

# **DOCTRINA EXTRANJERA**

# **DERECHOS HUMANOS Y PROCEDIMIENTO PENAL PAUTAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL ALEMAN**

por

*WOLFGANG SCHÖNE*<sup>(\*)</sup>

## **SUMARIO**

A. Fuentes y bases del procedimiento penal alemán. I. Las fuentes principales. II. Las bases del procedimiento penal alemán. III. El esquema del procedimiento penal alemán. B. El procedimiento penal ordinario en su fase preliminar. I. La panorámica del procedimiento preliminar (o de investigación). II. La fiscalía y su papel. III. Los "auxiliares" de la fiscalía. IV. La influencia del principio de oportunidad. C. El procedimiento penal ordinario en su fase principal. I. Panorámica del debate principal público (§§ 243 y ss. StPO). II. Los principios fundamentales del procedimiento principal. III. Los principios de la práctica de la prueba. D. Perspectivas de la reforma. I. El "cuadro" alemán. II. El "cuadro" latino-americano.

El prólogo del proyecto de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre el Procedimiento Penal"<sup>(1)</sup> afirma que los Derechos Fundamentales que por respeto a la dignidad del hombre han sido proclamados en la Declaración de los Derechos Humanos y otros convenios y pactos internacionales requieren para su realización efectiva de su formulación en reglas más concretas para el procedimiento penal. Y para aquellos que han vivido la experiencia de una perversión del orden jurídico, como p.e. en Alemania durante los años 1933 hasta 1945 y, hoy por hoy cada día más a la vista, en la antes "República Democrática Alemana", puede existir la más mínima duda que la Justicia Penal es un instrumento de poder en las manos del Estado que, aún empleado correctamente, afecta intensamente los derechos de las personas -de los inculpados, sean culpables o inocentes, y además de terceros- y el cual, aplicado mal o para fines ajenos a su cometido, se convierte en un instrumento de violencia. Por esta naturaleza el instrumentario para la aplicación del derecho penal tiene que ser estructurado de manera tal, que, no sólo por vigilancia externa, sino también ya por mecanismos de autocontrol incorporados en el sistema,

---

<sup>(\*)</sup> Profesor de las Universidades de Göttingen y Frankfurt am Main (República Federal de Alemania).

<sup>(1)</sup> Govern Balear (ed.), Reglas Mínimas del Proceso Penal, "Reglas de Mallorca", Palma 1992 (cit. RM). Quizás no es una mera coincidencia, que la elaboración del proyecto fue patrocinada por la "Ayuda Víctimas del Delicte" de la Consellería Adjunta a la Presidencia del Govern Balear.



pueda atender con cuidado y equilibrio a la siguiente paradoja: que el ciudadano tiene que ser protegido *por y contra* el derecho penal<sup>2</sup>. Precisamente de este trasfondo surge la importancia de la decisión de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación de colaborar en la realización de la tarea enorme de analizar, y en cuanto necesario, mejorar la situación actual del proceso penal en la República de Chile.

Como se ha señalado, un criterio importante para la cualidad de un sistema procesal penal y su reforma es la conformidad con los Derechos Humanos. Otro criterio es la consideración e incorporación de las experiencias e ideas que provienen del derecho comparado. Por eso, el siguiente informe tratará de combinar el aspecto de la compatibilidad con los Derechos Humanos con un análisis de las líneas generales del procedimiento<sup>3</sup> penal en la República Federal de Alemania<sup>4</sup> y algunos aspectos de su reforma. La amplitud del tema obliga, naturalmente, a una cierta selección del material. Por consiguiente, la exposición se concentrará en el procedimiento de investigación ("Ermittlungsverfahren") y en el debate principal público (öffentliche Hauptverhandlung) partiendo -en forma global- de las fuentes y de las bases del procedimiento penal alemán. Luego se tratará más detenidamente el procedimiento ordinario desde su inicio hasta la sentencia en primera instancia. En este contexto se profundizarán de lege lata y de lege ferenda algunos aspectos

<sup>(2)</sup> Véase Schöne, *Acercas del orden jurídico-penal*, San José (Ed. Juricentro) 1992, pág. 187 y ss.

<sup>(3)</sup> En cuanto a la terminología aquí se prefiere hablar de "procedimiento" en vez de "proceso" para evitar una cierta interpretación civilista que se refiere más bien al juicio y que conlleva al malentendido inconsciente que la discusión sobre las garantías tiene su relevancia sólo para la fase del debate principal público. Con esto se perdería de vista que en materia penal la relevancia práctica de las garantías procesales reside casi exclusivamente en la(s) fase(s) anterior(es) al juicio: La investigación de la sospecha de un hecho punible siempre involucra la aplicación por parte del Estado de medios coercitivos que por su naturaleza restringen derechos fundamentales de los ciudadanos e impiden considerar Estado y ciudadano como partes iguales.

<sup>(4)</sup> De la bibliografía reciente, véase: Beulke, Werner, *Strafprozeßrecht*, Heidelber (ed. Müller) 1994; Eser, Albin *Einführung in das Straafprozeßrecht*, München (ed. Beck) 1983; Gössel, Karl-Heinz, *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz (ed. Kohlhammer) 1977; Kleinknecht/Meyer-Göbner, *Strafprozeßordnung*, 41a ed., München (ed. Beck) 1993; Kleinknecht/Müller/Reitberger, *Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 8a. ed., Fezer/Paulus (ed.), Neuwied-Kriftel-Berlin (ed. Luchterhand) 1990; Krey, Volker, *Strafverfahrensrecht*, tomo 1, Stuttgart-Berlin-Köln Mainz (ed. Kohlhammer) 1988, tomo 2, idem 1990; Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozeßlehre*, 4a ed., Heidelberg (ed. Müller) 1993; Löwe/Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 24a ed., 6 tomos, Rieß, Peter (ed.), Berlin-New York (ed. de Gruyter) 1988 y ss.; Peters, Karl, *Strafprozeß*, 4a ed., Heidelberg (ed. Beck) 1993; Ranft, Otfried, *Strafprozeßrecht*, Stuttgart-Hannover-München-Berlin (ed. Boorberg) 1991; Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23a ed., München (ed. Beck) 1993; Rudolphi/Frisch/Päffigenn/Rogal/Schlüchter/Wolter, *Systematischer Kommetar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Neuwied-Kriftel (ed. Metzner) 1992; Rüping, Hinrich, *Das Strafverfahren*, 2a ed., München (ed. Vahlen) 1983; Schlüchter, Ellen, *Das Strafverfahren*, 2a ed., Köln-Berlin-Bonn-München (Heymanns) 1983; Schmidt, Eberhard, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, tomo I, 2a ed., Göttingen (ed. Vandenhoeck & Rupprecht) 1964, tomo II (idem) 1957; tomo III (idem) 1960; suplemento I (idem) 1966, suplemento II (idem) 1970; Schroeder, Friedrich-Christian, *Strafprozeßrecht*, München (ed. Beck) 1993; Wassermann, Rudolf (ed.), *Reihe Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung*, tomo 1, Neuwied (ed. Luchterhand) 1988, tomo 2, parte 1, idem 1992, tomo 1, parte 2, idem 1993. Véase también Gómez Colomer, Juan-Luis, *El proceso penal alemán, Introducción y normas básicas*, Barcelona (ed. Bosch) 1985.

escogidos por su interés político- criminal: la concentración de la persecución penal en manos del Estado y el principio de legalidad y oportunidad, el papel del ministerio público y su relación con la policía, el debate principal público y la problemática de la prueba. Quedarán excluidos, entonces, el sistema de recursos y la ejecución de la sentencia firme así como los "modos especiales" del procedimiento. El relato terminará con un breve comentario sobre la reforma penal procesal en la República Federal de Alemania y en el sur y centro de América.

## A. FUENTES Y BASES DEL PROCEDIMIENTO PENAL ALEMÁN

### I. Las fuentes principales

El procedimiento penal se considera como el "sismógrafo de la Constitución"<sup>5</sup>. Esto con mucha razón: Toda reglamentación de esta materia tiene su base su marco en la "Ley Fundamental para la República Federal de Alemania" del 25 de mayo de 1949<sup>6</sup>. En especial en el reconocimiento expreso de la dignidad del hombre y de los inviolables e irrenunciables derechos humanos (art. 1), sobre los derechos fundamentales (art. 1-19), el principio del Estado de Derecho (art. 20) la Administración de la Justicia y las garantías correspondientes (art. 92 y ss.). La legislación ordinaria se encuentra principalmente en la "Ordenanza Penal Procesal" de 1877 en la forma promulgada el 7 de abril de 1987<sup>7</sup>, la "Ley de Constitución de los Tribunales" de 1877 en la forma promulgada el 9 de mayo de 1975<sup>8</sup> y la "Ley sobre Tribunales de Menores" de 1953 en la forma promulgada el 30 de agosto de 1990<sup>9</sup>.

### II. Las bases del procedimiento penal alemán

Las fuentes mencionadas se entienden e interpretan mejor si se toman en cuenta ciertas bases teóricas de la reglamentación.

a) El derecho penal material no se realiza por sí mismo, sino tiene que ser realizado. Esta conversión de una disposición abstracta -"el que matare a otro será castigado con pena privativa de libertad no menor de 5 años ni mayor de 15 años" - en una reacción penal concreta- "Tenemos que condenar y condenamos a Fulano por homicidio a una pena privativa de libertad de 8 años y 7 meses" - no se produce automáticamente y a la vez, se requieren varios pasos: un "procedere". Si este procedimiento pretende ser eficaz, tiene que ser ordenador: es aquí donde entra el derecho penal procesal, cuya función consiste en establecer (y determinar el conteni-

<sup>(5)</sup> Roxin, op. cit., pág. 9.

<sup>(6)</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (cit. GG). Hasta ahora existen 39 leyes modificadoras, la última del 28 de junio de 1993.

<sup>(7)</sup> Strafprozeßordnung (StPO), última modificación por ley de 11 de enero de 1993.

<sup>(8)</sup> Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), última modificación por ley de 11 de enero de 1993.

<sup>(9)</sup> Jugendgerichtsgesetz (JGG); última modificación por ley de 16 de febrero de 1993.

do) de las reglas para la obtención de una decisión sobre el sí o no de una sanción penal y, en caso de ser positiva, de su ejecución.

b) En cuanto al *contenido* de estas reglas, hay varias coordenadas del sistema vigente. El legislador alemán opta por la concentración de la tarea de realizar el derecho penal material en las manos del Estado atribuyéndole el "monopolio del poder". Esto conlleva por lo menos dos consecuencias. Si se prohíbe al ciudadano la aplicación de las leyes penales, el derecho a la persecución penal reservado para el Estado de acuerdo con el principio de la actuación "ex officio"<sup>10</sup> (§ 152 parr. 1 StPO) tiene que ser acompañado por una obligación de ejercerlo; y por consiguiente rige, al menos en cuanto al inicio del procedimiento penal<sup>11</sup>. El principio de legalidad (§ 152 parr. 2 StPO). Y como cada concentración de poder requiere limitación y control, el contrapeso se encuentra en garantías personales y en la formalidad jurídico-procesal, que domina cada paso del procedimiento penal con el fin de proteger al inocente, de tratar humana y correctamente al culpable respetar los derechos de terceros como la víctima o los testigos. Sólo a título de ejemplo se mencionan las garantías constitucionales del juez independiente (art. 97 GG)<sup>12</sup> y legal (art. 101), el derecho de ser oído (art. 103 GG)<sup>13</sup> y el principio de publicidad (§ 169 GVG)<sup>14</sup>.

c) Hablando de inocentes y culpables: *La meta* del procedimiento penal *no* es el castigo del culpable -esto es la pretensión del derecho penal material-, sino la *decisión sobre una sospecha* de un comportamiento punible. Por "sospecha" se entiende un pronóstico fundamentado en hechos concretos acerca de la posibilidad de la existencia de una conducta típica, antijurídica, reprochable y punible. Inherente a cada sospecha es la posibilidad de su comprobación como falsa (o la imposibilidad de su comprobación). Frente a eso el sistema penal procesal alemán, aunque no lo diga la legislación nacional, acepta el principio de la presunción de inocencia<sup>15</sup> y

<sup>(10)</sup> Consagrado también en art. 1 parr. 1 RM. Según art. 1 parr. 2 inc. 1 RM la legislación nacional reglamentará en qué medida la persecución penal podrá depender de iniciativa privada y cuándo se otorgarán funciones de acusación a los particulares. En cuanto al derecho alemán véase el texto más en adelante.

<sup>(11)</sup> El principio de oportunidad (a tratar mas tarde) -correctamente aplicado- no afecta el inicio del procedimiento, sino sólo su fin: se trata de la posibilidad de no acusar a pesar de, según las circunstancias del caso, poder hacerlo.

<sup>(12)</sup> Hay concordancia con art. 4 RM.

<sup>(13)</sup> También hay concordancia con art. 7 RM.

<sup>(14)</sup> A diferencia de algunas de las constituciones de los Estados Federados la ley fundamental no contiene una garantía expresa de la publicidad del juicio. Sin embargo, no existe duda alguna que la publicidad es, en las palabras de la Corte Federal ("Bundesgerichtshof"), un "instituto fundamental del Estado de Derecho" consagrado en art. 20 GG. En este sentido hay concordancia con art. 25 parr. 2 RM.

<sup>(15)</sup> Cf. art. 6 parr. 2 de la Convención Europea sobre la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 que en la República Federal de Alemania rige con carácter de una ley ordinaria. Véase también art. 32, 33 parr. 1 inciso 2 RM. La colocación de estas reglas en la sistemática del proyecto subraya la postura adoptada aquí en el texto.

sobre todo su núcleo "in dubio pro reo". Esta última advertencia parece necesaria porque existen ciertos malentendidos en la interpretación (y tendencias de una sobrevaluación) de este principio con rango de Derecho Humano: La presunción de inocencia no rige en cuanto a la apertura del procedimiento, a la continuación de la investigación, a la acusación y a los medios coercitivos como, sobre todo, la prisión preventiva. Si el principio de legalidad (o de persecución penal obligatoria) impone la necesidad de esclarecer cada sospecha inicial, también obliga, para cumplir con esta finalidad, a tomar estas medidas; por consiguiente, ellas "viven" de una sospecha *contra* el indicado de manera que son lícitas -naturalmente: ¡solo!- en la medida en que existen hechos que fundamentan una prógnosis de una futura condena por el tribunal. La situación cambia, cuando el tribunal después de la vista de las pruebas *decide* sobre la acusación (=sospecha), formando su convicción (o no) sobre los presupuestos de la punibilidad y condena. Este es el momento, en el cual la duda empieza a obrar en favor del acusado. Aclarado esto<sup>16</sup> el *verdadero déficit* en la aplicación de la presunción de inocencia se encuentra en el tratamiento de las personas bajo sospecha, pero todavía sin condena. Basta como ejemplo el peligro muy real de apreciar la prisión preventiva como pena anticipada y de ejecutarla junto con la pena privativa de libertad en régimen de condena en sentencia firme -razón de las prohibiciones correspondientes contenidas en art. 20 parr. 1 inc. 1 y parr. 4 RM.

d) La mejor resolución de una sospecha es aquella basada en la *verdad objetiva*. A pesar de la duda de si una reconstrucción absolutamente fiel de un evento histórico está realmente al alcance humano, la legislación alemana parte de la necesidad de -por lo menos- un intento de establecer esta verdad. Sin embargo, el principio correspondiente de "instrucción" o de "verdad material" consagrado en los §§ 155, 244 parr. 2 StPO no puede ser realizado sin conflictos con otros valores y derechos protegidos: el logro de la verdad no justifica, por ejemplo, la tortura<sup>17</sup>. Por eso, y como dice la Corte Federal alemana, no es base de la Ordenanza Procesal Penal la investigación de la verdad "a todo costo"<sup>18</sup>. El interés legítimo por la aclaración total de los hechos ha de conformarse con una restricción de los métodos y de las vías del proceder debida a las exigencias de la *constitucionalidad y concordancia con los Derechos Humanos*, y con otro aspecto más: Las actividades estatales en este ámbito, aunque tengan por objeto establecer la verdad objetiva con medios y en formas legalmente admitidos, no pueden continuar interminablemente;

---

<sup>(16)</sup> Véase también arts. 32, 33 parr. 1 inc. 2 RM- La colocación de estas reglas en la sistemática del proyecto fortalece la postura del texto.

<sup>(17)</sup> Véase § 136a StPO. Hay concordancia con art. 21 RM.

<sup>(18)</sup> Entscheidung des Bundesgerichtshofs (cit. BGHSt), tomo 14, pág. 358 y ss., 365.

razones, entre otras, de *seguridad jurídica* requieren previsiones para el aceleramiento de los procedimientos<sup>19</sup> ("principio de concentración") y de su finalización<sup>20</sup>.

Dicho con otras palabras: La legislación alemana trata de establecer en sus reglas un cierto equilibrio de los tres aspectos verdad objetiva, constitucionalidad y seguridad jurídica, que, apreciados cada uno por sí mismo, están más que justificados, pero, llevados a sus extremos, inhibirían las pretensiones de los demás. No faltan intentos de hacer fructífero el concepto de "proceso debido" o de "fair trial"<sup>21</sup> como medio de "ajuste fino" en caso de un conflicto de los tres aspectos mencionados; pero resulta muy difícil encontrar el criterio que permite definir el equilibrio en la situación concreta. Utilizando el concepto, esto sí, como aviso permanente de la necesidad de interpretar o formular la legislación procesal positiva de acuerdo con las valoraciones fundamentales de un Estado de derecho y social<sup>22</sup>, tanto en la aplicación de las reglas existentes como en las discusiones de *lege ferenda* se nota un cierto movimiento del péndulo: entre acentuación de las garantías individuales y las exigencias de la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada<sup>23</sup>, entre procedimientos favorables a la resocialización del autor<sup>24</sup> y el mejoramiento de la posición de la víctima<sup>25</sup> o -para decirlo en forma más abstracta, pero no menos real- entre corrientes que se orientan en el principio de *proporcionalidad*<sup>26</sup> de la actuación estatal, y otras, que optan por la *efectividad*<sup>27</sup> de la represión de la delincuencia. La verdad hay que buscarla, como dice un refrán alemán, ... en el medio.

<sup>(19)</sup> Véase art. 6 RM. Una aplicación concreta del derecho procesal penal alemán es § 229 StPO que establece límites máximos de una interrupción del juicio oral. Otro ejemplo es el número reducido de recursos ordinarios y de instancias. La StPO conoce dos recursos contra una sentencia todavía no firme y tres instancias. Los recursos son la "Berufung" (§§ 312 y ss. StPO) como control en cuanto a los hechos y al derecho, y la "Revisión" (§§ 333 y ss.) que a diferencia de la terminología latinoamericana es una especie de casación, e.d. un control sólo de la aplicación correcta de la ley. Las tres instancias correspondientes se admiten sólo respecto a sentencias del tribunal de menos competencia, el del "Amtsgericht" (tribunal de comarca); la sentencia en primer instancia de un tribunal de distrito ("Landgericht") o de un tribunal superior del distrito ("Oberlandesgericht") competente para varios distritos puede ser atacado por medio de una "Berufung", sino sólo de una "Revision".

<sup>(20)</sup> Esto se refiere al instituto de la "causa juzgada". Existe un recurso extraordinario en forma de "reapertura de un procedimiento terminado con sentencia firme"; pero las barreras en contra de un tal "Wiederaufnahmeverfahren" (§§ 359 y ss. StPO) son bastante altas.

<sup>(21)</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Fallos del Tribunal Constitucional Federal), cit BVerfGE, tomo 26, pág. 66 y ss., 71; tomo 46, pág. 210 y ss.

<sup>(22)</sup> Véase Roxin, op. cit., pág. 67 y ss.

<sup>(23)</sup> Ver como extremo: Ley modificadora de la Ley de Introducción de la Ley de Constitución de los Tribunales, de 30 de septiembre de 1977, llamada "Ley de barrera de contactos" (Kontaktsperregesetz).

<sup>(24)</sup> Cf. los intentos de introducir un juicio bifásico dividido por un "interlocutorio" -según concepción- de hechos o de reprochabilidad.

<sup>(25)</sup> Véase: Primera Ley para el Mejoramiento de la Posición de la Víctima en el Procedimiento Penal, de 18 de diciembre de 1986, llamada Ley de Protección de la Víctima ("Opferschutzgesetz").

<sup>(26)</sup> Véase Roxin, op. cit., pág. 12, 105.

<sup>(27)</sup> Como ejemplo: BVerfGE, tomo 33, pág. 367 y ss., 383 con el concepto de "funcionalidad de la



e) La opción de concentrar la tarea de realizar el derecho penal material en las manos del Estado que lleva a los principios ya mencionados de actuación ex officio y de legalidad no prejuzga, como tal, el sistema "operativo" correspondiente. Considerando las experiencias históricas que en varios países del Centro y Sur de América todavía son contemporáneas, con el procedimiento inquisitivo no sorprenderá que el sistema alemán es *acusatorio*. Desde hace más de cien años la investigación de la sospecha de una conducta punible y, si procede, la acusación, por un lado, y la decisión sobre la acusación por el otro, están a cargo de distintos órganos estatales<sup>28</sup>: la fiscalía y el tribunal. De acuerdo con esta separación de la función investigadora y acusadora de la juzgadora el tribunal sólo puede actuar y decidir cuando hay a una acusación (§§ 155 parr. 1, 264 parr. 1 StPO). Este modelo de peso y contrapeso o de control mutuo de fuerzas que operan en el procedimiento penal es también el adoptado, en forma categórica, por el Proyecto de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal<sup>29</sup>.

### III. El esquema del procedimiento penal alemán

a) El procedimiento penal alemán en su forma ordinaria se divide en las partes siguientes:

1. El *procedimiento preliminar* (o de investigación) a cargo de la fiscalía empieza con una "sospecha inicial" y termina después de todas las diligencias necesarias (y obligatorias) o con un sobreseimiento o con una acusación.

2. En el *procedimiento intermedio* (§§ 199 y ss. StPO) a cargo de los miembros letrados del tribunal se revisa la acusación en cuanto a la existencia de una sospecha ahora "suficiente"<sup>30</sup>. Esta fase termina o con sobreseimiento (§§.206a, 206b StPO) o por la "admisión de la acusación"<sup>31</sup>.

administración de la justicia penal". Tiene razón Hassemer al criticar este nuevo concepto en: *Strafverteidiger* (StV) 1982, pág. 275 y ss.

(28) Una excepción poco relevante es la acción privada; véase el texto más adelante.

(29) Véase art. 2 parr. 1: "Las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora".

(30) A diferencia de la sospecha, "inicial" "que como tal sólo abre el camino a una investigación (no pública) la sospecha que abre la puerta al tribunal tiene que ser tan consolidada que justifica exponer una persona a un debate principal público. Entonces, por "sospecha suficiente" se entiende una *prógnosis* positiva en cuanto a un resultado condenatorio del juicio oral, partiendo de la hipótesis de la comprobación en el debate principal público de todos los hechos mencionados en el escrito de acusación. Esta *prógnosis* depende no sólo de la situación probatoria, sino también de la existencia de los llamados "presupuestos del procedimiento"; por ejemplo, no puede pronosticarse una condena por un delito prescrito.

(31) El valor de esta fase es discutible y discutido pues la admisión de la acusación en base de un mero escrito de la fiscalía puede ser (mal) interpretada como ser peligrosa para la imparcialidad del tribunal. Por el otro lado hay que ver lo siguiente: Aunque la existencia de los presupuestos de procedimiento ha de considerarse de oficio en cada instante del procedimiento, es aquí donde el tribunal por primera vez toma contacto con el caso y puede reaccionar frente a la falta de tales presupuestos -y esto es importante- sin exponer al acusado a un juicio oral y público. Se puede decir también que la necesidad de dos decisiones idénticas de distintos órganos estatales es una doble garantía respecto a la exposición pública.

3. El *procedimiento principal* (§§ 213 y ss. StPO) consiste en la preparación del debate principal público por el presidente del tribunal y, como "coronación del procedimiento", en el juicio oral mismo (§§ 226 y ss. StPO) que termina con la sentencia y la información sobre los recursos.

4 Cuando dentro del plazo fijado por la ley se ataca la sentencia, sigue el *procedimiento de recurso(s)*<sup>32</sup>; en caso contrario la sentencia adopta el carácter de firme.

5. Una vez firme la sentencia (condenatoria), se realiza el *procedimiento de ejecución* (§§ 449 y ss. StPO) a cargo de la fiscalía.

b) Para completar el cuadro hay que mencionar brevemente unas *modificaciones* del procedimiento ordinario.

1. El *procedimiento acelerado* (§§ 212 y ss. StPO) permite prescindir de algunas formalidades de la acusación y del procedimiento, pero sólo en casos "idóneos" y sólo ante el tribunal de menor competencia, el de comarca ("Amtsgericht")<sup>33</sup>.

2. El *procedimiento de "orden penal"* (§§ 407 y ss.) permite al tribunal dictar sentencia sin juicio oral previo, pero -otra vez- sólo en los casos de la competencia reducida del tribunal de comarca ("Amtsgericht") y, además, sólo cuando la condena no excede ciertos límites, en caso de una condena a pena privativa de libertad<sup>34</sup>. Si el acusado dentro del corto plazo previsto por la ley se opone a la condena por escrito, el procedimiento se convierte, sin pérdida de la instancia, en uno ordinario con juicio oral<sup>35</sup>. Por eso, el instituto de orden penal no constituye una lesión de las Reglas Mínimas<sup>36</sup>.

3. El *procedimiento de acción privada* (§§ 373 y ss. StPO) constituye la única excepción del monopolio de acusación de la fiscalía: ciertas personas, como el ofendido y sus representantes, pueden hacerse cargo de la acusación de algunos

<sup>(32)</sup> Véase nota 19.

<sup>(33)</sup> En la práctica esta forma del procedimiento no tiene mayor relevancia. En la discusión de lege ferenda se subrayan las ventajas de una reacción rápida (y menos costosa) frente a delitos como los de circulación y en conjunto con demostraciones o turbulencias en estadios de fútbol. Pero también hay autores sobre todo del campo de los defensores que critican las reducciones de las garantías procesales. Véase Löwe-Rosenberg-Riefl, op. cit., nota 4 y ss.

<sup>(34)</sup> Véase § 407 párr. 2 inc. 2 StPO: condena a pena privativa de libertad sólo hasta un año y, además, sólo cuando el acusado tiene un defensor y cuando se ordena la suspensión condicional de la ejecución.

<sup>(35)</sup> Vencido el plazo la orden penal se convierte automáticamente en sentencia firme. -La orden penal es un instrumento idóneo para mitigar la sobrecarga de trabajo de los tribunales y para abreviar la duración de los procedimientos. Además, en la práctica muchos acusados señalan su interés en esta solución, que, contando con una condena, quieren evitar un debate principal público.

<sup>(36)</sup> Véase art. 25 párr. 1 RM: "El imputado tiene derecho a un juicio oral".

pocos delitos, siempre que la fiscalía no constate un interés público en su intervención<sup>37</sup> y actúe ella misma. Ese tipo de procedimiento no tiene mucha relevancia práctica por el carácter más bien bagatelario de los delitos mencionados en el catálogo del § 374 StPO por tratarse -con sólo dos excepciones- de delitos de "solicitud penal", es decir de delitos que el fiscal no puede perseguir sin una solicitud formal por parte del ofendido<sup>38</sup>.

## **B. EL PROCEDIMIENTO PENAL ORDINARIO EN SU FASE PRELIMINAR**

La presentación del procedimiento preliminar aquí se concentra en tres puntos: una panorámica de esta fase, la fiscalía y sus auxiliares y la influencia del principio de oportunidad.

### **I. La panorámica del procedimiento preliminar (o de investigación)**

a) La fiscalía abre la investigación (y con esto el procedimiento<sup>39</sup>) siempre cuando obtiene conocimiento de circunstancias que constituyen una "sospecha inicial" de un hecho punible (§ 160 StPO). Esta sospecha puede basarse en una denuncia de un quivis ex populo, una solicitud formal por parte del ofendido o en un conocimiento logrado en el desempeño del oficio o fuera del mismo; en este último caso la obligación de actuar existe, según la opinión dominante, sólo cuando se trata de delitos de mayor gravedad e importancia para el público. Si la información llega primero a la policía, ella -sin perjuicio de su obligación de pasar sin demora las actas levantadas a la fiscalía- puede y debe empezar con la investigación con el fin de evitar cualquier oscurecimiento (§ 163 StPO). En tales circunstancias de urgencia también el juez de investigación ("Ermittlungsrichter") puede realizar las diligencias impostergables; en este caso no actúa en su capacidad de juez, sino sólo como "fiscal de emergencia" (§ 165 StPO).

b) Una vez iniciado el procedimiento la fiscalía tiene la obligación de investigar los hechos con el fin de posibilitar una decisión sobre el sí o no de una acusación. En esta fase de investigación puede actuar ella misma o por sus auxiliares (§§ 160 y ss. StPO). A lo largo de sus diligencias puede citar e interrogar inculpados y testigos, emplear peritos, exigir información por todos los órganos estatales y hacer uso de una serie de medios coercitivos.

---

<sup>(37)</sup> Hay indicios para una cierta tendencia de las fiscalías de negar el interés público y de referir los interesados a la vía de la acción privada. Esta actitud motivada por el interés en aliviar la carga de trabajo aumenta el peligro inherente al sistema de la acción privada de fomentar desigualdades en la persecución penal, pues se cumple con la sugerencia de la fiscalía sólo en un 10 por ciento de los casos.

<sup>(38)</sup> La necesidad de una solicitud formal está indicada, junto con los demás presupuestos de un delito, en la Parte Especial del Código Penal o en las Leyes penales especiales.

<sup>(39)</sup> Véase nota 3.

c) El inculpado puede servirse de un defensor en cada fase del procedimiento (137 StPO). Si no lo hace, la ley prevé en los casos (graves) de defensa necesaria (§ 140 StPO) el nombramiento de un defensor de oficio, y esto de acuerdo con el § 141 StPO a en el procedimiento preliminar<sup>40</sup>.

d) Una vez agotadas las posibilidades de investigación, la fiscalía se encuentra ante la decisión acerca de si existe una sospecha "suficiente" para poder lograr en el juicio oral una sentencia condenatoria. En caso negativo dicta sobreseimiento por falta de sospecha (§ 170 parr. 2 StPO); en caso positivo se abre la bifurcación de un sobreseimiento por razones (a tratar más tarde) de oportunidad (§§ 153 y ss. StPO) o de una acusación (§ 170 parr. 1 StPO).

En contra de un sobreseimiento (por falta de sospecha suficiente) los § 172 y ss. StPO) ofrecen un procedimiento especial que permite al ofendido solicitar la intervención de la fiscalía superior y luego del tribunal superior del distrito ("Oberlandesgericht") con el fin de obligar la fiscalía a presentar una acusación. Años atrás este instrumento procesal garantizaba una supervisión muy amplia de la fiscalía por parte de los tribunales; la causa siempre llegaba de la fiscalía a un tribunal independiente, o por la acusación o, en caso de su delegación, por vía de una "acción de forzamiento de la acusación" ("Klageerzwingungsverfahren"). Mientras tanto la influencia creciente del principio de oportunidad ha reducido considerablemente el acceso a este recurso. Queda abierto a discusión, si esta actitud del legislador alemán que, por razones de sobrecarga de los órganos de persecución penal, concede a la fiscalía mayor autonomía en terminar un procedimiento sin control judicial todavía corresponde al espíritu del art. 1 parr. 3 RM que establece la necesidad de mecanismos de control respecto al cumplimiento del principio de legalidad.

## II. La fiscalía y su papel

Como ya se ha dicho el sistema operativo del procedimiento penal alemán es el acusatorio con separación estricta de la función investigadora y acusadora de la función juzgadora. Por consiguiente, el "dueño" del procedimiento preliminar no es el juez (de instrucción), sino el fiscal, que pertenece a un órgano estatal totalmente distinto de los tribunales (§ 150 GVG).

a) La fiscalía es un órgano con una *estructura jerárquica y monocrática* (§§ 144 y ss. GVG). Consiste de un "primer funcionario de la fiscalía" y demás fiscales que le representan y que son sometidos a sus órdenes. El "jefe" de una fiscalía tiene el derecho de "sustitución" y de "devolución", e. d. de asumir él mismo una causa designada a un fiscal subordinado o de reemplazar el fiscal encargado de la causa por otro miembro subordinado de la entidad.

<sup>40</sup>-Con estas reglas hay concordancia con art. 11 RM.

La "abogacía del Estado" -término literalmente traducido- está organizada de manera tal que "junto a" cada tribunal existe una fiscalía competente. Las fiscalías al lado de los tribunales de comarca, de los tribunales de distrito y a los tribunales superiores de distrito pertenecen al Estado Federado ("Bundesland") y obran bajo la supervisión y dirección del Ministro de Justicia del mismo; la "fiscalía general federal" ("Generalbundesanwaltschaft") que actúa junto a la Corte Federal ("Bundesgerichtshof") y a los Tribunales Superiores de Distrito cuando ellos excepcionalmente (§120 GVG) deciden en primera instancia depende del Ministro de Justicia del Gobierno Federal y no es superior de las fiscalías de los Estados Federados.

b) Una ojeada a las tareas de la fiscalía: En el procedimiento preliminar el fiscal es el destinatario de las denuncias y solicitudes penales; además, realiza o, por lo menos, dirige las investigaciones correspondientes (y obligatorias), se encarga del aseguramiento de las pruebas y al final de las pesquisas decide sobre la procedencia de una acusación dictando, en caso contrario, un sobreseimiento. En la fase principal, sobre todo en el debate principal público, el fiscal representa la acusación y vigila sobre la aplicación correcta de las reglas del procedimiento. Mas allá de la primera instancia el fiscal decide sobre la posibilidad y necesidad de interponer un recurso y representa su entidad en la(s) instancia(s) correspondientes. Finalmente, en caso de una sentencia firme y condenatoria la fiscalía dirige la ejecución de la misma y en algunos de los 16 Estados Federados interviene también en el trámite de los actos de gracia.

c) A pesar de los rasgos innegables de un cuerpo administrativo que se notan, v. gr., en su estructura jerárquica, la fiscalía es un "*órgano autónomo de la jurisdicción*". Se distingue del cuerpo de los jueces por la falta de competencia de decidir con las consecuencias inherentes a una sentencia firme, pero comparte con el mismo el deber de obedecer sólo a los criterios de verdad y justicia<sup>41</sup>. Esta obligación de objetividad impide un papel de la fiscalía (conocido en otros sistemas procesales) como parte; la ley demanda expresamente la investigación también de las circunstancias favorables del inculpaado<sup>42</sup> (§ 160 parr. 2 StPO).

Lo que, quizás, causa un interrogante es la relación entre la posición como órgano independiente de la administración de justicia y su dependencia de las órdenes de sus superiores y, finalmente, de su Ministro, es decir, de un órgano administrativo-político que pertenece al Poder Ejecutivo. Aunque se discutan detalles puede decirse lo siguiente: Ordenes de no-intervención a pesar de una sospecha

<sup>(41)</sup> Véase Eberhard Schmidt, Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde, en Monatsschrift für Deutsches Recht (cit. MDR) 1964, pág. 629 y ss., pág. 713 y ss.

<sup>(42)</sup> Véase también §§ 296 párr. 2, 301, 365 StPO): interposición de recursos o solicitud de reapertura del procedimiento en favor del acusado.

o de intervención a pesar de la falta de una sospecha no obligan; esto demuestra también lo dispuesto en el Código Penal ("Strafgesetzbuch") sobre el impedimento de la punición en el desempeño de un cargo público (§ 258a StGB) y sobre la persecución de inocentes (§344 StGB). Una diferencia de pareceres permite al primer funcionario de la fiscalía emplear su derecho ya mencionado de sustitución o devolución (§145 GVG), pero no le permite exigir del fiscal una actuación concreta en contra de su conciencia y convicción jurídica. Todo esto rige para el ámbito del principio de legalidad; en cuanto a decisiones de oportunidad, como la aplicación del criterio de "interés público" contenido, v. gr., en los §§ 153 y ss. StPO, la orden del superior tiene carácter vinculante.

### III. Los "auxiliares" de la fiscalía

En su misión de llevar a cabo el procedimiento preliminar (o de investigación) la fiscalía depende de la colaboración de otras entidades estatales. Esto plantea, sobre todo en caso de la policía, una cierta problemática político-criminal.

a) Antes de entrar en este aspecto, una pequeña presentación de los "auxiliares" de fiscalía:

1. A pesar de su denominación legal el "juez de instrucción" (§ 162, 169 StPO) no es el dueño de la investigación, sino el juez que en la investigación a cargo del fiscal presta una asistencia judicial. La necesidad de tal asistencia surge de una limitación de las competencias del fiscal debida a la circunstancia que ciertos medios de investigación involucran restricciones significantes de garantías fundamentales como la libertad, la inviolabilidad del domicilio, etc. Atendiendo a esta naturaleza de los medios coercitivos imprescindibles para la eficacia del procedimiento penal y a la necesidad de mecanismos de autocontrol en el desempeño del poder estatal, la Constitución (art. 104) y la legislación ordinaria optan por una división del poder y asignan la última responsabilidad por el empleo de estos medios a un juez independiente. El fiscal sigue siendo el director de la investigación y decide sobre la conveniencia de solicitar la autorización de las medidas; mientras tanto el juez está obligado al "auxilio de oficio" ("Amtshilfe") y a cumplir con lo solicitado siempre cuando la medida es legalmente admisible. Con otras palabras: este juez quizás mejor llamado de "garantías" controla solamente la legalidad y no la idoneidad de la medida. Por consiguiente, esta actividad no pertenece al campo, en sentido estricto, de la jurisdicción<sup>43</sup>. Además, su intervención le impide formar parte de un tribunal que luego decide sobre el caso<sup>44</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Sólo en caso de ausencia de un fiscal el juez de investigación puede desempeñar actividades investigadoras urgentes; pero entonces no actúa como juez, sino como "fiscal de emergencia", y con la obligación de pasar el caso cuanto antes a la fiscalía (§§ 165 y ss. StPO).

<sup>(44)</sup> Concordancia con art. 4 párr. 2 inc. 3 RM.

2. Parte del procedimiento preliminar es la investigación de circunstancias pertenecientes al campo de la medición de una reacción penal (§ 163 parr. 3 StPO). Estas averiguaciones de gran importancia -sobre todo para la realización de un derecho penal material dedicado a la resocialización- son muy delicadas pues obligan a entrar en todo al ámbito social de una persona como familia, vecinos, lugar de trabajo, etc. Es fácil de comprender que la policía con su carácter más bien represivo no es el mejor instrumento para la realización de esta tarea. Por eso, la ley prefiere una solución que permite al fiscal servirse de un cuerpo de investigadores especializado y psicológicamente más neutral llamado "ayuda judicial" ("Gerichtshilfe"). Lamentablemente esta posibilidad es -por los menos en los procedimientos contra mayores- todavía más bien teórica, por la razón obvia de sus costos.

3. Según Kern la fiscalía es una "cabeza sin manos"; por falta de órganos propios de ejecución ella emplea a la policía.

En la República Federal de Alemania la policía es -casi enteramente<sup>45</sup>- parte de la competencia de los Estados Federados y depende del Ministro del Interior correspondiente; su misión originaria es la prevención de peligros ("Gefahrenabwehr"). En cuanto participa en las tareas de la persecución penal -lo que explica la existencia de departamentos especiales y especializados de "policía criminal" al lado de otros cuerpos policiales "de protección" (Kriminal-Schutzpolizei") no pierde su carácter de una organización de la administración del interior (del poder ejecutivo sino ejerce sólo una función adicional que la ley le otorga: el § 163 StPO obliga tanto a las entidades policiales como a los funcionarios de la policía a cumplir con una solicitud o con un mandato de la fiscalía.

Esta redacción del texto legal a primera vista redundante refleja un detalle importante de la relación entre fiscales y policía que afecta tanto a las competencias de los funcionarios de la policía "normal y corriente" dispone sólo de los medios coercitivos, como, por ejemplo, la detención provisional o la aplicación de ciertos

---

<sup>(45)</sup> La Constitución concede al Gobierno Federal sólo un número reducido de órganos policiales propios. Aquí interesan:

1. El "Bundesamt für Verfassungsschutz" (Oficina Federal para la Protección de la Constitución), que participa en forma auxiliar en la lucha contra delitos políticos, colecciona informaciones sin tener capacidad ejecutiva.

2. El "Bundeskriminal (polizei)amt" (Oficina Federal de policía criminal) que antes era sólo una bolsa de información (miembro de INTERPOL) y un servicio central científico-técnico de peritos en materias de criminalística, pero que ahora también dispone de órganos ejecutivos. Su competencia es restringida y comprende la lucha contra la delincuencia organizada internacional y contra algunos delitos contra órganos constitucionales, así como contra diplomáticos y dignatarios extranjeros. Además el "BKA" puede actuar a solicitud de un Estado Federado o (muy excepcionalmente) del Ministro Federal del Interior y en procedimientos de investigación a cargo del fiscal general federal.

medios de identificación. Esto es un arsenal pequeño, y así se conoce en virtud del § 152 GVG un grupo legalmente seleccionado<sup>46</sup> de los llamados "funcionarios auxiliares de la fiscalía" ("Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft"), que (sólo) para casos de urgencia tienen una competencia más amplia. Ella comprende (un catálogo fijo de) derechos como el de registro, el de secuestro o el de revisión corporal de inculpados y testigos, etc. La figura del "funcionario auxiliar" sirve también para definir como el fiscal impone su voluntad. La primera vía es indirecta. Se trata de una solicitud dirigida a una entidad de policía, que se hace cargo del asunto de manera que el trabajo se distribuye según criterios internos y que el funcionario individual responde sólo a las órdenes de su superior. La segunda vía es directa y consiste en un mandato dirigido a un funcionario auxiliar quien en este aspecto está obligado a acatar de inmediato la orden del fiscal.

La participación de la policía en la persecución penal depende no sólo de una obligación propia de investigar posibles hechos punibles, pero (con respecto al papel del fiscal como dueño del procedimiento preliminar) sólo en la forma de un derecho y deber de "primera acción": con el motivo de no perder tiempo en comunicar una sospecha a la fiscalía y en esperar la reacción de la misma, la policía puede (y tiene que) realizar las diligencias investigadoras necesarias para evitar un oscurecimiento (§ 163 parr. 1 StPO); luego se entregan las actas "sin demora" a la fiscalía (o al Tribunal de comarca, si se precisa urgentemente una intervención judicial)<sup>47</sup>.

b) El papel de la policía no carece de algunos aspectos problemáticos y de interés político-criminal:

1. Uno de ellos es el conflicto de competencias entre fiscalía y policía, cuando en un caso concreto como, por ejemplo, una toma de rehenes respecto a una medida, v. gr., la orden de emplear armas de fuego se mezclan rasgos de la persecución penal con otros de la prevención de peligros. La tendencia de la solución se orienta en la prevaencia del aspecto represivo o preventivo<sup>48</sup> de la actividad policial necesaria.

2. Un segundo aspecto se debe a la evolución de nuevas formas de la delincuencia (por ejemplo, terrorismo, delincuencia organizada y/o "viajante" en un mundo de fronteras abiertas) y al desarrollo rapidísimo de nuevas técnicas de investigación, v.gr., el uso de la computadora y de los medios electrónicos de comunicación o de supervisión de la comunicación. Cada mejora de la eficacia de la policía conduce a conflictos con las garantías individuales, sobre todo con el

<sup>(46)</sup> Se trata de funcionarios de cierto rango mínimo y enumerados por la legislación (idéntica) de los Estados Federados.

<sup>(47)</sup> Cf. arriba sobre el juez de investigación y su actuación como fiscal de emergencia.

<sup>(48)</sup> Existe un acuerdo administrativo de los Ministros de Justicia y del Interior del Gobierno Federal y de los Estados Federados (Anlage A zu den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren) de 1 de enero de 1977, con modificaciones posteriores.



"derecho de autodeterminación respecto a informaciones personales" ("informationelles Selbstbestimmungsrecht") reconocido por el Tribunal Federal Constitucional<sup>49</sup>. Respecto a estos conflictos hay opiniones que interpretan la regla sobre el deber de la policía de investigar hechos punibles y de realizar, frente a una sospecha inicial, todas las diligencias impostergables (§ 163 parr. 1 StPO), no sólo como fundamento de esta obligación, sino también y a al mismo tiempo como base suficiente para la justificación de los métodos modernos (y de vez en cuando llamados "de poca intensidad"). Sin embargo, a mi modo de ver la obligación a la "primera acción" no amplía las competencias de la policía en cuanto a medidas que afectan derechos fundamentales; para esto se requieren reglas especiales como el § 163d StPO<sup>50</sup>. La legislación alemana finalmente se ha inclinado en esta segunda dirección y ha reglamentado una serie de nuevos métodos de investigación<sup>51</sup>.

Un ejemplo es la reglamentación del empleo, cada día más frecuente, de agentes clandestinos, sean funcionarios de policía o personas particulares "de confianza"<sup>52</sup>. Este método es problemático por varias razones.

En el derecho penal material se trata de la punibilidad de hechos típicos cometidos por la necesidad y con el fin de ganar entrada en y la confianza de los miembros de la "escena". En este sentido reglas introducidas en 1992 sobre el empleo de funcionarios policiales como agentes clandestinos sirven como causa de justificación del uso de una "leyenda" e.d. de una identidad falsa apoyada por documentos correspondientes, y de ciertas formas de ganar el consentimiento con la entrada en moradas ajenas. Lo que no se ha reglamentado es la participación en delitos como prueba de confiabilidad y la punibilidad del "agent provocateur", § 110 inc. 3 StPO remite a "esta ley u otros preceptos legales" y, con esto, a las discusiones de la ciencia penal sobre la aplicabilidad de las reglas sobre el estado de necesidad justificante o el requisito de un dolo de instigación a un delito *consumado*.

Pero también en el área del procedimiento penal surgen problemas. En qué forma puede utilizarse el testimonio del agente, si por razones de seguridad o de táctica él no quiere o no se le permite aparecer en el juicio oral? Constituye la provocación por parte del agente estatal una prohibición ya de proceder basado en la

<sup>(49)</sup> BVerfGE 65, pág. 1 y ss.

<sup>(50)</sup> El § 163 de la StPO reglamenta la "pesquisa por red de arrastre" (Schleppnetzfahndung) a saber, una diligencia basada en el almacenaje de datos personales (de individuos como tales de ninguna manera sospechosos) obtenidos con motivo, v. gr., de un control de fronteras.

<sup>(51)</sup> Véase sobre todo la ley sobre la lucha contra la delincuencia organizada ("Gesetz zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens") de 1 de julio de 1992. El reconocimiento de la necesidad de una reglamentación expresa es, sin duda, algo positivo. Sin embargo, no todo ahora reglamentado merece el mismo aplauso.

<sup>(52)</sup> Véase Lüderssen, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, en: Peters-Festschrift, 1974, pág. 349 y ss.

idea del "venire contra factum proprium"? Postergando por el momento la contestación de la primera pregunta<sup>53</sup> ha que constatar, en cuanto a la segunda, que la jurisprudencia en un primer momento se había inclinado hacia el reconocimiento de una pérdida del derecho del Estado a una persecución penal y de una prohibición de proceder<sup>54</sup>. Sin embargo, ahora sigue la dirección contraria de la "Gran Sala" del Tribunal Federal<sup>55</sup>, que considera la influencia de valor dudoso del "agent provocateur" sólo como un factor posible de la medición de la pena. La ciencia<sup>56</sup> sigue discutiendo la línea fina entre las necesidades de la persecución penal y las garantías constitucionales. En cuanto a una toma de posición del legislador no se ve, aunque sea aconsejable, ninguna señal.

3. El tercer aspecto<sup>57</sup> es la diferencia entre el ideal legislativo y la realidad: en vez de una fiscalía, que forma el centro de la persecución penal y se sirve de sus auxiliares sólo en forma secundaria y técnica, en la vida diaria es la policía la que por varias razones, como su cercanía a los hechos, empieza con la investigación, y en un número significativo de los casos entrega a la fiscalía las actas tan completas que para ella sólo queda la decisión sobre acusación o sobreseimiento; sirvan de ejemplo delitos masificados como los de circulación o los hurtos/robos en tiendas de autoservicio. En consecuencia existe una corriente que quiere amoldar la legislación vigente a esa realidad<sup>58</sup>.

Ahora bien, si se quiere cambiar entre fiscalía y policía habría que pensar en dos modelos: integrar la policía ("criminal") en la organización de la fiscalía, o fortalecer la posición de la policía (hasta la incorporación de la fiscalía como "puesto de control de legalidad"). La primera construcción -en cierta medida acercándose a una policía judicial (con antecedentes históricos nada malos)- tendría la ventaja de una organización uniforme con una cadena de órdenes más corta y directa, pero tampoco podría prescindir del empleo de los demás cuerpos policiales y todavía tendría que contar con el hecho de que el frente de primer contacto de los órganos estatales con la delincuencia quedaría siempre donde está la policía en general. La construcción opuesta llevaría, en sus extremos, a la pérdida por parte de la fiscalía de la posición como órgano independiente del poder jurisdiccional y se amoldaría sólo a una situación más bien "estadística" sin tomar en cuenta la diferencia cualitativa de

<sup>(53)</sup> Véase más adelante el texto acerca del principio de la inmediatez de la prueba.

<sup>(54)</sup> Véase BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) 1981, pág. 70; BGH, *StV* 1984, pág. 4.

<sup>(55)</sup> Véase BGHSt (GS) tomo 33, pág. 356 y ss.

<sup>(56)</sup> Véase Roxin; *op. cit.*, pág. 125 y ss., con más detalles.

<sup>(57)</sup> Véase Rüping, *Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), tomo 95 (1983), pág. 894 y ss.

<sup>(58)</sup> El anteproyecto del Ministerio Federal del Interior para una "Ley sobre la relación entre fiscalía y policía" del año 1978 no ha madurado hasta un tratamiento parlamentario.

la persecución de distintos delitos; aunque, por ejemplo, los delitos de circulación o hurtos en autoservicios sean muy frecuentes, su investigación penal es relativamente simple, mientras tanto una delincuencia, digamos, económica o ambiental, requiere una "atención letrada" no sólo por las cuestiones legales inherentes a la materia misma, sino también por la mayor complejidad del empleo de medios coercitivos procesales. Pero todo esto todavía no es lo decisivo. Lo importante es la naturaleza distinta de la actividad de la policía y de la fiscalía que prevalecerá independientemente de las estructuras orgánicas. La actuación de la fiscalía debe verse -a diferencia de la policía- desde un punto de vista de sus funciones indivisibles no sólo en una parte, sino en la totalidad del proceso, considerando también que la fase preliminar es decisiva no sólo en virtud de la cualidad de las pruebas y de la verdad material de la sentencia posterior, sino también y sobre todo respecto a las exigencias de formalidad jurídico-procesal, legalidad y constitucionalidad del ejercicio del poder del Estado. Conviene, entonces, mantener -por lo menos básicamente<sup>59</sup>- el modelo "cooperativo" existente con un mandato de dirección de la fiscalía.

#### **IV. La influencia del principio de oportunidad**

Para señalar el problema en la República Federal de Alemania se habla del derecho y de su administración como una "materia prima escasa": ¿Qué hacemos, si la delincuencia supera las posibilidades del sistema de la Justicia penal? Una de las respuestas -al lado, por ejemplo, de la despenalización parcial o total<sup>60</sup>- es la introducción en el sistema de los procedimientos penales del principio de oportunidad.

Los principios de legalidad y oportunidad que en cuanto a su proveniencia están relacionados con las teorías absolutas y relativas de la pena, representan hoy en día la idea de unidad e igualdad en la aplicación de las leyes penales ("control del uso del poder estatal" el uno, y la necesidad de hacer concesiones a las posibilidades prácticas de la persecución penal el otro. El problema central es que se trasladan los criterios para la decisión entre acusación y sobreseimiento desde el ámbito de la ley general hacia el área de la discreción más bien personal del fiscal (y/o juez); por eso, es importante subrayar que se trata de una discrecionalidad (no de carácter libre, sino) vinculada con y por la idea general de proporcionalidad: el ejercicio del poder discrecional debe ser igual en todos los casos. Por eso, y con razón, el proyecto de las Reglas Mínimas propone que se "establecerán, en la Ley o reglamento publicado,

---

<sup>(59)</sup> Naturalmente hay bastantes motivos y razones para la reforma de detalles: un punto práctico e importante es una mayor información mutua de los funcionarios de la fiscalía y de la policía sobre sus funciones y responsabilidades, pues no pocas veces las órdenes concretas de un fiscal no respetan las experiencias de la labor de la policía y las dificultades de su rutina diaria, mientras tanto no menos veces un funcionario de policía carece de comprensión suficiente del por qué del control ejercido por la fiscalía sobre sus -con perdón sea dicho- "instintos de caza".

<sup>(60)</sup> Abolición total de tipos penales o conversión en contravenciones administrativas ("Ordnungswidrigkeiten").

directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios... para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento"<sup>61</sup>.

Tratando la decisión entre acusación y sobreseimiento: cabe evitar el malentendido que la idea de la oportunidad puede influir en el comienzo del procedimiento. En esto rige de rigor, por lo menos conceptualmente<sup>62</sup>, el principio de legalidad; el fiscal debe reaccionar frente a una sospecha inicial, y sólo cuando se dan los presupuestos de una acusación puede preguntarse por las razones para prescindir de ella.

b) Las posibilidades de un sobreseimiento -para repetirlo: no por falta, sino a pesar de una sospecha suficiente- han sido ampliadas muy considerablemente y corresponden a una variedad de criterios:

1. Algunas reglas pueden explicarse por la *ausencia de un interés público suficiente* en una persecución penal alemana. Tal interés puede faltar en caso de un delito "menor"<sup>63</sup> por un grado de reproche insignificante (§ 153). Al lado de la razón de insignificancia del reproche "absoluta" hay -consecuencia también de la "máxima de concentración"- la de la insignificancia "relativa" (§§ 154, 154a StPO): la reacción penal pronosticada sería de poca importancia al lado de una condena mayor esperada por otros delitos. Un sobreseimiento es posible también cuando el Código Penal formalmente concede al tribunal la facultad de prescindir de una condena a pena (§ 153b StPO), y cuando el hecho ha sido cometido en el extranjero (§153c StGB).

2. Un segundo aspecto es la *satisfacción del interés en la persecución penal por otras vías*: el autor evita acusación y -esto es, por lo menos en muchos casos, su interés- un juicio oral público en dos etapas: un sobreseimiento suspendido y condicionado por el cumplimiento de mandatos como reparar daños, fomentar la beneficencia pública por trabajo personal o donación de dinero o cumplir con deberes de sostenimiento se convierte en sobreseimiento definitivo, si el autor ha cumplido con las condiciones dentro del plazo concedido (§153a StPO).

---

<sup>61</sup>) Véase art. 3 RM. - En la República Federal de Alemania el instrumento hasta ahora empleado son las directivas (naturalmente generales) que emanan de los fiscales de un Estado Federado. Otro instrumento informal, pero dentro de todo eficaz, es la vigilancia externa por parte de la ciencia jurídica.

<sup>62</sup>) No hay que ocultar que en la práctica diaria los fiscales en los casos aquí relevantes muchas veces prescinden de realizar todas las diligencias posibles. Pero esto es aceptable (y corresponde con la finalidad político-criminal del principio de oportunidad de reducir la carga de trabajo), si la decisión de no continuar con ciertas diligencias posibles se toma en base de una prógnosis que aún teniendo un resultado positivo la diligencia no se afectaría la posibilidad de sobreseer el caso.

<sup>63</sup>) El código penal alemán distingue entre delitos menores ("Vergehen") y mayores ("Verbrechen"), el criterio es el marco penal (abstracto). Se trata de un delito mayor solo, cuando la reacción penal es de una pena privativa de libertad mínima de un año (cf. § 12 StGB).

3. Un sobreseimiento puede ser motivado también por la *prevalencia de otros intereses del Estado*, por ejemplo, en la protección de la República mediante el fomento de un desistimiento activo de ciertos delitos graves contra la seguridad (§ 153e StPO), en la persecución de coacciones y extorsiones posibilitada por la víctima que por su declaración correría el riesgo de incriminarse a sí misma (§ 154c StPO), o en evitar daños para el bien común inherentes a la continuación de un proceso por ciertos delitos políticos (153d).

4. Cabe mencionar la posibilidad de satisfacer el interés de persecución por *acción privada* del ofendido.

c) Las razones de oportunidad aquí expuestas pueden terminar el procedimiento antes y todavía después de la acusación, pasando con ella la competencia principal de dictar un sobreseimiento de la fiscalía al tribunal. Sin embargo, esta figura procesal tiene su mayor importancia práctica en la fase preliminar.

Sin entrar en detalles, sigue habiendo casos en los cuales la fiscalía necesita para un sobreseimiento de acuerdo con los §§ 153 y ss. StPO el visto bueno del tribunal competente; pero últimamente ha aumentado el número de disposiciones que permiten una decisión de la fiscalía sin intervención judicial.

d) Esta información lleva a algunos aspectos de ninguna manera completos sobre la reglamentación en base al principio de oportunidad:

1. El sobreseimiento por razones de oportunidad es, en principio, un no acusar a pesar de poder acusar. Esto presupone la existencia de una sospecha suficiente (§170 parr.1 StPO) basada en una investigación completa y exhaustiva de los hechos. Respecto a esta idea general la ley da lugar a una excepción: La decisión de negar el interés público en una persecución penal por insignificancia del reproche (§153 StPO) puede y suele tomarse ya cuando el estado de las diligencias posibilite la *prógnosis* (fundamentada, v. gr., en la categoría del delito y en la dimensión del daño causado) de que, aún profundizando en lo posible los esfuerzos investigadores no se llegaría nunca a constatar una responsabilidad penal excedente de los límites de la bagatela.

Sin duda, el motivo de este reglamento es muy aceptable en cuanto se quiere aliviar la reconocida gran sobrecarga de trabajo de la fiscalía y del sistema de persecución penal en general. Pero cabe ser alerta frente a un peligro: La posibilidad legal de abreviar la investigación puede causar un clima general, y no limitado al ámbito del §153 StPO, de "permissividad" respecto al vigor de la investigación que luego favorece una creciente desconfianza en la voluntad y capacidad del Estado de cumplir con su misión protectora, no es sólo en especial la delincuencia grave la que preocupa al ciudadano en su vida diaria.

2. Hubo y hay una discusión animada sobre el valor del § 153a StPO, y esto no sólo en cuanto al aspecto de la no-intervención del tribunal en casos de delitos contra el patrimonio, lo que para algunos autores constituye una lesión del principio de la división de los Poderes del Estado. Se critica también una comercialización del sobreseimiento, pues el 98 por cien de los mandatos consiste en una orden de pago de dinero que, además, favorece al inculpado económicamente mejor librado y bien representado (¿justicia de clases?). Otros hablan del peligro de "coacción" por parte de la fiscalía: el inculpado inocente que espera un sobreseimiento por falta de sospecha suficiente consiente en un sobreseimiento "pagado" con el cumplimiento de un mandato para evitar los riesgos e inconvenientes de un juicio oral público. Y por último se invoca el principio de *nullum crimen sine lege* en el sentido de que el cumplimiento del mandato no es la *única* base del sobreseimiento, pues en primer lugar debe haber una "oferta" que al final de la cuenta depende de la discrecionalidad del fiscal.

3. Desde un punto de vista todavía más general, hay que constatar que en la República Federal de Alemania el principio de oportunidad reemplaza al principio de legalidad -por lo menos prácticamente- en todo el campo de la persecución penal de la delincuencia bagatelaria y hasta mediana. Esto conduce a una cuestión aquí imposible de analizar con la profundidad merecida: ¿Hasta qué punto se pueden admitir concesiones a la oportunidad sin causar efectos contraproducentes para todo el sistema de persecución penal mediante un procedimiento de aplicación general?

4. A pesar de todas estas preocupaciones<sup>64</sup> y objeciones<sup>65</sup> bien fundadas hay que reconocer la "fuerza normativa de lo fáctico" en el sentido que en la República Federal de Alemania las realidades de un aumento decisivo de la carga de los órganos de la persecución penal y del reclamo de los juristas prácticos han contribuido a un cierto triunfo<sup>66</sup> del principio de oportunidad. La conclusión a sacar no es luchar ciegamente por una vuelta total al sistema "clásico" dominado enteramente por el principio de legalidad, sino atender a las causas del auge del principio de oportunidad en una forma más generalizada y con ojos abiertos a otras soluciones parciales que atiendan en última consecuencia también a la idea moderna de la utilización de penas "alternativas"<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Con mucho equilibrio de presentación Hassemer, Die Strafverfolgung: Legalität und Opportunität, en: Presidencia de la Nación (ed.), Simposium internacional sobre la transformación de la Justicia Penal en la República Argentina, tomo I, Buenos Aires 1989, pág. 29 y ss. (con síntesis en español).

<sup>65</sup> Véase Dencker, Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB, Juristenzeitung (cit. JZ) 1973, pág. 144 y ss., 149.

<sup>66</sup> Véase Rieß, Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO, Zeitschrift für Rechtspolitik (cit. ZRP) 1983, pág. 93 y ss.; Kaiser, Krimnologie, 2a ed., Heidelberg (ed. Müller) 1988, pág. 914 y ss.

<sup>67</sup> Véase en este contexto también Schöne en: Alternativas al sistema carcelero, Cuadernos de la Fundación Encuentro, n° 2, Madrid (ed. Centro de Estudios Ramón Aceres) 1992, pág. 29, 90 y ss, 247 y ss.

Una de estas soluciones parciales, además con prelación lógica, es la necesidad de una despenalización en el campo del derecho penal material; donde no hay una ley penal no hay procedimiento. Para esto se abren varios caminos como, por ejemplo, la eliminación de delitos bagatelarios o la conversión de delitos clásicos en contravenciones administrativas. En el campo procesal habría que estudiar las posibilidades de una mediación entre autor y víctima como presupuesto de un procedimiento penal "normal"; ciertas investigaciones empíricas sugieren que muchas víctimas no tienen mayor interés en una condena del autor, si él reconoce su responsabilidad por lo acontecido y hace esfuerzos serios de reparar los daños. Como primer paso tal mediación, quizás, tiene su mayor y mejor campo de aplicación en el área de procedimientos penales contra menores<sup>68</sup>.

En este contexto vale agregar una sugerencia: donde se trata de reemplazar el totalmente obsoleto sistema inquisitivo por el acusatorio y, por consiguiente, de establecer por primera vez una verdadera fiscalía, convendría restringir, en las primeras etapas de la actuación de los órganos fiscales, su competencia de sobreeser por razones de oportunidad por la necesidad del consentimiento judicial, e. d. de volver a la reglamentación alemana anterior. Esto permite acumular experiencias con la actuación de la fiscalía y con la seriedad de su papel como otro órgano independiente de la administración de la justicia penal. En caso de ser positivas estas experiencias no hay inconvenientes en ampliar, en una etapa futura, la competencia fiscal en cuanto a su manejo de los criterios de la oportunidad.

### **C. EL PROCEDIMIENTO PENAL ORDINARIO EN SU FASE PRINCIPAL**

Con la admisión de la acusación en la segunda fase del procedimiento penal alemán empieza la tercera y, en sentido estricto de la palabra, decisiva etapa: el *procedimiento principal* ("Hauptverfahren"). Ello consiste en la preparación del juicio oral por el juez unipersonal o, en caso de un tribunal colegiado, su presidente y luego en el debate principal público ("öffentliche Hauptverhandlung"). En la parte que sigue, una breve panorámica del juicio oral servirá como punto de partida para una corta presentación de los principios que dirigen esta fase y de algunos aspectos de la problemática de la prueba.

---

<sup>(68)</sup> Las experiencias con las posibilidades de la "diversión" prevista en el Derecho Penal Juvenil alemán (§§ 45, 47 JGG) indican la conveniencia de seguir enérgicamente el camino hacia soluciones informales y no estigmatizantes de un conflicto penal.

### **I. Panorámica del debate principal y público (§§ 243 y ss. StPO).**

Habiendo anunciado formalmente la apertura del debate principal público de la causa el presidente constata la presencia de todos los participantes y de los medios de prueba.

Después de las advertencias sobre los deberes y derechos de los testigos que luego esperan su turno fuera de la sala se interroga al acusado sobre su persona. Sigue la lectura de la acusación por el fiscal. El juez (presidente) instruye al acusado respecto a sus derechos y toma, si él no prefiere el silencio, su declaración. La vista de las pruebas está dirigida por el juez (presidente) quien ordena la secuencia<sup>69</sup> y permite preguntas y comentarios pertinentes por parte de los otros miembros del tribunal, del fiscal, del acusado y de su defensor. Cerrada la vista de las pruebas, el representante de la fiscalía y la defensa presentan sus conclusiones y solicitudes teniendo el acusado el derecho a la última palabra. El tribunal se retira para sus deliberaciones y la votación sobre la decisión. Otra vez en sesión pública el juez (presidente) lee la sentencia y comunica una versión oral de los fundamentos; luego clausura el debate público informando formalmente sobre la posibilidad de recursos (§35a StPO).

### **II. Los principios fundamentales del procedimiento principal**

El desarrollo y los detalles del debate principal público reflejan varios principios que complementan aquéllos ya mencionados.

a) El tribunal debe hacer de oficio todo lo necesario y posible para investigar la verdad material. Esta es la fórmula más concentrada del *principio de investigación*, que libera al juez de la voluntad de las "partes" (y de sus pactos), y le obliga a una aclaración total de los hechos.

b) La *máxima de concentración* pretende aliviar, en cuanto sea posible, la carga que constituye el juicio oral público para una persona presumida inocente, y combatir el peligro de la pérdida de las pruebas. En consecuencia se permiten sólo ciertas interrupciones de un debate que al exceder estos límites tiene que ser repetido. El problema político-criminal inherente es la larga duración de ciertos procedimientos "monstruosos" que da lugar a discusiones sobre un presupuesto (negativo) del procedimiento, que impide su continuación y obliga a un sobreesimiento cuando la carga para el acusado sería desproporcionada.

c) La garantía constitucional<sup>70</sup> de *ser oído* (o de "audiencia legal") que concreta también las ideas de la dignidad del hombre (art. 1 GG) y del Estado de Derecho (art.

---

<sup>(69)</sup> Esta facultad permite postergar la discusión de antecedentes criminales hasta el final de la vista y significa un primer paso hacia una bipartición del debate por un interlocutor.

<sup>(70)</sup> Véase art. 103 parr. 1 GG y también art. 7 RM.



20 GG) se "traduce" en realidad procesal por medio de reglas formales sobre citaciones, sobre peticiones de aclaración o de pruebas adicionales, sobre deberes del tribunal -¡esto es muy importante para poder defenderse!- de informar sobre cambios en la apreciación jurídica del caso, sobre los derechos de defensa y a la última palabra, etc...

d) No sólo, pero también en función de los mecanismos de control de la actuación de los tribunales, como son, en la República Federal de Alemania, la participación de jueces legos en forma de escambios, y la presencia del público en los debates principales, rige el *principio de oralidad*: sólo lo que se introduce oralmente, v.gr., por interrogatorio de los testigos o peritos o por lectura verbal de documentos, puede ser base de la convicción del tribunal y de la sentencia (§§ 261, 264 StPO). El punto "flojo" del reglamento es otra vez la experiencia con procedimientos de larga duración con sus consecuencias negativas para la memoria de los participantes.

e) El *principio de publicidad* (§169 GVG) se considera como una "institución fundamental del Estado de Derecho"<sup>71</sup>. Establecido en Alemania en base a la lucha política del siglo pasado por el control del poder del Estado, hoy en día sirve para aumentar la confianza de los ciudadanos en la administración de la justicia y el sentimiento de responsabilidad de los jueces frente al verdadero soberano, el pueblo. Ligada también con ideas de la prevención general, la publicidad puede chocar con los intereses de la prevención especial; esto y el respeto por los derechos de la persona de los participantes es la razón de una serie de excepciones detalladamente reglamentadas y de discusiones de lege ferenda.

### III. Los principios de la práctica de la prueba

a) El *principio de instrucción* ya mencionado parte del presupuesto hipotético de que el tribunal conoce el derecho ("iura novit curia") y desconoce los hechos y las pruebas. La reconstrucción -se repite: total- de los acontecimientos históricos que forman el contenido de la acusación se realiza por un procedimiento probatorio llamado "estricto", mientras tanto la averiguación de datos de relevancia procesal<sup>72</sup> se considera "libre". El procedimiento probatorio estricto se distingue del libre por un *numerus clausus* de los medios de prueba -testigo, perito, documento, inspección

---

<sup>(71)</sup> Véase BGHSt tomo I, pág. 335; BGHSt tomo 9, pág. 281. El problema de la concreción del principio de publicidad surge de los conflictos posibles con otros valores protegidos como p.e. la intimidad de la persona. La legislación ordinaria alemana, confiando en los demás mecanismos de control del poder de los jueces (?!), tiende a una consideración más amplia de estos derechos individuales.

<sup>(72)</sup> Por ejemplo, la edad de un testigo como presupuesto de un juramento puede averiguarse fuera del debate (con presencia obligatoria de los participantes principales) por medio de una llamada telefónica. La cosa se complica en caso de hechos de "doble relevancia": la duda acerca de la edad de un acusado joven puede afectar tanto un presupuesto del procedimiento como la competencia del tribunal juvenil como la aplicabilidad de una reacción penal distinta en caso de un menor o de un joven adulto.

ocular y (sólo en cierta medida) acusado- y por un empleo formalizado de estos medios. La investigación de la verdad tiene límites en forma de pruebas ilícitas (a tratar más tarde). Debido también al derecho de ser oído, fiscalía y acusado pueden tomar influencia sobre la vista de pruebas realizada por el tribunal; como medio de "codeterminar" la instrucción de oficio se admiten "solicitudes" de prueba (Beweisantrag) con necesidad de indicar tanto el hecho concreto a comprobar como el medio concreto a emplear y meras "sugerencias" de prueba ("Beweisermittlungsantrag"). La diferencia se nota en seguida en el grado distinto en la libertad del tribunal en negarse al pedido (§244 StGB).

Volviendo a los límites de la investigación de la verdad, ante todo hay que subrayar que el tema es relevante no sólo en el debate principal público, sino en todo el procedimiento. Partiendo de la famosa obra de Beling<sup>73</sup> hoy se conoce una verdadera gama de "prohibiciones de prueba" ("Beweisverbote") que afectan tanto la "toma" ("Erhebung") como el "uso" ("Verwertung") de una prueba ilícita. Puede ser ilícita una prueba por su *tema* (v.gr., antecedentes criminales debidamente eliminados del "Registro Central Federal"), *el medio* (por ejemplo, declaraciones de testigos que posteriormente ejercen un derecho a silencio) o *el método*: prohibición absoluta (v.gr. del método de tortura<sup>74</sup>) o relativa (por ejemplo, del método de tomar una prueba de sangre sin ser médico). Mucho más complicadas son las restricciones de basar la convicción judicial en una prueba obtenida a pesar de una prohibición.

No existen muchas reglas como el §136a parr. 3 inc. 3 StPO que expresamente excluye de las consideraciones por el tribunal una prueba lograda por tortura u otros métodos inadmisibles. Por eso, hay que apoyarse en un acuerdo práctico de la jurisprudencia y de la ciencia: así se ha considerado inadmisibles por razones constitucionales una grabación magnetofónica no consentida<sup>75</sup> o un apunte en un diario personal secreto<sup>76</sup>. Naturalmente, lograr y mantener tal consenso es muy difícil, como demuestran las tendencias de apartarse de él cuando se trata de la persecución de delitos "muy" (!) graves<sup>77</sup>. Otra área todavía en discusión es una prohibición de utilizar los "frutos del árbol envenenado"; la jurisprudencia vacila<sup>78</sup>. En cuanto a todo eso las Reglas Mínimas son más decisivas: "no se tomarán en

<sup>(73)</sup> Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903.

<sup>(74)</sup> Véase § 136a StPO; cf. también art. 9 parr. 1, 21 RM

<sup>(75)</sup> BGHSt tomo 14, pág. 358 y ss.; véase también BVerfGE tomo 34, pág. 238 y ss.

<sup>(76)</sup> BGHSt tomo 19, pág. 325 y ss.

<sup>(77)</sup> BGH MDR 1987, pág. 952 y ss.: en caso de delincuencia grave -asesinato- los intereses de la persecución penal en utilizar como prueba un diario íntimo prevalece sobre el interés individual de proteger la esfera privada.

<sup>(78)</sup> Pasos en favor de una limitación probatoria en BGHSt tomo 29, pág. 244, y más bien en contra en BGHSt tomo 30, pág. 317 y ss.; BGHSt tomo 32, pág. 68 y ss.; BGH, Neue Juristische Wochenschrift (cit. NJW) 1987, pág. 2525. El tema es relevante sobre todo en el campo de las escuchas telefónicas, lícitas sólo respecto a delitos mencionados en un catálogo legal bien restringido.

cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, que quebran-ten derechos fundamentales" (art. 33 parr. 2).

Relacionado con los límites expuestos es el problema de la reversibilidad de una sentencia fundamentada en base a pruebas ilícitas. Fracasado por los menos -y con razón- el intento de distinguir entre disposiciones legales "de mero orden" ("Ordnungsvorchriften") no revisables y reglas "materiales" revisables, la jurisprudencia<sup>79</sup> sigue manteniendo la teoría del "perímetro legalmente protegido" ("Rechtskreisstheorie"): según esta teoría es revisable sólo la lesión de una regla que protege el ámbito de derecho del acusado. Pero ¿hay reglas que al fin y al cabo no protegen al acusado? Otra vez más estricto art. 33 parr. 2 inc. 1 RM: la vulneración de esta prohibición arriba citada acarreará la nulidad de pleno derecho de las resoluciones judiciales que las utilicen.

b) La *máxima de inmediatez* consagrada también por art. 29 RM en su aspecto formal impone la tarea de practicar las pruebas al tribunal encargado de la sentencia; materialmente exige la reconstrucción del acontecimiento histórico por los medios (relativamente) más cercanos: no se puede utilizar el medio de leer un documento que, por ejemplo, contiene el relato de los hechos observados personalmente, si el medio más cercano -el testigo- está al alcance del tribunal (§250 StPO)<sup>80</sup>.

Es aquí donde aparece otra vez la problemática de los agentes policiales clandestinos, cuya presencia en el debate principal público podría causar peligros para ellos mismos y para su utilidad en otras investigaciones actuales o futuras. Las limitaciones, por el § 250 StPO y por el derecho de los superiores de no permitir una declaración del funcionario sobre temas de su oficio, han tenido varias consecuencias: precauciones dudosas hasta una declaración del testigo en "cámara oscura", sin posibilidad alguna de preguntas directas por parte de la defensa<sup>81</sup>, la lectura de protocolos policiales justificada por la "ausencia permanente" del testigo y la admisión de los superiores informados por el agente como testigos de referencia<sup>82</sup>. Como la figura del testigo de referencia que declara sobre lo que él mismo ha escuchado no lesiona el §250 StPO antes mencionado, la jurisprudencia hasta la constitucional<sup>83</sup> admite esta figura insistiendo sólo en la obligación del tribunal de hacer todo lo posible para acceder al testigo inmediato y, fracasando esto, en considerar la debilidad de tal prueba para formar su convicción<sup>84</sup>. Todo esto ha

(79) BGHSt (GS) tomo 11, pág. 213 y ss.; BGHSt tomo 31, pág. 395 y ss.

(80) En este sentido también art. 29 parr. 2 RM.

(81) Véase también BGHSt (GS) tomo 32, pág. 115 y ss.

(82) BGHSt tomo 33, pág. 70 y ss.

(83) BGHSt tomo 17, pág. 382 y ss.; BVerfGE, JZ 1967, pág. 570 y ss.; BVerfGE tomo 57, pág. 250 y ss.

(84) Véase también BGHSt tomo 33, pág. 178 y ss.; BGHSt tomo 34, pág. 15 y ss.

provocado una polémica muy intensa<sup>85</sup>, sin que las críticas basadas en el derecho de ser oído y el principio de *fair trial* hayan podido superar el argumento constante de las necesidades prácticas de persecución penal.

c) La decisión judicial sobre el caso puede atender sólo a hechos punibles que han sido objeto de la acusación puede basarse sólo en los resultados del debate principal público, cuya *consideración y valoración* por el tribunal es *libre*; no existen reglas formales que obligan a una interpretación determinada de la prueba. "Los jueces valoran libremente la prueba, con arreglo a la lógica y la experiencia"<sup>86</sup>

d) Si el tribunal no llega a tener la convicción de la punibilidad del acusado, se aplica en casos de duda respecto a los hechos la máxima de *in dubio pro reo*<sup>87</sup>.

## D. PERSPECTIVAS DE LA REFORMA

### I. El "cuadro" alemán

El cuadro del procedimiento penal alemán aquí presentado ni es completo ni carece de "manchas de belleza". Es un secreto a voces el que la llamada "gran reforma" del derecho penal material del año 1975 necesita la compañía de una "gran reforma" de la legislación procesal penal. El legislador había anunciado, en el año 1964, esfuerzos correspondientes. Sin embargo, mientras tanto no se habla más de este tema; la voluntad política-criminal está en favor de modificaciones parciales y obedientes a las necesidades reales o imaginarias del día. En este contexto hay que mencionar tres centros de interés: mejoras de la posición de la víctima del sistema de la administración de la justicia penal. No cabe duda que se trata de preocupaciones legítimas, pero también, por lo menos en cuanto a los dos últimos aspectos, de tendencias que involucran nuevas restricciones de las garantías fundamentales.

Por eso, el proceso de la reforma del derecho penal procesal en la República Federal de Alemania requiere la participación de y la vigilancia por la ciencia procesal penal. En los últimos años esta rama de las ciencias jurídicas ha ampliado considerablemente su esfera. Naturalmente, sigue contribuyendo los resultados de la discusión teórica de los temas de su especialidad. Lo nuevo es una mejora notable en la investigación empírica de los procedimientos, que permite una mejor preparación de proyectos legislativos y un mejor control de la efectividad de las reglamentaciones. Nuevo también es una mayor atención a las experiencias provenientes de la comparación de los sistemas procesales de otros países. En base a todo esto, la

---

<sup>(85)</sup> Información más detallada en: Roxin, op. cit., pág. 326 y ss.

<sup>(86)</sup> Art. 31 parr. 1 inc. 1 RM.

<sup>(87)</sup> Hay concordancia con art. 31 parr. 1 inc. 2 RM.

ciencia penal procesal alemana ha presentado varios proyectos concretos<sup>88</sup> que juegan un papel importante en la discusión político-criminal actual. No es aquí el lugar para entrar en detalles de esta discusión. Sin embargo, y con referencia al papel comparado, parece conveniente agregar unas pocas advertencias:

Es el estudio de las legislaciones en el campo de los procedimientos penales en el Centro y el Sur de América permite la apreciación "en vivo" de sistemas que en la República Federal de Alemania son, a lo sumo, un tema para especialistas de la historia del derecho. Sin embargo, la confrontación con las realidades actuales de estos sistemas, en especial del sistema inquisitivo y el régimen de la prisión preventiva, reconfirma las decisiones históricas en favor de aquellos principios que desde hace más de un siglo forman base del ordenamiento jurídico alemán de los procedimientos penales. Es, quizás, la distancia de estas realidades que, en la discusión político-criminal actual, conduce a un cierto olvido de un hecho importante. Estos principios son actualizaciones de los Derechos Humanos de la "primera generación" y el instrumentario que ha permitido establecer un control de las personas sobre el poder del Estado y la creación del sistema llamado hoy "Estado de Derecho". Y es esta falta de conciencia o de confrontación directa, que contribuye a una confianza ciega en la seguridad del sistema adoptado y a la creencia errónea que se puede seguir restringiendo, en nombre de la eficacia de la persecución penal, las garantías fundamentales sin dañar el sistema que se pretende proteger. Sin embargo, el Estado de Derecho nunca está establecido una vez para siempre, sino tiene que ser creado de nuevo - día por día.

## II. El "cuadro" latino-americano

Dicho esto con miras a la República Federal de Alemania la conclusión respecto al Sur y Centro de América es que aquí no basta con mejoras parciales del sistema existente. Se requiere una renovación total de las reglas y realidades acerca del procedimiento penal, y esto como parte de una reforma global y coherente del orden jurídico penal.

En cuanto a la legislación necesaria en el campo de los procedimientos penales hacen falta soluciones que, al mismo tiempo, respaldan las garantías de un Estado de Derecho, atienden a las experiencias de un Estado Social y, en todo eso,

---

<sup>(88)</sup> Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozeßordnung, Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung, hrsg. von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Tübingen (ed. Mohr) 1980; Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozeßordnung, Reform der Hauptverhandlung, hrsg. von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Tübingen (ed. Mohr) 1985; Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, hrs. von einem Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer, München (ed. Beck) 1992; Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Verteidigung, Gesetzesentwurf mit Begründung, Heidelberg-Karlsruhe 1979; Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Untersuchungshaft, Gesetzesentwurf mit Begründung, Heidelberg-Karlsruhe 1983. Véase también Scriber-Wassermann (ed.), Gesamtreform des Strafverfahrens, Darmstadt-Neuwied 1987.

procuran un equilibrio frente a una delincuencia creciente y más difícil de combatir, por un lado, y la escasez relativa de los medios disponibles para la persecución penal, por el otro. La mejor vía es aceptar el desafío de elaborar nuevos Códigos que concreten, según las circunstancias nacionales, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento Penal. Para indicar las necesidades principales, se trata de decisiones en favor de:

1. la concentración de la persecución penal en las manos del Estado y del establecimiento de un sistema que parte del principio de legalidad (y de la necesidad de mecanismos de control sobre su ejercicio);

2. la introducción o perfección del sistema acusatorio con un Ministerio Público eficaz y funcionalmente autónomo, pero judicialmente controlado respecto a la legitimidad de sus investigaciones;

3. un mejoramiento del régimen de las restricciones inevitables de derechos fundamentales y del control correspondiente;

4. la introducción del debate oral y público con atención a la inmediatez de la prueba, a la libertad del juez en la valoración de la misma y al principio "in dubio pro reo";

5. un fomento del control público de la función juzgadora, también mediante participación lega en forma de escabinos,

6. un fortalecimiento del carácter del inculpado como sujeto del procedimiento y de la posición de la defensa:

7. una mejor atención a los intereses de la víctima y,

8. la reducción de la sobrecarga del sistema de la persecución penal por medidas intra y extraprocesales.

### III. El "mosaico" de la reforma del orden jurídico penal

No sólo en este último punto se manifiesta de nuevo el otro aspecto mencionado, el de la necesidad incorporar la renovación del procedimiento penal en una reforma global y coherente de todo el orden jurídico-penal. Esta parte del ordenamiento jurídico es como una relojería complicada e interrelacionada; al tocar una sola parte se ve afectado todo el sistema. Para dar sólo dos ejemplos: existe una correlación necesaria entre el derecho material y la forma del procedimiento necesario para su aplicación que se nota en seguida en el efecto despenalizador del principio de oportunidad. Y la introducción del principio acusatorio tiende a cambios substanciales en la organización y las competencias del Poder Judicial. Naturalmente, no se posible reformar a la vez y a corto plazo todo el orden jurídico-penal. Sin embargo, el efecto positivo de reformas parciales depende de un acuerdo básico

sobre las pautas de la reforma global y sobre la secuela de todo paso individual. En este sentido, las posibilidades de uno crecen considerablemente, si son concordantes o, por lo menos, no contraproducentes en cuanto a otros futuros cambios también necesarios. Con otras palabras, se requiere un cierto marco y esbozo para poder pulir las piedras individuales que en su conjunto forman el mosaico. En el caso del orden jurídico-penal estas "piedras" son:

1. las bases constitucionales, en especial los derechos fundamentales y el sistema del control de la constitucionalidad de la legislación ordinaria de las actividades del Poder Ejecutivo,

2. el derecho penal material,

3. el derecho procesal,

4. la adaptación del derecho penal de fondo y de forma para los menores;

5. la ejecución de las penas y medidas,

6. la organización de todas las funciones de la justicia penal,

7. la formación y capacitación del personal tanto en el ámbito de la enseñanza universitaria como de la especialización profesional,

8. la colaboración con la supervisión de la policía y el mejoramiento de su capacidad técnica en la investigación criminal,

9. las relaciones públicas respecto a las reformas y su implementación tanto en el ámbito de los inmediatamente afectados como en el área del público en general,

10. la investigación, evaluación y coordinación científica en todo el campo del orden jurídico-penal y su reforma,

11. la financiación del sistema y de su renovación, y

12. la cooperación internacional.

La magnitud de la tarea está a la vista, pero de ninguna manera una causa para desesperación. Considerando los primeros cambios legislativos realizados y los proyectos presentados en el Sur y Centro de América no es aceptable el argumento que las "realidades" de un país o de una situación no permiten reformas; esto significaría postergar ad infinitum (o la falta de voluntad de tomar) la decisión respecto a cambios. Si las realidades no gustan, hay que cambiarlas. Y en cuanto al primer paso, el más difícil, vale empezar con una mejor aplicación del derecho vigente. Este cambio de espíritu es una garantía de que se tomarán también los demás pasos hacia un orden jurídico-penal en armonía con los Derechos Humanos y, en especial, de la dignidad inviolable de la persona.

