechos y que el castigo solicitado por las partes sea adecuado y justo para el delito.⁵⁰ Finalmente, permite al juez examinar al acusado personalmente para asegurarse que ha acordado la disposición.⁵¹ Si, luego de todo esto, el juez considera que la sentencia propuesta es apropiada, impone tal sentencia.

⁴⁶ C.p.p. art. 448.

⁴⁷ El artículo 448 del código establece que después de la denegación del fiscal de acordar la negociación, el acusado puede reiterar la solicitud de un castigo reducido frente al juez al comienzo del juicio. El juez puede aceptar la solicitud en cuyo caso no habrá juicio. Pero incluso si existe juicio, al final de éste (o incluso cuando el caso se encuentra en apelación), el juez puede imponer una sentencia reducida al acusado si llega a la conclusión de que la denegación inicial del fiscal fue injustificada.

⁴⁸ Const. art. 101, inc. 2

⁴⁹ Const. art. 444, inc. 2

⁵⁰ *Idem*. Esta sección fue el resultado de un desafío constitucional para las disposiciones del código sobre *plea bargaining*. La Corte Constitucional sostuvo la disposición general sobre *plea bargaining*, pero derogó el anterior artículo 444 inc. 2 pues consideró que no era adecuada para asegurar que el juez tenga certeza de que el castigo era adecuado para la gravedad del delito, incluyendo las lesiones causadas por el delito. Corte Constitucional, 2 de julio de 1990, n. 313, Gazz. Uff. 1ª serie especial, 4 de julio de 1990, n. 27, 35 Giur. Cost. 1981. El inciso fue entonces modificado para requerir al juez determinar independientemente que el castigo impuesto sea adecuado tomando en cuenta los propósitos del castigo y las circunstancias del delito. Véase Ley N° 479, 16 de diciembre de 1999, Racc. Uff. 1999, XIII, 6496, Lex. 1999, I, 4344, art. 32.

A pesar del hecho de que la disposición sobre *plea bargaining* contenida fue considerada constitucional, subsisten críticas que sostienen que el solo hecho de que la sentencia impuesta es condicionada al acuerdo de las partes viola la independencia del poder judicial establecida en la constitución. Véase, e.g., Gilberto Lozzi, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, 33 Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1600, 1608 (1990).

⁵¹ C.p.p. art. 446, inc. 5.

Esto podría parecer no muy diferente del *plea bargaining* en los Estados Unidos, donde se permite a los jueces revisar el acuerdo y tienen el poder de rechazarlo si consideran que no es de interés público. Pero el mayor grado en que se espera que los jueces italianos escudriñen el acuerdo para ver si es adecuado se genera por una gran diferencia entre el *plea bargaining* en ambos sistemas: en Italia, no existe una entrada formal para declararse culpable en el proceso. Los codificadores italianos se preocuparon de que la presión sobre el acusado a declararse culpable pudiera socavar la garantía constitucional de que todos los acusados son considerados inocentes mientras no se pruebe su culpabilidad.⁵² En cambio, se supone que el *plea bargaining* en Italia funciona no como una solicitud al juez para que “acepte” una declaración de culpabilidad como en el modelo estadounidense, sino más bien como una solicitud al juez para que evalúe el caso desde ángulos muy distintos y determine si el acusado es de hecho culpable y si la sentencia reducida buscada es una forma apropiada de evitar el juicio y aún así permitir una sentencia adecuada. Visto de este modo, una entrada formal a la declaración de culpabilidad no fue considerada necesaria.⁵³

El *plea bargaining* constituye un desafío para cualquier país con herencia del *civil law*. No sorprende que en Italia haya enfocado el asunto sólo gradualmente y que se esté intentando con fuerza atenuar el desafío que plantea el *plea bargaining* al principio de que los acusados de delitos similares deben ser tratados similarmente así como el de que la autoridad independiente del juez para asegurarse que la sentencia impuesta al acusado sea adecuada para el delito en cuestión. A la fecha, el *plea bargaining* italiano no ha reducido bruscamente el problema de los retrasos en los juicios debido a que se estima que el 85% de los casos penales llegan a juicio.⁵⁴ Esto, por supuesto, contrasta enormemente con el sistema de justicia penal estadounidense, donde la tasa de *plea bargaining* es superior al 90% en la mayoría de jurisdicciones.⁵⁵ Un factor que anima a los acusados a evitar resolver sus casos mediante un acuerdo es la tremenda cantidad de casos retrasados en espera de juicio en Italia. Con tales retrasos, muchos acusados probablemente ven como ventajoso esperar por un juicio que podría no ocurrir jamás o que podría ocurrir recién después de varios años.

2.3 Las dificultades de construir un sistema acusatorio sobre bases del *civil law*

Cabe destacar que la tarea que Italia se impuso era desalentadora debido a que se intentaban realizar cambios radicales en su sistema penal, construyendo sobre una fuerte base del *civil law*. Como hemos mencionado, dos características usuales en la tradición

⁵² Const. art. 27, inc. 2.

⁵³ Véase Pizzi & Marafioti, *supra*, nota 29, p. 23.

⁵⁴ Marco Fabri, *Theory Versus Practice of Italian Criminal Justice Reform*, 77 *Judicature* 211, 213 n. 4 (1994).

⁵⁵ Véase James A. Cramer et al., *The Judicial Role in Plea Bargaining*, en *Plea Bargaining* 139 (William F. McDonald & James A. Cramer eds., 1980). Esta figura del 90% es la que típicamente se utiliza para mostrar la importancia del *plea bargaining* en nuestro sistema de justicia penal. Pero quizá hoy subestima su papel en las cortes estadounidenses. Para tener cierta perspectiva sobre la importancia del *plea bargaining*, consideremos el número de casos de delitos graves en Colorado, un estado con un sistema de penal fuerte, en el año 2000, comparado con el número de juicios penales que se llevaron a cabo ese mismo año. El año 2000, se tuvieron 35,770 casos penales en las cortes distritales del estado, pero el mismo año las cortes distritales llevaron a cabo menos de 1000 juicios penales (768 con jurados y 58 con tribunales de jueces). Colorado Judicial Branch Annual Statistical Reports, disponible en Internet: <http://www.courts.state.co.us/panda/statrep/ar2000/table15.pdf> y <http://www.courts.state.co.us/panda/statrep/ar2000/table23.pdf> (consulta: 12 de noviembre de 2003).

del *civil law* y que no fueron cambiadas por el código de 1988, son: a) que el juicio determina tanto la culpabilidad como la sentencia; y b) que se permite a las víctimas continuar desempeñando un papel en el juicio con independencia del fiscal. Pero existen otros aspectos de los procedimientos previos que casi siempre se encuentran en el sistema penal continental y raramente en el sistema acusatorio. Estos aspectos fueron extraídos del anterior sistema de juicio y pueden parecer extraños para quienes sólo fueron entrenados en base al sistema estadounidense.

El primero tiene que ver con la figura del fiscal público. El término italiano empleado para referirse para la persona que presenta la acusación es *pubblico ministero* que en términos gruesos se traduce como ministro para lo público. Por facilidad en este artículo, hemos usado el término “fiscal público” para indicar a la autoridad acusadora. Pero el italiano no tiene una palabra específica para “fiscal” y esto debido a que el *pubblico ministero* es conceptualmente diferente de un fiscal en los Estados Unidos. En los sistemas continentales, el fiscal público es una figura judicial y parte del mismo sistema judicial que incluye a los jueces de conocimiento y a los jueces de apelación.

Esta es una gran diferencia con los Estados Unidos, donde los fiscales son miembros del Poder Ejecutivo y usualmente elegidos. En los sistemas europeos como el italiano, cualquier miembro del Poder Judicial puede postular al cargo de fiscal público si existe una vacante. Esto significa que puede moverse de la posición de juez a la posición de fiscal público y viceversa, en tanto las vacantes surjan para diferentes posiciones en ciudades diferentes.

En Italia, los miembros del Poder Judicial son seleccionados en base a su entrenamiento previo y calificaciones en un examen eliminatorio a nivel nacional. El Poder Judicial incluye a los fiscales, jueces que supervisan la etapa investigatoria de los casos penales, los jueces de conocimiento, y los jueces de apelación. Todos ellos pertenecen a la misma asociación profesional, la *magistratura*, y se mueven dentro del sistema judicial de posición en posición con pocas restricciones y con la misma remuneración económica.⁵⁶

Que se vea que el fiscal público desempeña una función judicial no es algo muy diferente de los Estados Unidos como podría parecer a primera vista. El sistema estadounidense coloca restricciones éticas que exigen que los fiscales pongan un alto valor al interés público al realizar sus decisiones sobre la medida en que los fiscales deberían esforzarse por alcanzar la justicia en vez de sólo acusar. Por ejemplo, el comentario al artículo 3.8 del *Model Rules of Professional Conduct* establece que un fiscal “tiene la responsabilidad de un *ministro de justicia* y no simplemente la de un abogado.”⁵⁷ Aunque los fiscales son elegidos como funcionarios públicos, son dirigidos por los Standards ABA para la Función Fiscal para “no otorgar ningún peso a... las ventajas o desventajas políticas que pudieran surgir” al realizar la decisión de acusar a alguien de un delito.⁵⁸ El sistema estadounidense también impone obligaciones constitucionales y éticas sobre los fiscales que son diferentes de aquellas que se imponen a los abogados. Por ejemplo, un fiscal puede, como un asunto ético, revelar

⁵⁶ Véase Pizzi & Marafioti, *supra* nota 29, p. 23; Grande, *supra* nota 4, p. 236.

⁵⁷ Model Rules of Prof'l Conduct R. 3.8 cmt. 1 (2001), énfasis nuestro (en adelante, Model Rules).

⁵⁸ ABA Standards for Criminal Justice, Prosecution Function and Defense Function, std. 3-3.9 (d) (1993).

posible material exculpatório a la defensa incluso si tal material no hubiera sido requerido por la defensa.⁵⁹

Pero debido a que el fiscal público en Italia es en realidad un miembro del Poder Judicial, esto presenta problemas debido a la relaciones profesionales cercanas existentes entre los fiscales públicos y los jueces debido a que son miembros de la misma organización profesional.

En los Estados Unidos se busca evitar esta relación cercana colocando al fiscal en un poder del Estado diferente al Poder Judicial y mediante la elección de los fiscales. Pero sería difícil convencer a los países continentales, incluyendo a Italia, de que existen ventajas al ubicar al fiscal público bajo los tipos de presiones políticas que existen sobre los fiscales en los Estados Unidos. Es parte de la tradición del *civil law* que quienes ocupan una posición análoga a los fiscales estadounidenses sean figuras judiciales con la obligación de ver que los resultados de una acusación sean justos.

3. El destino del código en la Corte Constitucional durante los noventa

3.1 La colisión de principios en los noventa

No fue nada extraño que el código afrontara dificultades en los noventa cuando sus aspectos acusatorios entraron en conflicto con la tradición del *civil law* en Italia. Una introducción a los problemas puede ser claramente resaltada observando ciertas disposiciones del código italiano que son muy similares a ciertas normas probatorias estadounidenses. El artículo 507 del código permite al juez de conocimiento llamar a los testigos a juicio.⁶⁰ Es sustancialmente similar a la Norma 614 de las Normas Probatorias Federales, según la cual el juez en juicio puede llamar de oficio a los testigos y puede también interrogar a los testigos en el juicio.⁶¹ La Norma 614 no genera problemas en los Estados Unidos porque los jueces rara vez utilizan la facultad de llamar testigo y porque las cortes de apelación siempre han advertido fuertemente a los jueces sobre no realizar demasiadas preguntas en el juicio a fin de que ellos no aparenten el jurado haber abandonado su rol neutral y haber favorecido a una de las partes.⁶²

Pero en Italia este artículo generó problemas en los años siguientes a la adopción del código. En 1992, la *Corte di Cassazione*, una corte de apelación que revisa asuntos legales,⁶³ estableció que si bien el código otorga la facultad de llamar a testigos sobre

⁵⁹ Model Rules, *supra* nota 57, R. 3.8 (d). Esta es también una obligación constitucional. Véase *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 86-88 (1963).

Este compromiso con el modelo acusatorio contrasta considerablemente con el papel que se espera que los fiscales públicos cumplan en el continente: si hubiera evidencia exculpatoria que hubiera sido pasada por alto por el juez del juicio, el fiscal público debería atraer la atención de la corte a esa evidencia, y no sólo dejarla a cargo del abogado defensor. John Langbein, en un libro famoso sobre proceso penal en Alemania, anota que la obligación del fiscal público de velar para que se consiga justicia implica incluso el deber de apelar a nombre del acusado si considerase que la sentencia hubiera sido demasiado severa. Véase Langbein, *supra* nota 10, p. 90.

⁶⁰ Artículo 507 establece que al final de la presentación de la evidencia de las partes, el juez, por su propia iniciativa, puede pedir la presentación de evidencia adicional si parece absolutamente necesario. C.p.p. art. 407.

⁶¹ Fed. R. Evid. 614.

⁶² Véase McCormick On Evidence § 8, 26-31 (John W. Strong ed., 5th ed. 1999).

⁶³ Véase Piermaria Corso, *Italy*, en *European Criminal Procedure Systems*, *supra* nota 9, pp. 223, 256-57. El profesor Corso traduce Corte di Cassazione como "Corte Suprema" debido a que funciona más como

todo a las partes, ello no implica que el juez no pueda introducir otra evidencia que considere necesaria para una decisión justa del caso.⁶⁴ El año siguiente, la Corte Constitucional emitió una sentencia que llegó a la misma conclusión.⁶⁵ Ambas decisiones enfatizaron que mientras el poder de las partes para introducir evidencia al juicio es importante, este poder no puede impedir que el juez busque evidencia adicional que considere necesaria para una decisión apropiada del caso.

Estas son sentencias controvertidas en Italia⁶⁶ porque la búsqueda activa de la verdad por parte del juez que permiten parece inconsistente con un modelo acusatorio en el que el juez desempeña un papel relativamente pasivo y con la responsabilidad de generar pruebas en manos de las partes. Pero existen razones para que la Corte Constitucional pudiera haber sentido presión para conceder al juez un mayor poder para llamar testigos que el que se tiene en las cortes estadounidenses. En primer lugar, está la tradición del *civil law* donde el juez siempre se ha sentido responsable por la exactitud del veredicto del juicio. Con una fuerte herencia del *civil law*, es más difícil para los jueces italianos aceptar un rol más limitado. En segundo lugar, el código marcó un rompimiento abrupto con el pasado, demandando un cambio a partir de un juicio controlado casi completamente por el juez a uno controlado por las partes, y no siempre fue fácil para cada parte del sistema adaptarse. Por ejemplo si, de manera negligente, el fiscal público no llamara a un testigo que, en opinión del juez es necesario para establecer algún elemento del delito, el juez de conocimiento se puede sentir compelido a llamar a ese testigo antes de permitir que el caso colapse debido a la negligencia del fiscal. Es más probable que un juez en los Estados Unidos pudiera permitir que el caso colapse bajo esas circunstancias.

En tercer lugar, la presión en el juez para llamar testigos es especialmente fuerte cuando cree que la evidencia que puede apoyar su defensa no ha sido presentada por la defensa. Este es un problema en cualquier sistema penal preocupado por la justicia. En los Estados Unidos, por ejemplo, se puede leer a menudo sobre casos que obtuvieron la sentencia de pena de muerte en los cuales el abogado de oficio tiene poca experiencia o recibe tan pocos recursos para investigar que se vuelve casi imposible elaborar una defensa creíble.⁶⁷ En Italia no existe la pena de muerte, pero siempre se ha visto que los jueces italianos tienen una obligación paternalista de proteger al acusado. Así, un juez puede sentirse obligado, si el abogado defensor no es diestro, a llamar a un testigo que

una corte de apelación, aunque solo escucha asuntos relacionados con la legalidad de lo que ha tomado lugar. *Id.* en 256.

⁶⁴ Cass., sez. Un., 6 nov. 1992, Foro It. 1993, II, 65.

⁶⁵ Corte cost., 26 mar. 1993, n. 111, Gazz. UHF. 1ª serie especial, 31 mar. 1993, n. 14, Foro It. 1993, I, 1356.

⁶⁶ Véase Paolo Ferru, I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale, 37 *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1065 (1994); Luca Marafioti, L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale, 36 *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 829 (1993); Giorgio Spangher, L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione, 38 *Giur. Cost.* 919 (1993).

⁶⁷ Véase Stephen B. Bright, *Gideon's Reality: After Four Decades, Where Are We?*, en *Criminal Justice*, Verano 2003, p 5, quien describe varios casos en los que inocentes fueron condenados y solo absueltos después de pasar varios años en prisión debido a que sus abogados no realizaron una adecuada defensa; Véase también Stephen B. Bright, *Death in Texas*, *The Champion*, Julio de 1999, p. 16, donde describe los insuficientes honorarios de los abogados defensores insuficiencia de los honorarios que son permitidos para los abogados defensores en investigar y defender casos de pena de muerte en Texas siempre con resultados desastrosos para sus clientes.

debió ser llamado por la defensa o a apoyar en el interrogatorio a un testigo. Efectivamente hay una larga fila de casos en Italia, incluso bajo el Código de 1988, que resaltan la necesidad de que el juez intervenga si fuera necesario para asegurar que el acusado reciba un juicio justo y que todo veredicto sea exacto.⁶⁸

Las dificultades que se presentaron en Italia sobre la pertinencia de que un juez llame a testigos son sintomáticas de las dificultades para construir un sistema acusatorio sobre la base de instituciones que derivan de la tradición del *civil law*.

3.2 Las batallas entre la Corte Constitucional y el Parlamento

3.2.1 Sentencia N° 24/1992

En la década del noventa, el Código de 1988 llevó a una serie de sentencias que pusieron a la Corte Constitucional en contra del Parlamento respecto del nuevo sistema penal. Uno de los aspectos de esta confrontación entre el poder judicial y el legislativo que lo hace interesante son las posiciones que ambas instituciones asumieron en la batalla sobre el nuevo sistema acusatorio. Cuando tales confrontaciones ocurrieron en los Estados Unidos, la Corte Suprema se esforzó en proteger los derechos de los acusados aun si se tuviera que asumir algún costo en términos de la exactitud del veredicto. Así, por ejemplo, las confesiones realizadas en las comisarías no se consideran admisibles a menos que la policía haya brindado las requeridas advertencias *Miranda*⁶⁹ y que las pruebas físicas decisivas del delito deben declararse inadmisibles si los agentes de policía la obtuvieron violando los derechos del acusado de la cuarta enmienda.⁷⁰

Pero en Italia, el parlamento ha estado tratando de fortalecer los derechos individuales de los acusados, mientras que la Corte Constitucional ha estado debilitando aquellos derechos mediante sentencias que pusieron un fuerte énfasis en la primacía de la búsqueda de la verdad en el proceso.

En 1992, hubo una serie de tres sentencias de la Corte Constitucional que parecían marcar el fin del intento italiano de introducir un sistema penal acusatorio. En la Sección III veremos que no fue el fin del sistema acusatorio en Italia y que el parlamento respondió a estas sentencias tomando medidas para proteger mejor las protecciones acusatorias de la embestida constitucional. Pero en los noventa, muchos pensaron que el experimento Italiano con un sistema acusatorio había terminado como resultado de las tres sentencias de 1992.⁷¹

La primera sentencia de la Corte Constitucional es la N° 24-1992.⁷² Esta corte no es una corte de apelación ubicada en la cumbre del sistema judicial italiano, tal como

⁶⁸ Véase Trib. di Milano, sez. II penale, ordinanza 8 nov. 2002, n. 37456, en 10 Guida al Diritto 77 (2003); Cass., sez. III, 23 enero 1997, n. 2542, Cass. Pen. 1998, 1130; Cass., sez. VI, 17 enero 1994, n. 4616, Archivio della Nuova Proc. Pen. 1994, 522.

⁶⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁷⁰ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⁷¹ Véase *e.g.*, Grande, *supra* nota 4, p. 256.

⁷² El hecho que el las sentencias se denominen sólo mediante su número dentro del período de un año refleja las diferencias en el modo en que se deciden las cuestiones constitucionales en Italia en comparación con las sentencias de Estados Unidos. Corte cost., 31 jan. 1992, n. 24, Gazz. Uff. 1a serie speciale, 5 feb. 1992, n. 6, Foro It. 1992, I, 1052.

la Corte Suprema se ubica en los Estados Unidos. En lugar de escuchar apelaciones de casos particulares que involucran a particulares, la Corte Constitucional se entiende ubicada a un costado de la estructura judicial normal. Decide asuntos constitucionales que le son derivados por otros sujetos que forman parte del sistema, a menudo jueces de primera instancia o de apelación que piensan que cierta norma es constitucionalmente sospechosa.⁷³ De este modo, define cuestiones constitucionales que son independientes de los casos individuales que pudieran haber provocado la cuestión constitucional.

En la sentencia N° 24-1992, la cuestión llevada ante la Corte era si la limitación del inciso 4 del artículo 195 del código era constitucional.⁷⁴ Este artículo establecía que siempre que un testigo señalara en la corte hechos que hubiera escuchado a otra persona, era necesario proveer la fuente de esas declaraciones anteriores ante la corte. En esencia, esta norma prohíbe la admisión de declaraciones realizadas fuera de la corte [out-of-court statements] como sustitutiva de llamar, en calidad de testigo, a quien realizó tales declaraciones (El artículo 195 del código de 1988, así como la norma estadounidense sobre declaraciones realizadas fuera de la corte, estableció algunas excepciones por las que estas declaraciones podían ser admitidas.

Más en concreto, la preocupación de la Corte Constitucional fue el inciso 4 del artículo 195, que prohibía que los agentes de la policía pudieran brindar testimonio sobre declaraciones realizadas fuera de la corte que el oficial hubiera obtenido durante la investigación del delito. La racionalidad del inciso en cuestión era evitar la introducción, a través del testimonio de los policías que investigaban, de declaraciones realizadas fuera de la corte de testigos que tuvieran información importante sobre el delito.⁷⁵

Pero la Corte Constitucional sostuvo que el inciso 4 del artículo 195 del código de 1988, era inconstitucional porque carecía de una justificación razonable. La corte también sintió que la norma no dio suficiente valor a la función de búsqueda de la verdad del juicio. Para asegurar que los jueces y otros investigadores encuentren la verdad, la corte determinó que se debe tomar en cuenta declaraciones realizadas fuera de la corte sobre lo ocurrido al cometerse el delito. La corte señaló que el artículo 195 establecía una excepción que permitió a los ciudadanos presentar como evidencia declaraciones de testigos realizadas fuera de la corte en situaciones limitadas, como cuando como quien realizó la declaración ha muerto o está enfermo. La Corte señaló que no había justificación para no establecer también una excepción a los oficiales de policía. Consideró que los miembros de la policía judicial tienen la misma capacidad de testificar que otros ciudadanos y que no se les puede considerar *per se* como menos

⁷³ Esto revela otra diferencia entre el sistema Italiano (y varios otros sistemas del *civil law*) y el sistema estadounidense: sólo los jueces de la Corte Constitucional están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Debido a que la Corte Constitucional define asuntos que pueden haber sido planteados por distintos jueces de diversos lugares de país, sus decisiones tienden a ser abstractas y con menor base fáctica específica.

⁷⁴ En la sentencia N° 24/1992, la Corte decidió una cuestión presentada por 7 jueces preocupados sobre las limitaciones en el inciso 4 del 195 del código. Corte const., 31 enero 1992, n. 24, Gazz. Uff. 1a serie speciale, 5 feb. 1992, n. 6, Foro It. 1992, I, 1052.

⁷⁵ El artículo 195 del código se veía reforzado por el artículo 500, que establecía que las declaraciones realizadas fuera de la corte contenidas en el expediente no podían ser introducidas a menos que fueran brindadas durante una investigación en el momento y lugar del delito. Esta excepción parecía buscar torpemente permitir declaraciones espontáneas brindadas en el lugar de los hechos, de manera analógica a la excepción para las “excited utterances” existente en los Estados Unidos.

confiables que otros testigos. Sostuvo que el derecho de confrontar a quienes declaraban se encontraba garantizada debido a que los policías podían ser reinterrogados sobre su testimonio.

La sentencia de la Corte Constitucional pareciera sacudir a quienes están acostumbrados a la fuerte protección brindada a los acusados en los Estados Unidos, porque permitía a la policía relatar los contenidos de las declaraciones de los testigos que a menudo son poderosamente incriminatorios, mientras que no se permitía a los abogados defensores hacer mucho para rebatir esas declaraciones. Ciertamente, el reinterrogatorio a los policías que testificaban no es lo mismo que reinterrogar a quienes hicieron las declaraciones referidas. El policía que presenta su testimonio puede un individuo honesto y confiable, pero la persona que hizo la declaración aludida por el policía podría basarse en prejuicios o no ser competente con la información relatada, pero esto no se puede analizar cuando se reinterroga al policía.

Con la sentencia N° 24-1992, el intento de los codificadores de separar la fase investigatoria de la fase del juicio comenzó a derrumbarse. Mucha de la información contenida en el expediente podía fluir en el juicio con el testimonio de los policías que investigaban. Llamar a los que quienes realizaron las declaraciones fuera de la corte para que presentaran su declaración en el juicio ya no se consideraba necesario, sino que era sólo opcional.⁷⁶

3.2.2 Sentencia N° 254/1992

La sentencia N° 254/1992⁷⁷ es la segunda de las tres de la Corte Constitucional que, en 1992, derribó las principales estructuras que sostenían el sistema acusatorio del código de 1988. Esta sentencia se refería al inciso 2 del artículo 513, que prohibía introducir las declaraciones realizadas fuera de la corte por un cómplice cuando éste era llamado como testigo en el juicio pero ejercía su derecho a mantenerse en silencio. Esta cuestión surgía, por ejemplo, cuando un supuesto cómplice del acusado había brindado una declaración ante la policía durante la investigación pero cuando se le llamaba a juicio para que presente su declaración, invocaba su derecho a mantenerse en silencio. En esta situación, el inciso 2 del artículo 513 prohibía al fiscal público introducir las declaraciones realizadas fuera de la corte del cómplice en contra el demandado.

Este asunto de la declaración indirecta llegó anteriormente a la Corte Suprema de los Estados Unidos en diversas formas. La manera típica con que se presenta en los Estados Unidos es aquella situación donde el acusado y el cómplice/coacusado están siendo procesados juntos y el fiscal desea introducir la declaración del cómplice contra sí mismo, pero que también incrimina al acusado. En una serie de casos, comenzando con *Bruton v. Estados Unidos*⁷⁸ en 1968 y llegando hasta *Gray v. Maryland*⁷⁹ en 1998, la Corte Suprema ha limitado seriamente el uso de declaraciones de un acusado en situaciones donde la declaración incrimina por referencia, de manera directa o incluso

⁷⁶ Es interesante notar que la única limitación a los testimonios de los policías sobre declaraciones realizadas fuera de la corte que se mantuvieron después de la sentencia N°24/1992 fue la contenida en el artículo 62, referente a las declaraciones hechas por el acusado, según la cual ningún policía puede atestiguar sobre sus declaraciones anteriores.

⁷⁷ Corte cost., 3 de junio de 1992, n. 254, Gazz. Uff. 1a serie especial, 4 junio 1992, n. 24, Giur. It. 1993, I, 533.

⁷⁸ 391 U.S. 123 (1968).

⁷⁹ 523 U.S. 185 (1998).

indirecta, al coacusado por el hecho de que éste no puede reinterrogar a quien realizó la declaración según los requisitos de la Sexta Enmienda.⁸⁰

Pero existe un caso de la Corte Suprema que se asemeja muy de cerca a la situación que se analiza en la sentencia N° 254/1992, *Lilly v. Virginia*.⁸¹ En *Lilly*, un cómplice del acusado había dado declaraciones a la policía admitiendo su participación en un robo/asesinato pero señalando que acusado era quien había disparado contra la víctima. El cómplice fue llamado como testigo al juicio, pero invocó su derecho a mantenerse en silencio. En este punto, se permitió al fiscal presentar las declaraciones incriminatorias del cómplice con la teoría de que eran contrarias al interés penal del declarante y éste no se encontraba disponible para declarar.

La Corte Suprema no tuvo ninguna dificultad en encontrar que la admisión de la confesión incriminatoria era una violación directa de la norma sobre confrontación. (De hecho, en su voto singular, el juez Scalia se refirió a lo sucedido como una “violación paradigmática de la cláusula sobre confrontación de la Sexta Enmienda”).⁸²

La cuestión que aborda la Corte Constitucional en la sentencia N° 254/1992⁸³ era directamente análoga a la situación ocurrida en *Lilly*: si se llama al cómplice como testigo, pero él o ella afirma su derecho a permanecer en silencio, ¿deben ser admitidas las declaraciones realizadas fuera de la corte del cómplice en contra del acusado a pesar del artículo 513 inciso 2? La Corte Constitucional concluyó lo puesto a lo que concluyó la Corte Suprema en el caso *Lilly*. La corte dictaminó que para descubrir la verdad, los jueces, como juzgadores de los hechos, requieren tener facultades para analizar toda la información sobre el delito que puedan obtener en el juicio.⁸⁴

⁸⁰ Recientemente, la Corte determinó que la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda de la Constitución estadounidense (referente al derecho de los acusados a confrontar a los testigos que tiene en contra) impide la admisión de una declaración indirecta contra un acusado, incluso cuando el juez ha determinado que exhibe indicios de credibilidad. En *Crawford v. Washington*, No 02-9410, 2004 WL 413301 (EE.UU. 8 Marzo, del 2004), la Corte admitió la grabación de una declaración de la esposa del acusado como evidencia contra éste en un caso en el que ella no había declarado debido al privilegio de reserva conyugal. A pesar del problema de ser una prueba indirecta, el juez admitió la declaración porque consideró que era suficientemente confiable debido a que era casi idéntica a la declaración que el acusado había brindado a la policía.

Pero la Corte cambió de criterio, considerando que cuando una prueba indirecta es *testimonial por naturaleza* (en oposición a los registros empresariales o documentos estatales), no puede admitirse contra un acusado que no ha tenido la oportunidad de reinterrogar previamente al declarante. Esto es así, sostuvo la Corte, aunque el juez considere que la declaración es creíble y confiable. Cuando se trata de declaraciones testimoniales, como las declaraciones a la policía durante la investigación, “el único indicio de la confiabilidad suficiente para satisfacer demandas constitucionales es la actualmente prescrita por la Constitución: la confrontación”. *Crawford*, 2004 WL 413301, fundamento 19.

Después de *Crawford*, las declaraciones obtenidas por la policía durante una investigación, aunque pudieran admitirse la excepción tradicional de pruebas indirectas o parecieran confiables, no serán admisibles contra un acusado a menos que haya tenido la oportunidad de reinterrogar al declarante previamente.

⁸¹ 527 U.S. 116 (1999).

⁸² *Id.* at 143.

⁸³ Una de las situaciones en cuestión en la sentencia N° 254/1992 es aquella en que un co-acusado ha dado declaraciones que incriminaban al acusado durante la investigación, pero al ser llamado a brindar testimonio en el juicio ejerce su derecho a mantenerse en silencio. La cuestión era si el fiscal podía introducir como evidencia las declaraciones previas del co-acusado que incriminaban al acusado. La defensa se había opuesto en base al artículo 513, inciso 2 del código. Corte Const., 18 mayo de 1992, N. 254, Gazz. Uff. 1ª serie especial, 4 Junio de 1992, N. 24, Giur. It. 1993, I, 533.

⁸⁴ *Id.*

Obviamente, un factor que debe haber estado en las mentes de miembros de la Corte Constitucional al emitir la sentencia N° 254/1992 era la amenaza del crimen organizado en Italia en aquel momento y los riesgos de incluso procesar tales casos. La sentencia N° 254/1992 no es específica para los casos de crimen organizado y podría aplicarse a cualquier caso con demandados múltiples. Pero la presión que recaía sobre la Corte y todo el sistema de justicia penal italiano debe entenderse como factor de fondo en la decisión de la Corte. La sección III analizará dos casos particularmente descarados de asesinatos de magistrados por parte del crimen organizado, que ocurrieron en Italia en 1992.⁸⁵

En un momento en que la Mafia parecía tener más poder que la policía, fue mucho más difícil conseguir que los cómplices testificaran unos en contra de otros. En un caso con múltiples demandados implicados en un delito grave, el fiscal en los Estados Unidos probablemente empujaría al juicio el caso más fuerte y esperaría condenar a ese acusado. En ese punto, el condenado estaría probablemente más dispuesto a atestiguar contra los otros demandados a cambio de una posible reducción de la pena. O quizás el fiscal puede ofrecer a un acusado un excelente *plea bargain*, quizá incluso inmunidad, si éste acuerda atestiguar contra los otros acusados.

Pero en Italia en un caso de crimen organizado, estas rutas ya no se encontraban disponibles o no eran tan fáciles de seguir. El cómplice condenado podía no haber deseado atestiguar contra otros demandados por lo difícil que sería cuidar su seguridad personal. Por otro lado, el *plea bargaining* está mucho más limitado⁸⁶ y un fiscal público no puede otorgar inmunidad a un acusado a cambio de testimonio. En pocas palabras, algunas de las herramientas disponibles para los fiscales estadounidenses no están disponibles en el sistema de justicia penal italiano. Esto no quiere decir que la decisión tomada en la sentencia N° 254/1992 era correcta, pero debe comprenderse dado el difícil período en Italia.

Cuando la sentencia N° 254/1992 se agregó a la N° 24/1992, el resultado era ensanchar la gama de materiales del expediente que podría ser utilizado en contra de los acusados en el juicio y reafirmar la dominación de la información en el expediente en los procesos penales. Mientras que el código había intentado limitar la influencia de la fase investigadora en el juicio, la Corte Constitucional parecía intentar traer abajo los pilares principales del sistema penal acusatorio.

3.2.3 Sentencia N° 255/1992

La tercera de las sentencias de la Corte Constitucional en 1992 es la N° 255/1992.⁸⁷ Esta sentencia se refiere a un asunto sobre el cual el sistema jurídico estadounidense ha luchado varias veces en el pasado: ¿qué peso se debe dar a las declaraciones inculpativas en el juicio y debe limitarse su uso sustantivo como evidencia del delito en cuestión? El tema ante la Corte Constitucional fue la constitucionalidad del inciso 3 del artículo 500, que se ocupó del uso de declaraciones previas fuera de la corte realizadas por un testigo, para impugnar los testimonios de ese

⁸⁵ Véase *infra* p. 23.

⁸⁶ Véase *infra* p.9.

⁸⁷ Corte cost., 3 junio 1992, n. 255, Gazz. Uff. 1a serie especial, 4 junio 1992, n. 24, Foro It. 1992, I, 2012.

testigo emitidos en pleno juicio. La situación que la Corte Constitucional abordó fue aquella en la que un testigo brinda una declaración durante la investigación, pero en el juicio declara de forma inconsistente en todo o en parte con la primera declaración. El inciso 3 del artículo 500, estipulaba que las declaraciones realizadas fuera de la corte usadas para reinterrogar al testigo no se podrían considerar como evidencia sustantiva sobre el delito sino solamente como evidencia que refuerza la credibilidad del testigo. Había dos excepciones limitadas a esta regla: cuando la declaración previa era obtenida durante una investigación del testigo o en el lugar del delito durante la investigación inicial (Probablemente, estas declaraciones debían ser vistas como intrínsecamente confiables porque eran hechas inmediatamente durante la investigación inicial, algo análogo a las declaraciones tratadas como *present sense impressions** o *excited utterances*** en las Normas Probatorias Federales (FRE, por sus siglas en inglés⁸⁸).

La cuestión de permitir el uso sustantivo de declaraciones inconsistentes previas es un tema asunto sobre el cual los estados y las autoridades probatorias en los Estados Unidos han estado divididos durante muchos años. La FRE 801 (d)(1)(A) establece que las declaraciones inconsistentes con el testimonio que brinda el testigo en el juicio que hayan sido reexaminadas no se consideran declaraciones de oídas o indirectas (por lo cual pueden ser utilizadas sustancialmente) si la declaración previa fue dada mediante juramento bajo sanción penal por perjurio, en una audiencia, en el juicio, o en otro procedimiento similar. Ésta es una excepción bastante estrecha que no permite que los jurados consideren utilizar sustancialmente declaraciones dadas al policía y a otras autoridades durante una investigación cuando el testigo es reinterrogado en base a estas declaraciones previas en el juicio. En tales casos, el jurado se vería obligado a que estas declaraciones solo se puedan usar para determinar credibilidad.

Pero la posición tomada por el Congreso al establecer la FRE 801 (d)(1)(A) era una posición de compromiso. Las Notas del Comité Consultivo a la FRE 801 (d)(1)(A) percibió que muchos juristas y otras autoridades han defendido una norma más amplia de admisibilidad.⁸⁹ Ellos permitirían que las declaraciones previas fueran usadas sustancialmente siempre que quien las realiza haya sido reinterrogado sobre esas declaraciones en un juicio.⁹⁰ Las Notas del Comité Consultivo⁹¹ hacen referencia al razonamiento sobre el particular del Juez Learned Hand* en *Di Carlo v. Estados*

* N. de los T.: Una *present sense impression*, en derecho probatorio, es una declaración realizada por alguien que transmite sus impresiones sobre el estado en que se encontraban ciertas cosas al momento de realizar la declaración. Por ejemplo, cuando una persona dice: “hace frío”, o “vamos demasiado rápido...”. Fuente: en.wikipedia.org/wiki/Present_sense_impressions, consulta: 21 de junio de 2007.

** N. de los T.: Una *excited utterance*, en derecho probatorio, es una declaración realizada por alguien en respuesta a un evento traumático. Por ejemplo, cuando alguien dice: “¡Cuidado! ¡Vamos a chocar!”. Bajo las Normas Probatorias Federales, este tipo de declaraciones es admisible para probar la verdad de la declaración en sí misma (por ejemplo, para probar que el vehículo en que se encontraba el declarante estaba realmente a punto de chocar). Esta, por lo tanto, constituye una excepción a la prohibición de prueba indirecta. Fuente: en.wikipedia.org/wiki/Excited_utterances, consulta: 21 de junio de 2007.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, Fed. R. Evid. 803 (1) (*present sense impression*); Fed. R. Evid. 803(2) (*excited utterance*).

⁸⁹ Véase Fed. R. Evid. 801 (d), nota del comité consultivo.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Idem*.

* N. de los T.: Billings Learned Hand (27 de enero de 1872 – 18 de agosto de 1961) — usualmente llamado solo Learned Hand — era un famoso juez estadounidense y un ávido promotor de la libertad de expresión, aunque es más recordado por aplicar un razonamiento económico al Derecho de la responsabilidad extracontractual estadounidense. A menudo se considera a Hand como uno de los jueces

Unidos,⁹² que cuando un jurado decide que la verdad no es lo que dice ahora el testigo, sino lo que dijo antes, los miembros del jurado se encuentran aún decidiendo sobre la base de lo que han visto y escuchado en la corte. Pero, al final, el congreso limitó de forma estrecha la gama de las declaraciones contrarias previas que podían ser utilizadas sustancialmente.

Lo que es interesante en Italia no es que haya un debate sobre el uso de las declaraciones inconsistentes previas sobre las que se ha reinterrogado al testigo en juicio, sino que las limitaciones en la versión de 1998 del inciso 3 del artículo 500, deben ser vistas por la Corte Constitucional como constitucionales. Pero la corte sostuvo que las limitaciones en el uso de declaraciones inconsistentes previas carecían básicamente de justificación y fueron inconstitucionales porque ellos irracionalmente impedían búsqueda de la verdad.⁹³

La sentencia N° 255/1992 fue controvertida en Italia. Por un lado, habían juristas que pensaban que opinión era sensata y pragmática, tal como se podría sostener en los Estados Unidos que al margen de cualquier norma probatoria sobre declaraciones previas inconsistentes, los jurados podrán usar las declaraciones sustancialmente en cualquier caso si encuentran que el acusado está mintiendo.⁹⁴ Pero, por otro lado, hubo críticas sobre dimensión constitucional de la decisión de la Corte porque principios tales como la búsqueda de la verdad en el proceso no se encuentran recogidos en artículos específicos de la constitución.⁹⁵ La sentencia parecía ser simplemente la opinión de la Corte sobre el equilibrio apropiado entre la búsqueda de la verdad y la necesidad de un procedimiento justo para los acusados, no una valoración derivada de la constitución. Como las dos sentencias anteriores, ésta parecer ver las garantías procesales del código como los obstáculos injustos en la batalla del Estado contra el crimen.⁹⁶

4. El parlamento unido contraataca en defensa de los principios acusatorios

4.1 Modificaciones al código como consecuencia de las sentencias de la Corte Constitucional de 1992

Para ser justos con la Corte Constitucional, algunas cuestiones requieren ser explicadas para comprender mejor el contexto en el que adoptó sus sentencias en 1992. Estas surgieron en medio de un período en que la mafia parecía desafiar al gobierno por el poder en todo Italia. En concreto, entre mayo y julio de 1992, dos fiscales públicos

estadounidenses más influyentes que nunca estuvo en la Corte Suprema estadounidense. Fuente: en.wikipedia.org/wiki/Judge_Learned_Hand, consulta: 21 de junio de 2007.

⁹² 6 F.2d 364 (2d Cir. 1925).

⁹³ Véase Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift* 23 n.35 (1997).

⁹⁴ Véase Angelo Giarda, *Ci sono principi e principi: parola della Corte costituzionale*, 9 *Corriere Giuridico* 979, 984 (1992); Paolo Tonini, *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, 35 *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1137 (1992).

⁹⁵ Véase Paolo Ferrua, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, 35 *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1455 (1992); Giovanni Fiandaca, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, *Foro It.* 1992, I, 2023; Glauco Giostra, *Un atto di indagine non utilizzabile come prova: le "sommarie informazioni" di polizia giudiziaria nelle ipotesi dell'art. 513 c. 1 c.p.p.*, 38 *Giur. Cost.* 515 (1993); Giulio Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, 37 *Giur. Cost.* 1973 (1992).

⁹⁶ Al parecer el trasfondo de la sentencia N° 255/1992 fue un caso de asesinato en el que algunos testigos habían declarado a la policía incriminando a los acusados, pero cuando fueron llamados a juicio, se retractaron y pretendían no recordar nada.

importantes, Giovanni Falcone y Paolo Borsellino, que habían procesado agresivamente a líderes de la Mafia en Sicilia, fueron asesinados a pesar de que cada uno vivía con una pesada custodia policial. El 20 de mayo de 1992, el auto de Falcone explotó en una carretera en Sicilia, muriendo junto a su esposa y tres policías que le brindaban seguridad.⁹⁷ Dos meses después, el 18 de julio, Borsellino murió cuando un coche bomba detonó fuera de su departamento mientras él entraba al edificio. Junto a Borsellino, murieron cinco policías que lo custodiaban.⁹⁸

En respuesta al asesinato de Falcone, el gobierno dictó medidas de emergencia el 8 de junio de 1992, reforzando las leyes contra la Mafia.⁹⁹ Esta legislación de emergencia se volvió permanente cuando el parlamento aprobó la Ley N° 356, del 7 de agosto de 1992.¹⁰⁰ Esta ley reforzó los poderes de investigación de la policía en la lucha contra el crimen organizado y aumentó severamente las penas a quienes se les encontrara alguna vinculación con el mismo.¹⁰¹

Mientras muchos en el ordenamiento jurídico se preocupaban en el modo en que la Corte Constitucional había recortado las garantías acusatorias en el código de 1988, el sistema político italiano tenía otras prioridades más apremiantes en ese momento. En la sentencia N° 24/1992, la corte había eliminado la limitación del inciso 4 del artículo 195 que prohibía a los policías testificar sobre declaraciones realizadas fuera de la corte que fueran reunidas durante la investigación del crimen. Como no se modificó este inciso, la sentencia se mantuvo vigente.

El parlamento tampoco hizo nada en ese momento ante las decisiones de la corte en la sentencia N° 254/1992 que derogaban el inciso 2 del artículo 513, el cual prohibía la introducción en el juicio de declaraciones acusadoras de un coacusado contra el acusado en aquellos juicios en donde el coacusado estuviera ejerciendo su derecho a permanecer en silencio y rehusarse a testificar.

La única modificación legislativa que se llevó a cabo como consecuencia de las tres decisiones de la corte en 1992 fue realizada al artículo 500, buscando suavizar el impacto de la decisión de la corte.¹⁰² La sentencia de la corte había declarado que las limitaciones del inciso 3 sobre el uso sustantivo de declaraciones inconsistentes previas eran inconstitucionales debido a que impedían irracionalmente la búsqueda de la verdad. La versión modificada del artículo 500 establecía que las declaraciones de un testigo emitidas previamente fuera de la corte podían usarse de manera sustancial si existía evidencia que tendía a confirmar o corroborar esa declaración o si existían circunstancias que sugerían que el testigo había sido amenazado, sobornado o influenciado inapropiadamente de algún otro modo para no testificar correctamente en la corte.

⁹⁷ Véase David Lane, *Palermo Polishes Its Image*, Fin. Times (Londres), 2-3 Marzo de 2002, The Front Line, p. 2.

⁹⁸ *Italian Cleric Suggests Sainthood for Slain Anti-Mafia Judge*, BCC Monitoring, 18 de Julio de 2002, at 2002 WL 24356038.

⁹⁹ Ley N° 306, del 8 de junio de 1992, Racc. Uff 1992, IX 3264, Lex. 1992, I, 2445. Técnicamente, se refiere a un *Decreto-Ley*, el cual difiere de una ley en su emisión pues es emitido por el Poder Ejecutivo y no es aprobado por el legislativo.

¹⁰⁰ Ley N° 356 del 7 de agosto de 1992, Racc. Uff. 1992, X, 4060, Lex. 1992, I, 3002.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² Ley N° 306, del 8 de junio de 1992, Racc. Uff 1992, IX 3264, Lex. 1992, I, 2445, artículo 7; Ley N° 356 del 7 de agosto de 1992, Racc. Uff. 1992, X, 4060, Lex. 1992, I, 3002.

El resultado de las modificaciones al artículo 500 fue permitir el uso sustancial de declaraciones inconsistentes previas en casos en los que los testigos habían sido intimidados o influenciados inapropiadamente de algún otro modo para alterar su testimonio en el juicio, pero la modificación no permitió un uso sustancial de declaraciones inconsistentes en todo tipo de situación.

4.2 La modificación al artículo 513 en 1997 y su destino en la Corte Constitucional

En 1997, el parlamento aprobó una modificación al artículo 513 del código, referente a la admisibilidad de las declaraciones realizadas fuera de la corte por un cómplice que estaba ejercitando su derecho a permanecer en silencio.¹⁰³ Esta disposición originalmente protegía a los acusados contra pruebas indirectas pero fue declarada inconstitucional en 1992 en base a que para descubrir la verdad, el juez debe examinar tanta información como fuera posible sobre el delito.¹⁰⁴

Lo que el parlamento intentó en 1997 al modificar el artículo 513 fue mantener el derecho del acusado de confrontar tales pruebas indirectas. La modificatoria del artículo 513 señalaba que las declaraciones realizadas fuera de la corte por un cómplice en ejercicio de su derecho a mantener silencio en juicio podía sólo usarse contra el acusado en el juicio si éste lo consentía.

Debido a que era poco probable que muchos acusados desearan permitir que fueran admitidas las declaraciones acusatorias que los cómplices realizaban ante la policía, la modificación al artículo 513 fue un intento para deshacer las acciones la Corte Constitucional de 1992. No sorprende que, la constitucionalidad de la modificación del artículo 513 llegara a cuestionarse prontamente ante la Corte Constitucional.

En la sentencia N° 361/1998,¹⁰⁵ la corte declaró inconstitucional la modificación del artículo 513, debido a que limitaba con demasiada severidad la admisibilidad en el juicio de pruebas indirectas emitidas por un cómplice. La corte dispuso que incluso si un acusado no había consentido la admisión de tales pruebas, éstas debían ser admisibles en tanto hubiese otra evidencia que tendiera a corroborarlas.

La sentencia N° 361/1988 fue el colmo en cuanto a las intenciones del parlamento. Éste había intentado preservar los principios de confrontación y de reinterrogación que constituían el corazón de los procesos acusatorios, pero la Corte Constitucional no otorgó a estos principios la prioridad ni el peso que el parlamento consideraba que merecían. El parlamento sólo contaba con una opción por tomar: modificar la constitución.

4.3 La modificación constitucional para incluir principios acusatorios

¹⁰³ Ley N° 267 del 7 de agosto de 1997, Racc. Uff. 1997, XIII, 5330, Lex, 1997, I, 2549, artículo 1.

¹⁰⁴ Véase la sección 3.2.2.

¹⁰⁵ Corte cost., 2 de noviembre de 1998, N° 361, Gazz. Uff. 1ª serie speciale, 4 de noviembre de 1998, n. 44, Foro It. 1998, I, 3441.

Al no poder proteger los principios acusatorios contenidos en el código de los análisis constitucionales de la corte, el parlamento decidió cambiar la constitución. El esfuerzo para reformar la Constitución fue denominado “la reforma del debido proceso”.¹⁰⁶ Para modificar la constitución, el artículo 138 exige que la modificación sea aprobada dos veces en un período de no menos de tres meses y por una mayoría calificada en cada cámara del parlamento.¹⁰⁷ Ha sido notorio en Italia, desde la Segunda Guerra Mundial, que muchos gobiernos no han podido mantener una coalición mayoritaria en el parlamento como para mantenerse en el poder. Pero lo sorprendente es que la reforma del debido proceso, que requería dos aprobaciones por mayoría absoluta en cada cámara, fue aprobada con cierta rapidez. El hecho de que los partidos de derecha e izquierda, en un sistema multipartidario, pudieran llegar a un acuerdo sobre la necesidad de proteger mejor a los acusados muestra el deseo existente en Italia por cambios en el sistema penal.

La reforma del debido proceso se consiguió mediante una modificación al artículo 111 de la constitución italiana.¹⁰⁸ Los incisos añadidos al artículo 111 lo convierten en un artículo muy largo en comparación a los demás artículos de esta constitución. La modificación agregó cinco incisos que señalan lo siguiente:

- 1) Cualquier asunto judicial debe llevarse a cabo bajo el principio del debido proceso.
- 2) Todo proceso debe garantizar a cada parte igual oportunidad de ofrecer evidencias o contradecir evidencias frente a un juez imparcial. La ley también garantiza que los procesos deben tener una duración razonable.
- 3) En el proceso penal la ley garantiza que el acusado debe ser informado en privado sobre la naturaleza y las razones de los cargos que se le imputan tan pronto como sea posible; que se garantice suficiente tiempo y condiciones adecuadas para preparar su defensa; que se permita al acusado, antes que al juez, la oportunidad para analizar o haber analizado cualquier testigo que tuviera en su contra; que el acusado tiene el derecho a llamar testigos favorables a juicio en igualdad con el ministerio público, así como el derecho a producir cualquier otra evidencia a su favor; y a que el acusado pueda recibir la asistencia de un traductor en el juicio si no entiende o habla en lenguaje usado en éste.
- 4) El proceso penal se basa en el principio de que la evidencia debe mostrarse en presencia de ambas partes y que cada una puede ofrecer evidencia contraria y cuestionar la evidencia opuesta. No se puede probar la culpabilidad del acusado en base a declaraciones de un testigo que a propósito evitó ser analizado por el acusado o por su abogado.
- 5) La ley regula los casos en los que la evidencia no se presenta de modo que el acusado pueda cuestionarla en el juicio cuando éste lo consiente, debido a la

¹⁰⁶ Const. Law N° 2 del 23 de noviembre de 1999; Gazz Uff. Serie generale, 23 de diciembre de 1999, n. 300, Lex. 1999, I, 4447.

¹⁰⁷ El inciso 1 del artículo 138 establece que: “Las leyes que modifican la Constitución (...) deben ser aprobadas por cada cámara del parlamento en dos deliberaciones consecutivas con intervalos de no menos de tres meses, y deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara en la segunda votación”.

¹⁰⁸ Los incisos 1 al 5 son las “nuevas” partes del artículo 111 de la constitución italiana. Pero el artículo 111 tiene otros tres incisos sobre la presencia obligatoria de razones para cada decisión jurisdiccional y la posibilidad de apelar en casación cualquier sentencia, así como medidas que restringen la libertad de las personas en ciertas situaciones.

imposibilidad objetiva verificada o como resultado de una conducta ilícita probada.¹⁰⁹

Estos cinco incisos del artículo 111 reproducen algunos de los principios garantizados por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹¹⁰ En esencia, lo que garantiza el artículo 111 a los acusados es el derecho a ofrecer evidencias contrarias, el derecho a un juez imparcial, el derecho a un proceso de una duración razonable, el derecho a confrontar y a reinterrogar a los testigos, y el derecho al debido proceso.

Más específicamente, considerando las sentencias previas de la Corte Constitucional, el artículo 111 dispone que no se puede probar la culpabilidad de un acusado en base a declaraciones realizadas fuera de la corte por ningún acusador que no ha sido sujeto a nuevo interrogatorio por el acusado (o su abogado).¹¹¹ Las únicas excepciones son situaciones en las que el acusado ha consentido el uso de tales declaraciones, en las que existe la imposibilidad objetiva de conseguir que los testigos repitan su declaración (en caso, por ejemplo, de que el testigo hubiera muerto), o en una situación en la que conductas ilegales hubieran imposibilitado tener el testimonio del testigo en el juicio. La constitución dispone que en estas situaciones la ley determinará el alcance de estas excepciones.

4.4 Modificando el Código para adecuarse al principio contenido en el artículo 111

Habiendo cambiado el artículo 111 de la constitución, se mantenía pendiente la reforma del Código Procesal Penal para que fuera conforme con los nuevos principios constitucionales y para dar vida a los nuevos derechos establecidos por la constitución.¹¹² Esta era una tarea difícil y todavía no termina. Pero la Ley N° 63,

¹⁰⁹ *Idem*, incisos 1 al 5 (según la modificación de 1999).

¹¹⁰ El artículo 111 modificado de la constitución italiana reproduce algunos de los principios establecidos por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho al debido proceso, el cual señala: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, (...) 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

¹¹¹ Un caso que surgió antes de la adopción del artículo 111 violó este principio y la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que Italia había violado el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Corte remarcó que no se podía probar la culpabilidad de un acusado sólo sobre la base de declaraciones realizadas por cómplices fuera de la corte durante la investigación, y que ejercieran luego su derecho a mantener silencio en el juicio. Véase *Luca v. Italy*, 2001-II, Eur. Ct. H. R. 169.

¹¹² Para afrontar los casos que se aproximaran a juicio en el período entre la modificación del artículo 111 y las modificaciones necesarias al código, el gobierno emitió el Decreto Legislativo N° 2 del 7 de enero del 2000 que luego fue convertido en la Ley N° 35 del 25 de febrero del 2000. Ley N° 35, del 25 de febrero de 2000, Racc. Uff. 2000, I, 411, Lex, 2000, I, 815. Esta ley buscaba cubrir los casos que llegaban a juicio en el ínterin.

aprobada por el congreso el 1 de marzo del 2001, modificó varios artículos del Código, especialmente los referentes al modo en que debía conseguirse la evidencia en el juicio para estar acorde con lo que se conoce actualmente en Italia como el derecho constitucional del acusado a confrontar y reinterrogar a sus acusadores y a desafiar en la corte la evidencia en su contra.¹¹³

Entre los muchos artículos cambiados se encontraban los que la Corte Constitucional había declarado inconstitucionales en 1992. El artículo 195 del código de 1988, que la Corte había considerado deficiente debido a que no permitía a los agentes de policía que relataran en los juicios la sustancia de las declaraciones emitidas fuera de la corte por los testigos interrogados durante la etapa investigatoria, fue cambiado para ser más consistente con la disposición original previa a la sentencia constitucional N° 24/1992. El inciso 4 del artículo 195, en su actual versión modificada, señala que los miembros de la policía no pueden testificar sobre el contenido de las declaraciones realizadas fuera de corte por testigos, durante las investigaciones preliminares.¹¹⁴

El inciso 3 del artículo 500 del código de 1988, que había sido declarado inconstitucional por la Corte Constitucional debido a que no permitía que se emplearan declaraciones inconsistentes previas de testigos, fue modificado a una versión parecida a la original. La nueva versión establece que una declaración realizada fuera de la corte se puede usar para impugnar a un testigo en juicio sólo para ponderar la credibilidad del testigo y no como evidencia sustancial del delito.¹¹⁵ La excepción a esta prohibición de uso sustancial es la situación en la que existe evidencia en el juicio que sugiere que el testigo fue sometido a violencia, amenazas, o soborno para alterar su testimonio en el juicio.¹¹⁶ En esas situaciones, las declaraciones previas pueden ser usadas como evidencia sustancial.¹¹⁷ Para otros casos, el artículo 500 limita el uso de declaraciones inconsistentes previas a situaciones muy específicas.¹¹⁸

La reforma del artículo 513, que originalmente protegía a los acusados de ser sentenciados sobre la base de declaraciones realizadas fuera de la corte por un cómplice que ejercía su derecho a mantener silencio en el juicio y rehusaba testificar es más complicada de describir debido a que implicaba reescribir varios artículos en el código así como añadir una nueva disposición.¹¹⁹ Los cambios diseñados para asegurar el

¹¹³ Véase Paolo Ferrua, *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione Della prova*, 7 Diritto Penale e processo 858 (2001); véase Giusto Processo, *Nuove norme sulla formazione e valutazione Della prova* (Paolo Tonini ed., 2001).

¹¹⁴ C.p.p. art. 195, inc. 4. El cambio al artículo 195 fue realizado por el artículo 4 de la Ley N° 68, del 1 de marzo del 2001.

¹¹⁵ C.p.p. art. 500, inc. 2.

¹¹⁶ *Idem*, inc. 4.

¹¹⁷ El inciso 5 del artículo 500 establece que cuando una parte sostiene que un testigo ha sido intimidado o influenciado en su testimonio, el juez debería determinar ese punto. *Idem*, inc. 5.

¹¹⁸ Dos de aquellas excepciones ocurren cuando la declaración inconsistente previa fue obtenida en una audiencia preliminar y cuando las partes acuerdan el uso sustancial de las declaraciones impugnadas. *Idem*, incisos 6 y 7.

¹¹⁹ Entre los artículos que se cambiaron en el código para proteger el derecho de los acusados a confrontar a sus acusadores se encontraban los artículos 12, 64, 197, 210, 500, 503 y 513. Para una exposición completa de estos cambios en el código, véase Ennio Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sull'atto altrui*, 41 Cassazione Penale 3587 (2001); Paolo Tonini, *Reforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, 7 Diritto Penale e processo 269 (2001); Daniela Vigoni, *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, 8 Diritto Penale e Processo 98 (2002).

derecho de todo acusado a confrontar a sus acusadores se realizaron sobre aproximadamente diez artículos diferentes del código.¹²⁰

El principal objetivo de este amplio esfuerzo de reforma fue asegurar el derecho de confrontación en los casos en los que la declaración era dada por un coacusado. El inciso 3 del artículo 500, que acabamos de describir respecto del uso de declaraciones inconsistentes previas contra testigos, también tiene que ver con el problema del uso de las declaraciones de un cómplice contra un acusado. El inciso señala que si un coacusado durante el juicio se rehúsa a responder y ejerce su derecho a mantenerse en silencio, sus declaraciones previas realizadas fuera de la corte no pueden usarse como evidencia sustancial contra el acusado (a menos que el acusado lo consienta).¹²¹

Otro artículo adoptado para proteger el derecho de confrontación del acusado fue el 256, inciso 1, que reitera lo dispuesto por el artículo 111, inciso 4 de la Constitución, estableciendo que “la culpabilidad del acusado no puede basarse en las declaraciones realizadas fuera de la corte por cualquier persona que voluntariamente evita ser examinada por el acusado o su abogado”.¹²²

El cambio en la constitución italiana, así como la revisión en profundidad del Código Procesal Penal ha dejado muchos temas todavía sin resolver. Pero incluso en las etapas iniciales de las reformas que se necesitarán para proteger las garantías numeradas en el artículo 111 de la constitución, es claro que el panorama legal ha cambiado de modo que las posibilidades de que sobreviva el experimento acusatorio italiano han mejorado.

Por un lado, existen fuertes indicios de que la Corte Constitucional percibe el código de manera muy diferente como el resultado de la adición del artículo 111 a la constitución y que algunas de sus decisiones anteriores se resolverían hoy de manera muy diferente si llegaran a la Corte. Incluso antes de la aprobación de las reformas al código en el año 2001, en una sentencia en que la Corte analizaba un tema vinculado al anterior artículo 513 sobre la admisibilidad de declaraciones de un coacusado, la corte fue cuidadosa en anotar que las nuevas cláusulas constitucionales en el artículo 111 son ahora el estándar con el que se debe evaluar la constitucionalidad de las normas del código.¹²³ Más específicamente, la corte ha anotado que ahora existe un nuevo derecho de confrontación en la constitución y, como resultado, la corte señaló que “el panorama normativo ha cambiado radicalmente”.¹²⁴

En otra decisión legada el mismo día, la Corte remarcó que el derecho de confrontación provisto por las nuevas disposiciones constitucionales implicaban que sus interpretaciones previas sobre el artículo 512 ya no eran correctas debido a que ya no eran compatibles con las nuevas normas constitucionales.¹²⁵

¹²⁰ Véase *Idem*.

¹²¹ C.p.p. art. 500, inc. 3.

¹²² C.p.p. art. 526, inc. 1.

¹²³ Corte Cost, 25 de octubre de 2000, n. 439, Gazz. Uff. 1ª serie speciale, 2 de noviembre de 2000, n. 45., Foro It. 2001, I, 40.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ Corte Const., 25 de octubre de 2000, n. 440, Gazz., Uff. 1ª serie speciale, 2 de noviembre de 2000, n. 45, Foro It., 2001, I, 40.

Más recientemente, en febrero del 2002, se preguntó a la Corte Constitucional sobre la legitimidad del artículo 500, que había sido cambiado por la Ley N° 63 de 2001.¹²⁶ La Corte señaló que, en su opinión “el artículo 111 ha elevado a nivel constitucional el derecho del acusado a cuestionar la evidencia contra él en un juicio”.¹²⁷ La corte luego señaló que esto significa que el juicio es, en Italia, *impermeabile*, es decir que las declaraciones realizadas fuera de la corte no pueden ser permitidas en el juicio como evidencia contra el acusado cuando éste no ha tenido oportunidad de confrontar y cuestionar a quien realiza esas declaraciones.¹²⁸ La evidencia contra un acusado debe desarrollarse en el juicio de modo que el acusado tenga una oportunidad de analizarla y ofrecer otra evidencia que la contradiga.

5. Conclusiones

Italia es todavía uno de los países más importantes para el estudio comparatista en la actualidad. Cómo mezclar una herencia del *civil law* con derechos propios de un sistema fuertemente acusatorio, tales como la confrontación y el reinterrogatorio es un problema difícil y fascinante. Se trata también de un problema que será afrontado cada vez más en el futuro en la medida que los jueces de distintas tradiciones jurídicas se encuentren en nuevas instituciones legales, tales como la nueva Corte Penal Internacional y otros tribunales penales, y necesiten elaborar procesos que deban comprometerse con tradiciones jurídicas individuales.

Como se ha podido apreciar en este artículo, en Italia no se tenía otra opción que mezclar dos grandes tradiciones jurídicas: la tradición del *civil law* y la del *common law*. Italia desea proteger valores acusatorios y minimiza la importancia del expediente, pero a la vez quiere retener características propias de su herencia del *civil law*, tales como el papel judicial que desempeña el fiscal público y el derecho de los agraviados a participar en los procesos penales.

La sorprendente historia que este artículo ha relatado es la de un Código Procesal Penal que abrazó algunos cambios de principios pero que en esencia fue deshecho por una Corte Constitucional que colocaba un gran valor en la búsqueda de la verdad en el juicio. Esta Corte era reacia, quizá comprensiblemente debido a la tradición del *civil law* en Italia, a ver a los jueces privados de evidencia importante al momento del juicio. Pero los italianos superaron este problema colocando garantías acusatorias en la constitución misma.

Lo que ocurrirá en los próximos años con el sistema acusatorio italiano no puede ser previsto por nadie con certeza pues varias de las disposiciones modificadas en el 2001 fueron puestas en consideración de la Corte Constitucional. Pero ciertamente las garantías acusatorias en el código tienen ahora mayor protección que en 1988. Como la misma Corte Constitucional observó con posterioridad a la incorporación de los nuevos

¹²⁶ Véase Ley N° 63, *supra* nota 114.

¹²⁷ Corte Const., 26 de febrero de 2002, n. 36, Gazz. Uff. 1ª serie speciale, 6 de marzo de 2002, n. 10, 47 Giur Cost. 320 (202).

¹²⁸ Véase también Corte Const., 26 de febrero de 2002, n. 36, Gazz. Uff. 1ª serie speciale, 6 de marzo de 2002, n. 10, 47 Giur Cost. 280 (202); Paolo Ferrua, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, en *Il Giusto Processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, 22-24 (Roberto E. Kostoris ed. 2002).

derechos de los acusados en el artículo 111, “el panorama normativo (...) ha cambiado radicalmente”.¹²⁹

¹²⁹ Corte Const., 25 de octubre de 2000, n. 440, Gazz., Uff. 1ª serie speciale, 2 de noviembre de 2000, n. 45, Foro It., 2001, I, 40.