Título original: *Strafverfahrensrecht*, 25ª edición, completamente renovada,
de la obra iniciada y continuada hasta la 8ª edición (1967) por Eduard KERN.
Editorial Beck, Munich, 1998 (ISBN 3-406-44312-5).
© 1998 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich
© 2000 por la edición en castellano Editores del Puerto s.r.l.
© 2001 por la 1ª reimpresión de la edición en castellano Editores del Puerto s.r.l.

La traducción de esta obra al castellano ha contado
con un subsidio de INTER NATIONES (Bonn).

Traducción al japonés de: Nobuyuki YOSHIDA
Traducción al chino de: Dr. Li-chi WU



© Editores del Puerto s.r.l.
Maipú 621 - 2º A
(C1006ACF) Buenos Aires
Teléfono (54-11) 4322-4209/4394-7279
Dirección electrónica: delpuerto@interlink.com.ar

Diseño de tapa: Diego GRINBAUM
Maqueta de interior: Adriana ORLANDO

Impreso en septiembre del 2001 en
LATINGRÁFICA S.R.L.
Rocamora 4161. Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723
ISBN 987-9120-36-1

Impreso en Argentina

Derecho procesal penal

Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin
Profesor ordinario de la Universidad de Munich

Traducción de la 25ª edición alemana de
Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor
revisada por
Julio B. J. Maier

Editores del Puerto s.r.l.
Buenos Aires - 2000

A Julio B. J. Maier y a mis traductores,
Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor,
con profundo agradecimiento.

Índice

Índice de abreviaturas I

Consejos útiles para la lectura IX

Prólogo a la 1ª edición en castellano XIII

Prólogo a la 25ª edición XV

Introducción

§ 1. Concepto y tarea del Derecho procesal penal 1
§ 2. El Derecho procesal penal y su dependencia del orden constitucional 9
§ 3. Las fuentes del Derecho procesal penal alemán 14
§ 4. Bibliografía desde 1945 19
§ 5. Panorama acerca del desarrollo del procedimiento 21

Libro Primero
El Derecho vigente en la República Federal de Alemania

Capítulo 1
Derecho de la organización judicial en materia penal

§ 6. La extensión de la jurisdicción penal alemana. Jurisdicción penal internacional 27
§ 7. La competencia material y la integración de los tribunales penales 28
§ 8. La competencia territorial 38
§ 9. Exclusión y recusación de los miembros del tribunal. Condena anticipada por los medios 41
§ 10. La fiscalía y sus auxiliares 48

Capítulo 2
Los principios del Derecho procesal penal

§ 11. Panorama 77
§ 12. El principio de la persecución penal a cargo del Estado (principio de oficialidad) 81

§ 13. El principio acusatorio 86
§ 14. La obligación de perseguir y acusar (principio de legalidad) 87
§ 15. Los principios probatorios (principios de investigación, inmediación, libre valoración de la prueba e *in dubio pro reo*) 97
§ 16. Los principios de la forma (oralidad y publicidad) y de celeridad 115

Capítulo 3
La posición jurídica de los sujetos del proceso
§ 17. La estructura del proceso penal alemán 121
§ 18. La posición del imputado en el procedimiento penal 123
§ 19. Defensor y asistentes 129

Capítulo 4
Objeto y presupuestos del procedimiento penal; actos procesales; decisiones judiciales
§ 20. El objeto del proceso 159
§ 21. Los presupuestos procesales 165
§ 22. Sobre la teoría de los actos procesales en el proceso penal en general 172
§ 23. Las decisiones judiciales en general 180

Capítulo 5
La adquisición de la prueba, en especial el Derecho probatorio
§ 24. Los fundamentos del Derecho probatorio 185
§ 25. El imputado en el Derecho probatorio 207
§ 26. El testigo 217
§ 27. El perito 237
§ 28. Los medios de prueba materiales 245

Capítulo 6
Medidas coercitivas e injerencias en los derechos fundamentales
§ 29. Fundamentos 249
§ 30. La prisión preventiva 256
§ 31. Detención provisional, averiguación de la identidad y conducción forzada 277
§ 32. El requerimiento de captura 287
§ 33. Internación para observación, examen corporal y medidas de identificación 289
§ 34. Aseguramiento de objetos y vigilancia telefónica 297
§ 35. Registro, puestos de control y redada policial 315
§ 36. Imposición de medidas provisionales 321

Capítulo 7
El procedimiento preliminar y el procedimiento intermedio
§ 37. El procedimiento de investigación 325
§ 38. Conclusión del procedimiento de investigación, sobreseimiento y promoción de la acción 335
§ 39. El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública 341
§ 40. El procedimiento intermedio 347

Capítulo 8
El procedimiento principal en primera instancia
§ 41. La preparación del juicio oral 353
§ 42. El juicio oral 357
§ 43. La extensión de la recepción de la prueba 380
§ 44. Oralidad e inmediación del juicio oral 393
§ 45. La publicidad del juicio oral 405

Capítulo 9
Sentencia, acta de la audiencia y cosa juzgada
§ 46. Concepto y clases, objeto y formación de la sentencia ... 415
§ 47. El pronunciamiento de la sentencia y las decisiones accesorias 419
§ 48. El documento de la sentencia 424
§ 49. El acta de la audiencia 430
§ 50. La cosa juzgada 434

Capítulo 10
Medios de impugnación (la impugnabilidad de las decisiones judiciales)
§ 51. Aspectos generales de la teoría de los recursos 445
§ 52. El recurso de apelación 456
§ 53. La casación 464
§ 54. La queja 487
§ 55. La revisión del procedimiento 491

Capítulo 11
Ejecución de la pena; costas; indemnización
§ 56. La ejecución de la pena y los registros 501
§ 57. Las costas 508
§ 58. Indemnización 511

Capítulo 12
Particularidades del procedimiento ordinario
§ 59. El procedimiento acelerado y el llamado encarcelamiento para la realización del juicio oral 515
§ 60. El procedimiento contra ausentes 520

Capítulo 13
La intervención del ofendido en el procedimiento penal
Advertencia previa 523
§ 61. La acción privada 526
§ 62. La acción adhesiva 533
§ 63. La posición del ofendido en general 538

Capítulo 14
Las clases especiales de procedimiento
§ 64. El procedimiento de seguridad 545
§ 65. El procedimiento por confiscación especial, decomiso y secuestro del patrimonio 548
§ 66. El procedimiento por mandato penal 549

Libro Segundo
Historia y Derecho comparado

Capítulo 15
Historia
Advertencia previa 555
§ 67. Hasta el comienzo de la Recepción 557
§ 68. La Recepción 559
§ 69. La *Peinliche Gerichtsordnung* y el proceso penal alemán común 560
§ 70. La influencia de la Ilustración y de la Revolución Francesa. El proceso penal alemán reformado 563
§ 71. El origen de la RStPO y la evolución hasta 1945 566
§ 72. Sobre la historia del Derecho procesal penal a partir de 1945 y sobre la ulterior reforma 569

Capítulo 16
Derecho comparado
§ 73. Las ideas fundamentales de los ordenamientos procesales extranjeros más importantes 581

Índice por materias 589

Índice de abreviaturas

Los parágrafos citados sin indicación de una ley y sin ninguna referencia especial, en tanto de las circunstancias no resulte algo distinto, pertenecen a la StPO. Los tribunales superiores estaduales, en general, están indicados sólo con el nombre del lugar en el que el tribunal tiene su sede (p. ej., Hamm NStZ...).

ABl.	Amtsblatt (Boletín oficial)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (revista)
AE	Alternativentwurf (Proyecto alternativo)
AfP	Archiv für Presserecht (revista)
AG	Ausführungsgesetz (Ley de introducción), Amtsgericht (tribunal municipal)
AK	Alternativkommentar zur StPO (Comentario alternativo a la StPO), t. 1, §§ 1-93, 1988; t. 2, 1ª parte, §§ 94-212b, 1992; t. 2, 2ª parte, §§ 213-275, 1993; t. 3, §§ 276-477, 1996
AnwBl	Anwaltsblatt (revista)
AO	Abgabenordnung (Ordenanza tributaria)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (revista)
AuslG	Ausländergesetz (Ley de extranjería)
BAnz	Bundesanzeiger (Boletín Federal)
Baumann, Grundbegriffe	Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, 1979, 3ª ed.
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts 1802 bis 1956 (Colección del Derecho estadual de Baviera de 1802 a 1956)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo Estadual de Baviera)
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, amtliche Sammlung (Sentencias del Tribunal Supremo Estadual de Baviera en materia penal, colección oficial)
BayPresseG	Bayerisches Pressegesetz (Ley de prensa de Baviera) del 3/10/49 (BayRS 2250-1-I)
BayRS	Bayerische Rechtssammlung (Colección de leyes de Baviera)
BayVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern (Constitución del Estado libre de Baviera) del 2/12/1946
BayVerfGH	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Colección de sentencias del Tribunal Administrativo Bávaro, con sentencias del Tribunal Constitucional Bávaro)
BBG	Bundesbeamtengesetz (Ley de funcionarios federales), en versión del 27/ 2/ 85 (BGBl. I, 479)
Beulke	Beulke, Strafprozeßrecht, 1998, 3ª ed.

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia civil)
BJM	Bundesjustizministerium (Ministerio de Justicia Federal)
BKA	Bundeskriminalamt (Oficina Criminal Federal)
Blei	Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 1983, 18ª ed.
BR	Bundesrat (Consejo Federal)
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte (Ordenanza federal de honorarios para abogados) del 26/7/57 (BGBl. I, 907)
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer (Colegio federal de abogados)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung (Ordenanza federal de abogados) del 1/8/59 (BGBl. I, 565)
BR-Drucks	Bundesratsdrucksache (Boletín parlamentario, Consejo Federal)
BremStGH	Staatsgerichtshof Bremen (Tribunal del Estado de Bremen)
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz (Ley de marco jurídico para funcionarios) en su versión del 27/2/1985 (BGBl. I, 462)
BT	Bundestag (Dieta Federal)
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache (Boletín parlamentario, Dieta Federal)
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz) [Ley sobre el tráfico de estupefacientes (ley de estupefacientes)] del 28/7/1981 (BGBl. I, 681)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, colección oficial)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal) en la versión del 12/12/1985 (BGBl. 1, 2229)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung (Sentencias del Tribunal Administrativo Federal, colección oficial)
BVG	Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz) [Ley de asistencia a las víctimas de la guerra (Ley federal de asistencia)] en la versión del 22/1/1982 (BGBl. I, 21)
BZRG	Bundeszentralregistergesetz (Ley sobre el Registro Central Federal) en la versión del 21/9/1984 (BGBl. I, 1229, ber. 1985 I, 1995)
CCC	Constitutio Criminalis Carolina de 1532 (= PGO)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (revista)
DRB	Deutscher Richterbund (Unión Alemana de Jueces)
DRiG	Deutsches Richtergesetz (Ley alemana de la judicatura) en la versión del 19/4/72 (BGBl. I, 713)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (revista)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (revista)
DStR	Deutsches Steuerrecht (revista)
DStrZ	Deutsche Strafrechtszeitung (revista)

DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (revista)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Boletín alemán de la Administración)
E	Entwurf (Proyecto); Entscheidungssammlung (colección de sentencias)
EG	Einführungsgesetz (Ley de introducción)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)
EGOWiG	Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de introducción a la ley sobre contravenciones) del 24/5/1968 (BGBl. I, 503)
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (Ley de introducción al Código Penal) del 2/3/1974 (BGBl. I, 469)
Eisenberg, BewR	Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 1996, 2ª ed.
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte (Comisión Europea de Derechos Humanos)
EuGRZ	Europäische Grundrechte, Zeitschrift (revista)
EuRHÜbK	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (Tratado europeo sobre asistencia jurídica en causas penales) del 20/4/1959
FDJ	Freie Deutsche Jugend (Partido Juventud alemana libre)
Fezer	Fezer, Juristischer Studienkurs, 1995, 2ª ed. (citado por caso y por número marginal)
FG	Festgabe (Libro-homenaje)
FS	Festschrift (Libro-homenaje)
FS SKG	Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, 1992
G	Gesetz (ley)
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht (revista)
GBA	Generalbundesanwalt (Procurador General Federal)
GemS	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Sala Conjunta de los tribunales supremos de la Federación)
GenStA	Generalstaatsanwalt (Fiscal General)
GewO	Gewerbeordnung (Ordenanza industrial) en la versión del 1/1/1987 (BGBl. I, 425)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania) del 23/5/1949 (BGBl., 1)
GKG	Gerichtskostengesetz (Ley de costas judiciales) en la versión del 15/12/75 (BGBl. I, 3047)
Gössel	Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977
GrS	Großer Senat (Gran Sala)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Protección jurídica industrial y derechos de autor, parte internacional)
GS	Gedächtnisschrift (libro en memoria)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt (Boletín oficial de leyes y ordenanzas)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de organización judicial) en la versión del 9/5/1975 (BGBl. I, 1077)

Henkel	Henkel, Strafverfahrensrecht, 1968, 2ª ed.
Henkel	*idem*, 1953, 1ª ed.
Hess.StGH	Hessischer Staatsgerichtshof (Tribunal del Estado de Hesse)
HGB	Handelsgesetzbuch (Código de Comercio) del 10/5/1897 (RGBl., 219)
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Ley sobre asistencia jurídica internacional en causas penales) del 23/12/1982 (BGBl. I, 2071)
JA	Juristische Arbeitsblätter (revista)
Jakobs, AT	Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1991, 2ª ed.
Jauernig	Jauernig, Zivilprozeßrecht, 1998, 25ª ed.
JBl.	Juristische Blätter (revista)
Jeschek	Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, 5ª ed.
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Ley de tribunales de jóvenes) en la versión del 11/12/74 (BGBl. I, 3427)
JK	Jura-Kartei, Beilage der Zeitschrift Juristischer Ausbildung (Jura) (suplemento de la revista Juristische Ausbildung)
JMBl.	Justizministerialblatt (Boletín del Ministerio de Justicia)
JMBlNRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (Boletín del Ministerio de Justicia para el Estado de Renania del Norte)
JR	Juristische Rundschau (revista)
Jura	Juristische Ausbildung (revista)
JuS	Juristische Schulung (revista)
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg (Boletín oficial del Ministerio de justicia de Baden-Wurtemberg)
JVBl.	Justizverwaltungsblatt (Boletín de la Administración judicial)
JW	Juristische Wochenschrift (revista)
JZ	Juristenzeitung (revista)
Kern, GVR	Kern, Gerichtsverfassungsrecht, 1965, 4ª ed.
KG	Kammergericht (Tribunal de Cámara –se trata del Tribunal Superior Estadual de Berlín oeste–)
Kissel	Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 1994, 2ª ed.
KK	Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, 1993, 3ª ed.
Kl/M	Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung (Kurzkommentar), 1997, 43ª ed.
KMR	Fezer/Paulus (comps.), Kommentar zur Strafprozeßordnung, estado: marzo 1998 (citado: KMR-Müller, etc.)
KO	Konkursordnung (Ley concursal) del 10/2/1877 (RGBl., 351)
Krey, I	Krey, Strafverfahrensrecht I, 1988
Krey, II	Krey, Strafverfahrensrecht II, 1990
KrimJ	Kriminologisches Journal (revista)
KritJ	Kritische Justiz (revista)
KritVj	Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (revista)
KUG	Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Ley relativa a los derechos de autor sobre obras de arte gráfico y de fotografía) del 9/1/1907 (RGBl., 7)

Kühne	Kühne, Strafprozeßlehre, 1993, 4ª ed.
Kutsch	Kutsch, Auslieferung und sonstige Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten (Textausgabe), 1990
Lackner	Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 1997, 22ª ed.
LG	Landgericht (Tribunal Estadual)
LK	Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 10ª ed., desde 1978; 11ª ed., desde 1992
LM	Lindenmaier-Möhring; obra de consulta del BGH
Löffler, PresseR	Kommentar zu den Landespressegesetzen der BRD, fundado por Löffler, 1997, 4ª ed.
LR, 23ª ed.	Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23ª ed., 6 tomos, 1976-80
LR, 24ª ed.	*idem*, 24ª ed., 1984-1996
LR, 25ª ed.	*idem*, 25ª ed., desde 1997
M/D/[autor]	Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar (estado a diciembre de 1997)
Maurach-Zipf 1	Maurach-Zipf, Strafrecht, AT, volumen 1, 1992, 8ª ed.
Maurach-Zipf 2, o Maurach-Gössel 2	Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, AT, volumen 2, 1989, 7ª ed.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (revista)
Meurer	Meurer, Strafprozeßrecht, 1991, 3ª ed.
MiStra	Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (disposición sobre comunicaciones en causas penales) del 15/3/85
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten (Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) del 4/11/1950 (BGBl. 1952 II, 685)
MschrKrim.	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista)
MSchrKrimPsych.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie (Kriminalbiologie) und Strafrechtsreform (revista)
NJ	Neue Justiz (revista)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht (NStZ, Jurisprudencia Penal)
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (revista)
OEG	Opferentschädigungsgesetz (Ley sobre indemnización para la víctima) en la versión del 7/1/85 (BGBl. I, 1)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior Estadual)
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht (Sentencias de los tribunales superiores estaduales en Derecho penal y Derecho procesal penal)
OpferschutzG	Opferschutzgesetz (Ley de protección a la víctima)
Opferanspruchs-sicherungsG	Opferanspruchssicherungsgesetz (Ley de aseguramiento de los derechos de la víctima)
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität

	(Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras manifestaciones de la criminalidad organizada) (OrgKG) del 15/7/1992 (BGBl. I, 1302)
OVG	Oberverwaltungsgericht (Tribunal Superior Administrativo)
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (Sentencias de los tribunales superiores administrativos para el Estado de Renania del Norte/Westfalia en Münster, así como para los estados de la Baja Sajonia y Slesvig-Holstein en Luneburgo)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley sobre contravenciones) en la versión del 19/2/1987 (BGBl. I, 602)
PAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz) (Ley sobre las funciones y facultades de la policía estadual de Baviera –Ley sobre las funciones policiales–) en la versión del 14/9/1990 (GVBl., 397)
PdW	Roxin, Strafprozeßrecht, 1997, 15ª ed. (Prüfe dein Wissen, Heft 11)
Peters	Peters, Strafprozeß, 1985, 4ª ed.
PflVersG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter (PflichtversicherungsG) [Ley sobre el seguro obligatorio para los propietarios de vehículos automotores] del 5/4/65 (BGBl. 1, 213)
Ranft	Ranft, Strafprozeßrecht, 1995, 2ª ed.
RAO	Rechtsanwaltsordnung (Ordenanza para abogados) del 1/7/1878 (RGBl., 177)
RG	Reichsgericht (Tribunal del Imperio)
RGBl.	Reichsgesetzblatt (Boletín oficial del Imperio)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal del Imperio en materia penal)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Sentencias del Tribunal del Imperio en materia civil)
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (Instrucciones para el procedimiento penal y para el procedimiento para la imposición de una multa) en la versión del 1/10/1988 (BAnz. Nr. 183)
RiVASt.	Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtl. Angelegenheiten (Instrucciones para las relaciones con el extranjero en cuestiones de Derecho penal) del 18/9/1984 (BAnz. Nr. 176)
Roxin, AT I, 3ª ed.	Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. I, 1997, 3ª ed.
RPflG	Rechtspflegergesetz (Ley sobre la administración de justicia) del 5/11/1969 (BGBl. I, 2065)
Rudolphi-S	Wolter (comp.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Symposion zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi, 1995
RuP	Recht und Politik (revista)
Rüping	Rüping, Das Strafverfahren, 1997, 3ª ed.

Sarstedt-Hamm	Sarstedt-Hamm, Die Revision in Strafsachen, 1983, 5ª ed.; 1998, 6ª ed. (citado por número marginal)
Sartorius	Sartorius I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik
Schäfer, Praxis	Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, 1992, 5ª ed.
Schaffstein/Beulke	Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, 1995, 12ª ed.
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Schlüchter	Schlüchter, Das Strafverfahren, 1983, 2ª ed.
Schlüchter, StPR	Schlüchter, Strafprozeßrecht, 1995, 2ª ed.
Eb. Schmidt, I	Eberhardt Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG; Teil I, Grundlagen, 1964, 2ª ed.
II	Teil II, StPO und EGStPO, 1957
III	Teil III, GVG und EGGVG, 1960
Nachtr. I	Nachtragsband I: Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, 1967
Nachtr. II	Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, 1970
Eb. Schmidt, Aufsätze	Eb. Schmidt, Strafprozeß und Rechtsstaat, Strafprozeßrechtliche Aufsätze und Vorträge (1952-1969), 1970
Eb. Schmidt, Kolleg	Eb. Schmidt, Deutsches Strafprozeßrecht. Ein Kolleg, 1967
Schönfelder	Schönfelder, Deutsches Gesetze
Sch-Sch	Schönke-Schröder, StGB (Kommentar), 1997, 25ª ed.
Fr.-Chr. Schroeder	Fr.-Chr. Schroeder, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Strafprozeßrecht, 1983, 2ª ed.
Schroeder, StPR	Schroeder, Strafprozeßrecht, 1997, 2ª ed.
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (revista)
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (Partido Socialista Unificado de Alemania)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (revista)
SK	Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüchter/Wolter, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, desde 1986, estado a diciembre de 1997
StA	Staatsanwaltschaft; Staatsanwalt (fiscalía; fiscal)
Stasi	Staatssicherheitsdienst (Servicio de Seguridad del Estado)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal) en la versión del 10/3/1987 (BGBl. I, 945)
StPÄG 1964	Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG (Ley para la modificación de la StPO y de la GVG) del 19/12/1964 (BGBl. I, 1067)
StPÄG 1986	Gesetz zur Änderung der StPO (Ley para la modificación de la StPO) del 19/4/86 (BGBl. I, 537)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal) en la versión del 7/4/1987 (BGBl. I, 1074)
StraFO	Strafverteidigerforum (revista)
StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (Ley sobre indemnización por medidas de persecución penal) del 8/3/1971 (BGBl. I, 157)
StrRÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz (Ley para la modificación del Derecho penal)
StrRG	Strafrechtsreformgesetz (Ley para la reforma del Derecho penal)
StrV	Strafverteidiger (revista)

StrVollstrO	Strafvollstreckungsordnung (Ordenanza para la ejecución de la pena) en la versión del 1/11/1987
StVÄG 1979	Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 (Ley para la modificación del procedimiento penal de 1979) del 5/10/1978 (BGBl. I, 1645)
StVÄG 1987	Strafverfahrensänderungsgesetz 1987 (Ley para la modificación del procedimiento penal de 1987) del 27/1/1987 (BGBl. I, 475)
StVG	Straßenverkehrsgesetz (Ley de circulación vial) del 19/12/1952 (BGBl. I, 837)
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung (Ordenanza de circulación vial) del 16/11/1970 (BGBl. I, 1565; 1971 I, 38)
StVollzG	Strafvollzugsgesetz (Ley de ejecución penal) del 16/3/1976 (BGBl. I, 581, 2088 y 1977 I, 436)
1. StVRG	Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (Primera ley para la reforma del Derecho procesal penal) del 9/12/1974 (BGBl. I, 3393)
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (Ordenanza de admisión de vehículos a la circulación vial) en la versión del 28/9/88 (BGBl. I, 1793)
Tröndle	Strafgesetzbuch (Kurzkommentar), 1997, 48ª ed.
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Ley sobre derechos de autor y derechos de protección relacionados] (Urheberrechtsgesetz) del 9/9/1965 (BGBl. I, 1273)
UVollzO	Untersuchungshaftvollzugsordnung (Ordenanza sobre la ejecución de la prisión preventiva) en la versión del 15/12/76
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal) del 7/6/1909 (RGBl., 499)
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (Ley sobre coerción directa en el ejercicio del poder público por los funcionares federales a cargo de la ejecución) del 10/3/1961 (BGBl. I, 165)
VBG	Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) [Ley para la modificación del Código Penal, de la Ordenanza Procesal Penal y de otras leyes (Ley para la lucha contra el crimen)] del 28/10/1994 (BGBl. I, 3186)
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Jurisprudencia administrativa en Alemania)
VO	Verordnung (ordenanza)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Ordenanza de los tribunales administrativos) del 21/1/60 (BGBl. I, 17)
WaffG	Waffengesetz (Ley sobre armas) en la versión del 8/3/1976 (BGBl. I, 432)
WDO	Wehrdisziplinarordnung (Ordenanza de disciplina militar) en la versión del 4/9/72 (BGBl. I, 1665)
Welzel	Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, 11ª ed.
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (revista), desde 1982
Wolf	Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 1987, 6ª ed.

WV	Weimarer Verfassung (=Verfassung des Deutschen Reichs v. 11.8.1919, RGBl., 1383) [Constitución de Weimar (= Constitución del Imperio Alemán) del 11/8/1919]
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (revista)
ZeugenschutzG	Zeugenschutzgesetz (Ley de protección de los testigos)
ZPO	Zivilprozeßordnung (Ordenanza Procesal Civil) en la versión del 12/9/1950 (BGBl., 533)
ZRG, Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung (revista)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista)
ZStW-Beiheft Teheran	Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Teheran 1974, Suplemento de la ZStW
ZustVO	Zuständigkeitsverordnung (Reglamento sobre competencia)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (revista)

Consejos útiles para la lectura

1. Para una lectura provechosa es indispensable tener a mano los textos legales citados. Existen tres traducciones de la **Ordenanza Procesal Penal** alemana (*Strafprozeßordnung* = StPO), título también traducido como **Código Procesal Penal** alemán: la de mayor actualidad responde a un equipo de traductores, coordinados por Emilio EIRANOVA ENCINAS, y fue publicada por Marcial Pons (Madrid, 2000) bajo el título de *Código Penal alemán StGB - Código Procesal Penal alemán StPO*; ella posee una doble ventaja, pues, debido a su reciente publicación, se trata de los textos legales citados por el Prof. ROXIN y comprende, también, el texto del *Código Penal alemán StGB* (*Strafgesetzbuch*), múltiplemente citado. En orden de antigüedad, le sigue la traducción del Prof. Juan L. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, que incluye una introducción al sistema procesal penal alemán y la traducción de la Ley de Organización Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz* = GVG) y de otros textos legales de importancia para el régimen de enjuiciamiento penal alemán, frecuentemente citados, a la par de un extenso glosario. La más antigua traducción es la de Julio B. J. MAIER (*La Ordenanza procesal penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, vol. I, 1978 y vol. II, 1982), quien corrigió la traducción de este libro: su texto está desactualizado, pues responde a la época de la pequeña reforma procesal penal alemana de 1964, pero sus comentarios extensos no carecen hoy de valor. Para el conocimiento de la organización judicial alemana: Rodolfo E. WITTHAUS, *Poder judicial alemán*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, que presenta amplias explicaciones sobre la estructura judicial germana y una traducción de los principales textos normativos que regulan la materia (la GVG ya citada y la Ley de la Judicatura Alemana [*Deutsches Richtergesetz* = Drig], entre otros).

Además de la traducción del **Código Penal alemán** ya citada, puede consultarse la traducción de Claudia LÓPEZ DÍAZ, *Código Penal Alemán (StGB)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999; ambas reflejan el estado actual de la legislación penal en la República Federal de Alemania.

II. La mayor dificultad a enfrentar por el lector (y previamente por los traductores) consiste en compatibilizar un texto referido a las instituciones jurídicas de un país (República Federal de Alemania) con las instituciones de un sinnúmero de países de lengua castellana a los que pertenecen los lectores posibles (así, p. ej., *Hauptverhandlung* y *Amtsgericht* han sido traducidos como "debate" y "tribunal municipal" por MAIER, *op. cit.*, y propuestos como "vista principal" y "juzgado de distrito" por el glosario de GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*). De la misma manera hemos traducido, si se quiere, arbitrariamente, los nombres de los demás tribunales de la organización judicial alemana, según consta en el índice de abreviaturas. Este problema es insuperable, sobre todo para el lector que no frecuente el Derecho comparado y basta con advertirlo, según la lista de abreviaturas y las advertencias desarrolladas a continuación.

El único intento por superar esta dificultad ha sido, en primer lugar, utilizar las frecuentes abreviaturas alemanas del texto, cuyo equivalente castellano aproximado consta arriba, y, en algunos casos prescindir de las voces utilizadas por todas las leyes de países de habla castellana, para acuñar una denominación nueva, que ya de por sí advierte al lector sobre la dificultad .

III. Adhäsionsverfahren ("procedimiento por anexión") es la forma que adopta en el Derecho procesal penal alemán el ejercicio de la acción civil *ex delito*, ejercida ante un tribunal penal accesoriamente. Hubiera sido más sencillo traducir "procedimiento por adhesión", pero presentaba dificultades anfibológicas con el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido (*Nebenkläger* = acusador adhesivo, *Nebenklage* = acción adhesiva, ver *infra*), razón por la cual nos inclinamos por la correspondencia del texto.

Bundesrat (Consejo Federal) y *Bundestag* (Dieta Federal) representan a los dos órganos legislativos de la República Federal Alemana, el primero representación de los estados federados y el segundo parlamento de representación popular general con diputados.

Bußgeld, en castellano "enmienda", sanción que consiste en una pena pecuniaria generalmente a favor de la víctima o del Estado perjudicado. No se trata del mismo concepto que la *Geldstrafe*, "multa", ni que la *Vermögensstrafe*, "pena patrimonial" o "pecuniaria".

Faires Verfahren o "procedimiento llevado a cabo con lealtad" proviene de la expresión anglosajona *fair trial*, hoy extendida universalmente, que no representa en el texto, exactamente, las más usadas entre nosotros: debido proceso, proceso legal o juicio justo.

Gesetzlicher Richter ("juez o tribunal establecido por la ley") fue preferido a la literalidad tosca de "juez legal", corriente en algunos países hispanohablantes o a "juez natural" y "juez ordinario", utilizadas en otros países de ese ámbito: se trata del tribunal cuya competencia territorial, material o por conexión está previamente establecida por ley.

Hauptverhandlung: "juicio oral", expresión autoevidente, incluso para el lego, aunque no se corresponda exactamente con la traducción de las dos palabras alemanas unidas.

Justizförmigkeit des Strafverfahrens o *justizförmiges Verfahren* representa a un principio de elaboración propia por el Derecho procesal penal alemán: la exigencia, como dijera Ernst BELING, de una regulación fija de clase y forma sobre el procedimiento a utilizar para perseguir y juzgar un hecho punible. Según el giro, lo hemos traducido como "procedimiento penal estrictamente regulado por la ley", "principio de formalidad del proceso" y, en alguna ocasión, "legalidad o legitimidad del procedimiento". En esta correlación resulta evidente la necesidad de la traducción de hallar expresiones sintéticas para un concepto que en castellano no tiene, exactamente, una designación de ese tipo.

Nebenklage ("acción adhesiva") y *Nebenkläger* ("acusador adhesivo") designan a quien, en los casos previstos por la ley, se adhiere a la acción penal pública (principal) ejercida por la fiscalía. Por razones ya expresadas genéricamente no utilizamos la palabra más extendida, en idioma castellano, "querellante", con el objeto de agregado de no confundirlo con la *Privatklage* ("acción privada") y el *Privatkläger* ("acusador privado"), acción que, en los casos previstos por la ley, representa una condición para la realización de la voluntad expresada en la ley penal, y actor que ejerce de modo exclusivo la facultad de perseguir penalmente al infractor. Desde otro ángulo, hemos preferido "acusador adhesivo" a "acusador conjunto", porque la acción que ejerce es siempre accesoria a la ejercida por el Estado, por intermedio de la fiscalía, y, por lo tanto, el "acusador adhesivo" no posee todas las facultades del verdadero actor penal en estos casos (aunque sus facultades sean extensas).

Notwendiger Verteidiger ("defensor necesario") y *Pflichtverteidiger* ("defensor obligatorio", en ocasiones "defensor de oficio") involucra la institución universal que refiere a la necesidad de asistencia jurídica para resistir la imputación penal, vulgarmente llamada entre nosotros "defensor oficial" o "defensor de oficio". Los sistemas de defensa oficiales no resultan fácilmente transplantables entre sí, razón por la cual tampoco son traducibles, por conceptos sintéticos, de una a otra lengua. En Alemania no siempre se requiere un defensor para todo proceso penal y, por lo tanto, puede haber casos o etapas del procedimiento en los cuales el imputado que no pueda o no quiera elegir su defensor carezca de asesoramiento técnico. Cuando ello es indispensable, según los casos previstos en la ley, y el imputado no hace uso de su derecho de elegir un defensor, el juez designa a quien lo asistirá jurídicamente (conforme a las previsiones de cada uno de los estados federados).

Staatsanwaltschaft: fiscalía, voz que por su brevedad evita identificaciones con Derechos nacionales (ministerio público o ministerio público fiscal), no siempre coincidentes en organización y funciones entre sí y con

la ley alemana (se trata del órgano previsto para la persecución penal estatal), y responde a su origen.

Strafvollstreckung ("ejecución de la pena", de cualquiera de las existentes) y *Strafvollzug* ("ejecución penal", pero sólo de la pena privativa de libertad): el idioma no proporciona fundamento para el uso jurídico extendido de esta distinción, fácilmente comprendida por los juristas alemanes. En general, *Strafvollstreckung* comprende la ejecución de todas las penas y medidas que no consisten en la privación de la libertad y, también, los trámites judiciales para comenzar la ejecución de la pena privativa de libertad, mientras que *Strafvollzug* designa el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Verbrechen ("crimen"), *Vergehen* ("delito") y *Übertretung* ("contravención" o "falta") representan la manera tradicional de dividir las infracciones, según su gravedad, del Derecho penal alemán –influencia francesa–. Las *Übertretungen* pasaron a ser, modernamente, *Ordnungswidrigkeiten* ("contravenciones al orden") y fueron trasladadas del Derecho penal al Derecho administrativo sancionatorio.

IV. A más de las explicaciones ya expuestas respecto de ciertas voces básicas, conviene advertir que una serie de conceptos debidos a las nuevas técnicas de investigación y prueba en materia penal, son, incluso, nombradas por el Derecho procesal penal alemán según designaciones vulgares, que, en la traducción, reciben también designaciones de ese tipo, aún no cimentadas suficientemente en los derechos procesales penales de habla hispana. Así, *Kronzeuge* ("testigo de la Corona o arrepentido"), *Lock- Polizeispitzel* ("agente provocador"), *Hörfalle* ("interrogatorio por ardid"), Lausch- große Lauschangriff ("espionaje acústico"), *Schleppnetzfahndung* ("red de búsqueda informática"), *Rasterfahndung* ("búsqueda selectiva por ordenador"), *Datenabgleich* ("comparación de datos"), *Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung* ("sometimiento a observación policial"), entre otros métodos de investigación. La conservación de un mínimo de racionalidad en la traducción al castellano fue imposible, como lo es también su compatibilización con derechos elementales y básicos de la persona humana. El lector deberá consultar asiduamente las reglas legales al respecto, citadas por el autor, cuyo texto, ordinariamente, supera de manera amplia todo lo conocido como extensión de una disposición jurídica práctica.

Antes de finalizar nuestra labor, los traductores y revisores queremos agradecer la valiosa ayuda que nos prestó el Dr. Harald NIEDERMAIR –siempre solícito, veloz y de fino humor– para aclarar algunos conceptos del libro, subsanar omisiones y precisar interpretaciones de su texto.

Prólogo a la 1ª edición en castellano

Es para mí un especial honor y un motivo de júbilo poder presentar mi libro sobre *Derecho procesal penal* a los juristas argentinos y, además, a los estudiosos del Derecho procesal penal de habla hispana en todo el mundo y en su propio idioma. Desde hace décadas, este libro ha tenido muchos lectores en Alemania y yo espero, realmente, que la edición española pueda profundizar el trabajo de cooperación internacional en el ámbito del Derecho procesal penal. Mi gran agradecimiento a los traductores Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR, así como a mi respetado amigo y colega, Julio B. J. MAIER, quien desarrolló el proyecto y tomó a su cargo la dirección. Yo conozco muy bien el enorme esfuerzo que requiere traducir una obra tan extensa, con sus innumerables detalles y miles de indicaciones sobre las fuentes. ¡Tanto mayor es mi admiración y agradecimiento por esta tarea!

Con esta traducción se proporciona a los lectores argentinos, y a todos los lectores de habla hispana, un libro en el que se presenta al Derecho procesal penal alemán al día, según su estado actual. En él están consideradas las numerosas modificaciones de la ley de los últimos años e indicadas, también, todas las decisiones judiciales, libros y artículos importantes sobre el Derecho procesal penal alemán. Todo aquel que se quiera ocupar del más reciente Derecho procesal penal alemán, ya sea desde el punto de vista del Derecho comparado u orientado a sus problemas, hallará en este libro, en suma, no sólo mi propia posición, sino también muchas otras referencias que le servirán de guía.

El libro que presento constituye la tercera traducción de esta obra, después de la japonesa y la china. El mérito de ello no sólo debe adjudicarse al Prof. Julio MAIER y a mis traductores, sino también a Editores del Puerto, en Buenos Aires, que publicó el libro, y a Inter Nationes, en Bonn, que apoyó esta traducción. ¡También a ellos mi profundo agradecimiento! La traducción de un libro a los idiomas más hablados del mundo posibilita una internacionalización de nuestra ciencia, que en los tiempos de la globalización es más necesaria que nunca. ¡Mis mejores deseos acompañan a la edición argentina!

Munich, agosto del 2000
Claus ROXIN

Prólogo a la 25ª edición

La 25ª edición de este libro –¡una edición aniversario!– sigue a su predecesora sólo después de tres años. Pero, precisamente por eso, ella presenta modificaciones más importantes que alguna de las anteriores revisiones. Ello se debe a diferentes razones. En primer lugar fue necesario trabajar las múltiples reformas legales; en parte esenciales (la regulación de la investigación genético-molecular, la introducción del encarcelamiento para la realización del juicio oral, la nueva ley de protección de testigos, la ley de protección de los derechos de la víctima, la nueva versión de la ley de la Oficina Criminal Federal y, finalmente, el "espionaje acústico en los domicilios"). También fueron necesarias valoraciones más específicas de los nuevos e importantes desarrollos de la jurisprudencia (p. ej., sobre los acuerdos judiciales, los problemas de la regulación del agente encubierto, los "interrogatorios por ardid", el derecho a consultar al defensor, la llamada solución contrapuesta y el control judicial de registros y secuestros). Además, debieron ser consideradas, aunque en forma abreviada, las discusiones actuales de política jurídica (p. ej., sobre la crisis del derecho de ofrecer prueba y del principio *in dubio pro reo*, sobre la importancia creciente y la "policialización" del procedimiento de investigación, sobre el abuso del derecho de defensa y sobre la exigencia de los medios de comunicación de informar desde el juicio oral). Algunas secciones (p. ej., fiscalía, defensa, prohibiciones probatorias) han sido completamente reelaboradas y nuevamente estructuradas. Más allá de ello, han sido analizados todos los demás libros, artículos y decisiones nuevos, en tanto ello es posible y tiene sentido en el marco de un libro de estudio. Por otra parte, he intentado facilitar la lectura a través de la introducción de numerosos subtítulos intermedios nuevos. Por ello, a nadie sorprenderá que la extensión del libro, como consecuencia de estas innovaciones (y a pesar de la supresión de las indicaciones bibliográficas más antiguas), haya crecido en 50 páginas. Sólo puedo esperar que el usuario se sienta recompensado por el mayor contenido informativo y por una más fácil lectura del texto –también intentada a través del aumento de las notas de pie de página–.

La bibliografía y la jurisprudencia han sido consideradas hasta el fin de 1997, en algunos casos incluso más allá. La colección de sentencias del Tribunal Supremo Federal (BGHSt) ha sido analizada hasta el tomo 43, 4° cuaderno.

Para mi alegría, después de la traducción japonesa, ha aparecido en 1998 también la versión china del libro. Una traducción al castellano está en preparación.

* N. del T.: Prueba tu conocimiento (Casos jurídicos en preguntas y respuestas).

Una palabra más sobre la relación de este libro de estudio con mi volumen *Strafprozeßrecht* (15ª ed., 1997), publicado por la misma Editorial en la serie *Prüfe dein Wissen* (*Rechtfälle in Fragen und Antwort*)*. Ambas obras de enseñanza, que se diferencian entre ellas esencialmente por su estructura y por el método de su presentación, de acuerdo con los distintos fines que se propone cada una en la delimitación de su contenido, están completas en sí mismas y pueden ser utilizadas independientemente una de otra. De todos modos, el libro *Prüfe dein Wissen* constituye un complemento para este breve tratado, en tanto brinda para ello una colección de casos y, en particular, expone mucho más detalladamente la jurisprudencia con los hechos del caso y los motivos de las decisiones más importantes, ya que ello es posible y práctico en esa exposición sistemática. Para que ese material pueda ser investigado por el lector interesado, en este breve tratado están indicados en cursiva los lugares en que esas decisiones continúan siendo tratadas en el volumen *Prüfe dein Wissen*; ellas pueden ser encontradas sin esfuerzo en la colección de jurisprudencia con ayuda del índice de resoluciones anexo.

Mi cordial agradecimiento vale para todos los que me han apoyado en esta edición: ante todo para los señores Christoph KNAUER y el Dr. Harald NIEDERMAIR, pero también para los señores Dr. Christian JÄGER, Dr. Manfred HEINRICH, como también para la señora estudiante de Derecho, Verena SABAß, para el señor estudiante de Derecho Johannes BROSE y para mi secretaria, señora Monika SEEBECK. Un agradecimiento especial debo efectuar una vez más a mi fiel amigo y consejero, señor Prof. Dr. Hans ACHENBACH.

Munich, julio de 1998
Claus ROXIN

Introducción

§ 1. Concepto y tarea del Derecho procesal penal

Bibliografía: *Eb. Schmidt*, Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftl. Behandlung des Strafprozeßrechts, ZStW 65 (1953), 161; *idem*, Die Sache der Justiz, 1961; *Schmidhäuser*, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, Eb. Schmidt-FS, 1961, 511; *Peters*, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, 1963; *idem*, Individualgerechtigkeit und Allgemeininteresse im Strafprozeß, en: Summum ius - summa iniuria, 1963, 191; *Geerds*, Strafrechtspflege und prozessuale Gerechtigkeit, SchlHA 1964, 57; *J. Meyer*, Dialektik im Strafprozeß, 1965; *Eb. Schmidt*, Der Strafprozeß, NJW 69, 1137; *Peters*, Die ethischen Grundlagen des Strafprozesses, Würtenberger-FS, 1977, 77; *Kühne*, Strafverf.recht als Kommunikationsproblem, 1978; *Volk*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß, 1980; *Tiedemann*, Die Auslegung des Strafprozeßrechts, Peters-FG II, 1984, 131; *Hassemer*, Unverfügbares im Strafprozeß, Maihofer-FS, 1988, 183; *Nestler-Tremel*, Der Handel um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, DRiZ 88, 288; *Jung/Müller-Dietz* (comps.), Dogmatik und Praxis des Strafverf., 1989; *Neumann*, Funktionale Wahrheit im Strafverf., en: Jenseits des Funktionalismus, 1989, 73; *idem*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverf., ZStW 101 (1989), 52; *Wolter*, Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß, Meyer-GS, 1990, 493; *Bottke*, Materielle und formelle Verf.gerechtigkeit im demokrat. Rechtsstaat, 1991; *Grasnick*, Der Strafprozeß als mentaler Diskurs und Sprachspiel, JZ 91, 285; *H. Chr. Maier*, Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß, 1991; *Roxin*, Die Rspr. des BGH zum Strafverf.recht, en: *Jauernig/Roxin*, 40 Jahre BGH, 1991, 66; *Brause*, Faires Verf. und Effektivität im Strafprozeß, NJW 92, 2865; *Strate*, Wahrheit und Gerechtigkeit als Intention der Strafrechtspflege, en: 16. Strafverteidigertag, 1992, 23; *Rieß*, Verfassungsrecht und Strafprozeß, StrafFo 95, 94; *Schlüchter*, Wert der Form im Strafprozeß, Rudolphi-S., 1995, 205; *Volk*, Diverse Wahrheiten, Salger-FS, 1995, 411; *Wolter*, Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, Nachschau und Ausblick, Rudolphi-S., 1995, 267.

A. Derecho penal y Derecho procesal penal

El *Derecho penal material*, cuyas reglas fundamentales están contenidas en el StGB, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho. Para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel, en caso de que se cometa un delito. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley. A la vez, la expresión proceso "jurídicamente regulado" comprende tres ideas: sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del Derecho penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias de hecho demostradas; simultáneamente, ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del in-

dividuo; y, finalmente, ellas deben lograr la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada. El *Derecho procesal penal* (también llamado Derecho penal formal) representa la síntesis del conjunto de las normas que sirven a ese fin. Ellas están reunidas preponderantemente en la StPO (ver, en particular, *infra* § 3).

B. Tarea y fin del Derecho procesal penal

I. El derecho de penar está hoy reservado al Estado. De ese monopolio del poder penal en el Estado resultan las tres *tareas* que, con cierta espontaneidad e inevitabilidad, fueron asignadas al Derecho procesal penal. Pues si el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento. Este desarrollo, con el cual, a partir de la supresión del derecho de venganza privada, surgieron los Derechos penal y procesal penal modernos, tuvo consecuencias muy benéficas para la libertad y seguridad del individuo. Por otra parte, no se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro para aquel que, siendo quizá inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado (sobre esto, ver *infra* § 2). Los límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecusiones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa, caracterizan al *principio de formalidad* del procedimiento. Aunque la sentencia consiga establecer la culpabilidad del acusado, el juicio sólo será adecuado al ordenamiento procesal (principio de formalidad), cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido lesionada en perjuicio del imputado. En un procedimiento penal propio del Estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica. Las consecuencias que de ello son derivables para el Derecho procesal penal requieren una explicación más detallada, que sigue.

II. **Meta del procedimiento penal** es, por consiguiente, la decisión sobre la punibilidad del imputado: 1) materialmente correcta; 2) obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal; y 3) que restablezca la paz jurídica. La resolución del tribunal –por regla general, la sentencia– tiene que mostrar, según la idea del legislador, tres cualidades que, en la realidad, la mayoría de las veces –aun cuando no necesariamente–, están asociadas: las sentencias pueden ser alcanzadas de un modo irreprochable desde el punto de vista del principio de formalidad pero ser incorrectas en su contenido, o bien ser correctas en su resultado pero obtenidas en infracción al ordenamiento jurídico-procesal. Incluso se puede pensar en una decisión que no sea dictada en la forma establecida por el ordenamiento jurídico-procesal, ni correcta en su contenido, y que introduce la cuestión acerca de si el legislador no debe darse por satisfecho a causa de la paz jurídica lograda, de todos modos, a través de la cosa juzgada. De ello se infiere que: la meta del procedimiento penal no consiste en alcanzar la sentencia correspondiente a la situación jurídica material a cualquier precio. Una tarea esencial del Derecho procesal penal consiste en ponderar, en las resoluciones incorrectas desde el punto de vista formal o del contenido, los tres criterios descriptos y en establecer pautas jurídicas para determinar, en el caso individual, a cuál de ellos le corresponde la prioridad.

Por ello, la solución del conflicto puede resultar muy diversa: si, p. ej., una confesión ha sido obtenida a través de métodos de interrogación prohibidos, ella no puede ser aprovechada (§ 136a, III, 2); entonces, el acusado debe ser absuelto, aunque sea culpable, a menos que su culpabilidad pueda ser establecida de otra manera. El principio de formalidad del procedimiento, que en realidad no es una mera categoría formal, sino que aquí sirve directamente a la protección de la dignidad humana, es antepuesto en este caso a la meta de la corrección material de la sentencia. Esto no es siempre así: la citada antinomia, p. ej., es resuelta en sentido contrario por la opinión dominante en tanto se trate de pruebas obtenidas indirectamente de métodos de interrogación prohibidos. Por consiguiente, si, bajo la influencia de una amenaza, el imputado sospechoso de un asesinato no sólo confiesa, sino que también indica dónde ha ocultado el cadáver, se considera admisible utilizar al menos esta última prueba para declararlo culpable. La meta de la corrección material de la sentencia obtiene en ese caso la prioridad, a pesar de su contrariedad con las reglas formales del procedimiento (sobre eso ver *infra* § 24, D, V). Problemas similares se presentan cuando la paz jurídica pretendida y la verdad objetiva de la sentencia entran en conflicto. Así, una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada puede ser revisada en favor del condenado ante el descubrimiento posterior de nuevos hechos y medios de prueba (§ 359, n° 5); allí se prefiere la constatación de la verdad a la estabilidad jurídica. Por el contrario, en casos análogos no es posible, sin más, la revisión en perjuicio de una persona absuelta (cf. § 362); el legislador prefiere aquí la impunidad de un posible culpable antes que la inseguridad jurídica a la que se llegaría a través de la posibilidad permanente del cuestionamiento renovado de un proceso ya concluido.

La meta procesal de la corrección material, considerada en forma aislada, también implica dos tendencias opuestas entre sí. Pues dado que la mayoría de las veces la verdad no está comprobada de antemano y culpabilidad e inocencia, en muchos casos, sólo pueden ser averiguadas durante el curso del proceso, entonces el legislador debe armonizar la necesidad

de intervenir enérgicamente frente al posible autor, con la exigencia de proceder moderadamente frente a quien quizá es inocente: él debe decidir nuevamente, en cada situación procesal, acerca de si debe autorizar una injerencia en la esfera de derechos del imputado, útil probatoriamente, o si debe prohibirla o rodear su realización con cautelas especiales, para no cargar más de lo debido a quien, tal vez, sea inocente. Muchas reglas legales, como, p. ej., la prisión preventiva con sus numerosas excepciones, limitaciones y contra-excepciones (§§ 112 y ss., ¡leerlos!), únicamente pueden ser comprendidas si se considera como tarea de las normas procesales no sólo el garantizar la protección del ciudadano frente al delincuente, sino el preservar al inculpado de una intervención injusta del órgano de persecución penal.

El fin del proceso penal tiene, entonces, naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Todas estas exigencias son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho. Su realización simultánea y su equilibrio en caso de conflicto, constituyen el atractivo y la dificultad de esta rama jurídica. Por ello, el proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha. Debido a que debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal está estructurado –ya de antemano– dialécticamente y requiere su tiempo para la consideración minuciosa de las distintas contingencias y perspectivas (sobre el problema de una aceleración del proceso penal cf., detalladamente, *infra* § 16, C).

Si el BVerfG ha acentuado desde 1972 (E 33, 367, 383) la "capacidad funcional de la administración de justicia penal" como elemento del Estado de Derecho y desde entonces se ha referido a ello en muchas decisiones, como criterio general de argumentación procesal[1], entonces, en principio, no resulta falsa la determinación de los fines del proceso antes expuesta. Pues la realización del Derecho material como uno de los fines esenciales del proceso penal no es posible sin una administración de justicia penal funcionalmente eficiente; un Estado en el cual el Derecho penal no ofrece una protección efectiva, ya no sería un Estado de Derecho. Sin embargo, sería peligrosa la suposición de que ya la "eficiencia" de la administración de justicia penal satisfaría al Estado de Derecho. Una administración de justicia penal propia de un Estado de Derecho debe unir la capacidad funcional con una salvaguarda total del principio de formalidad; sólo si ella reúne esas características podrá restablecer la paz jurídica. Si las necesidades de eficiencia y de protección del inculpado entran en conflicto, la preferencia nunca corresponderá a la regla según la cual sería posible la condena, sino que todos los puntos de vista deben ser ponderados entre sí y valorados según su significado en la situación procesal concreta. De otro modo, existe el peligro de que la "capacidad funcional de la administración de justicia penal" se convierta en un "criterio argumental genérico de la contra-reforma" (HASSEMER), con cuya ayuda los derechos del inculpado son reducidos progresivamente en interés de una descongestión y simplificación del procedimiento penal[2].

[1] BVerfGE 34, 238, 248; 38, 105, 118; 38, 312, 321; 41, 246, 250; 44, 353, 374, 378; 46, 214, 222; 51, 324, 343.

[2] Sobre la discusión: RIEHLE, KritJ 1980, 316; HASSEMER, StrV 82, 275; NIEMÖLLER/SCHUPPERT, AöR 107 (1982), 387. Muy escéptico WOLTER, 1990: "la dignidad humana y la libertad en el proceso penal están en retroceso... Ellas ceden, con frecuencia, ante la capacidad funcional de la administración de justicia penal". Diferenciando pero, en suma, más optimista ROXIN, 1991.

Las llamadas metas del proceso sirven, especialmente, a la realización del Estado de Derecho. Teniendo en cuenta la evolución del Derecho penal material se deberá reconocer como otra meta del proceso a la pretensión propia de un Estado social dirigida a un efecto resocializador sobre el condenado, ya operante en el proceso penal[3]. Sin embargo, en el Derecho procesal penal vigente hay tan sólo un espacio reducido para la realización de esta exigencia. Su intensificación es una importante tarea de la reforma procesal penal (cf., con más detalles, *infra* § 2, A, II, 4, B, con las remisiones allí indicadas).

C. El contenido del Derecho procesal penal

El procedimiento penal, en el sentido más amplio de la palabra, abarca tres fases según la cronología de su desenvolvimiento: el *procedimiento penal* en sentido estricto (el proceso de conocimiento), en el que se decide sobre la existencia de un hecho punible y se determina la sanción correspondiente en caso de condena. A continuación le sigue *el procedimiento de ejecución* que se subdivide en dos grandes partes: la puesta en marcha y el control general de la ejecución de la sentencia, designados como *ejecución de la pena* en sentido estricto, y la *ejecución de las penas privativas de libertad*, expresión que se refiere a la realización de la sanción penal en particular. A estas tres partes corresponden las disciplinas jurídicas del *Derecho procesal penal* en sentido estricto, del *Derecho de ejecución penal* y del *Derecho de ejecución de las penas privativas de libertad*. Las reglas del proceso de conocimiento constituyen, esencialmente, el objeto de este libro de estudio, es decir, las reglas del procedimiento penal propiamente dicho. Al Derecho de ejecución penal, cuyo significado está algo postergado frente al Derecho procesal penal, se dedica una corta exposición (*infra* § 56). Se ha renunciado a una consideración independiente del Derecho de ejecución penal porque esa área del Derecho se ha independizado cada vez más en los últimos años y merece ya un tratado propio. En cambio, este texto va más allá del ámbito del Derecho procesal penal en tanto que se ocupa también, en lo esencial y para la comprensión del proceso penal, de las partes más importantes del *Derecho de la organización judicial penal*, que es aquel que regula la organización y la competencia de las autoridades judiciales de la administración de justicia penal (*infra* §§ 6-10).

[3] WOLTER, 1995, ha delineado el esbozo de una teoría del Derecho procesal penal liberal y propia del Estado social de Derecho.

D. El Derecho procesal penal y su relación con el Derecho procesal en general y con el Derecho penal material

I. El Derecho procesal penal forma parte del gran conjunto del Derecho procesal ("Derecho formal") y es, por ello, Derecho público. Con frecuencia se ha intentado desarrollar principios generales de los distintos derechos procesales (la llamada *teoría general del Derecho procesal*) y de allí deducir consecuencias luego aplicables al Derecho procesal penal. No obstante, la utilidad de tal punto de vista ha sido hasta ahora muy reducida.

1. Un paralelismo con el *proceso civil* está destinado al fracaso, ya que la "pretensión penal" del Estado no puede ser comparada con la pretensión del demandante en el proceso civil, sino que sólo representa un circunloquio conceptual del poder de intervención estatal. En efecto, se puede establecer una serie de conceptos generales de Derecho procesal como, p. ej., el "objeto procesal" y la "cosa juzgada", formal o material (ver, al respecto, *infra* §§ 20 y 50); pero una definición plena de sentido sólo puede ser brindada en el marco del Derecho procesal correspondiente, mientras que un concepto superior común resulta demasiado abstracto y, por ello, nada aportaría a la tarea de administrar justicia.

2. Tampoco una comparación con el *Derecho procesal administrativo* conduce mucho más lejos, pues el proceso administrativo es un procedimiento de protección de derechos que sigue el ciudadano contra injerencias estatales, mientras que el proceso penal, en cambio, representa un procedimiento de intervención activado por el Estado, conformado con reservas especiales. En forma distinta a lo que sucede en el Derecho civil y en el Derecho administrativo, en los que las "pretensiones" son satisfechas, por regla general, voluntariamente y el proceso es la excepción, la "pretensión penal" estatal sólo puede ser realizada en el procedimiento penal; incluso si alguien solicita ser penado voluntariamente deberá llevarse a cabo antes un proceso penal contra él.

II. La relación del Derecho procesal penal con el *Derecho penal material* es mucho más estrecha que con los demás derechos procesales. Bajo los aspectos conductores de la política criminal, las regulaciones de ambos están en una relación necesariamente complementaria. Algunas veces institutos del Derecho penal material y del Derecho procesal penal son, incluso, funcionalmente equivalentes (p. ej., las condiciones objetivas de punibilidad en el Derecho material y los presupuestos procesales en el Derecho procesal; la eliminación de los hechos de bagatela a través de la interpretación del tipo penal ["perjuicio considerable" según el § 223, StGB, "amenaza sensible" en el § 240, StGB] o a través del sobreseimiento por insignificancia de acuerdo al § 153 –cf. SCHROEDER, *Peters-FS*, 1974, 411–). En la práctica, un orden jurídico-penal será tan bueno como lo permita el procedimiento para su realización y, a la inversa, una regulación procesal satisfactoria no es posible cuando no está concebida para el Derecho material (esto es, especialmente, para las consecuencias jurídicas dispuestas

conforme a él). Si, p. ej., la sanción debe ser determinada principalmente según criterios preventivo-especiales, esto debe ser tomado en consideración por el Derecho procesal penal a través de una configuración del procedimiento concebida para investigar la personalidad del autor, como precisamente lo prevén los planes de reforma para la nueva regulación del juicio oral. Por ello, el Derecho penal material y el Derecho procesal penal se corresponden estrechamente, como siempre ha sido el caso tanto en la teoría y en la investigación, como en la práctica jurídica.

E. Derecho procesal penal y teoría procesal penal

Bibliografía: 1) Sobre *la teoría procesal penal en el sistema del Derecho procesal penal* fundamentalmente *Peters*, H. Peters-GS, 1967, 891; Maurach-FS, 1972, 453; Henkel-FS, 1974, 253; Klug-FS, 1983, 539.

2) *Bibliografía general sobre la teoría procesal penal: Döhring*, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, 1964; *Graßberger*, Psychologie des Strafverf., 2ª ed., 1968; Schreiber, Verf.recht und Verf.wirklichkeit, ZStW 88 (1976), 117; *Roxin*, Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverf., en: Kriminologie und Strafverf., 1976, 9; *Haberstroh*, Strafverf. und Resozialisierung, 1979; *Jäger*, Kriminologie im Strafprozeß, 1980; *Rieß*, Statist. Beiträge zur Wirklichkeit des Strafverf., Sarstedt-FS, 1981, 253; *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 5ª ed., 1983; *Peters*, Strafprozeß, 4ª ed., 1985; *Dahs*, Taschenbuch des Strafverteidigers, 4ª ed., 1990; *Luther*, Kriminologie und Strafprozeß, Schüler-Springorum-FS, 1993, 513; *Dessecker/Geissler-Frank*, Empirische Forschungsarbeiten zum Strafverfahren und Strafverfahrensrecht, 1995.

3) La bibliografía sobre *criminalística, medicina forense, psicología y psiquiatría* está indicada *infra* § 4, B.

4) *Bibliografía acerca de la investigación de sentencias erróneas: Sello*, Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, 1911; *Liepmann*, Fehlerquellen bei Ermittlung des Sachverhalts durch Sachverständige, 1912; *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913; *Hellwig*, Justizirrtümer, 1914; *Bohne*, Zur Psychologie der richterl. Überzeugungsbildung, 1948; *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozeß, 1960 (como libro de bolsillo, 1962); *Judex*, Irrtümer der Strafjustiz, 1963; *Peters*, Untersuchungen zum Fehlurteil im Strafprozeß, 1967; *idem*, Fehlerquellen im Strafprozeß, t. I, 1970; t. II, 1972; t. III, 1974; *Schoreit*, Fehlurteile im Strafprozeß und Möglichkeiten ihrer Bekämpfung, RuP 71, 74; *Jagusch*, Lehren eines Mordprozesses (acerca del caso Brühne), NJW 71, 2198; *Peters*, Gescheiterte Wiederaufnahmeverf., Gallas-FS, 1973, 441; *idem*, Fehlerquellen und Rechtsanwendung im Strafprozeß, H. Kaufmann-GS, 1986, 913; *Beneke*, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverf. usw., 1990; *Peters*, Gedenken und Gedanken, Baumann-FS, 1992, 319.

5) *Sobre la psicología de la actividad de juzgar: Reik*, Geständniszwang und Strafbedürfnis, und *Alexander/Staub*, Der Verbrecher und seine Richter, en: *Moser* (comps.), Psychoanalyse und Justiz, 1971, 9, 205; *Reiwald*, Die Gesellschaft und ihre Verbrecher, 1948 (como libro de bolsillo con introducción de *Moser* y *Jäger*, 1973); *Bohne*, Zur Psychologie der richterl. Überzeugungsbildung, 1948 (reimpresión, 1967); *Bendix*, Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters, 1932 (reedición, 1968); *Weimar*, Psychologische Strukturen richterl. Entscheidungen, 1969; *H. W. Schünemann*, "Soziale Wahrnehmung" und Strafprozeß, DRiZ 76, 369.

6) *Sobre la procedencial social de los jueces profesionales: Dahrendorf*, Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an OLGs, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 5 (1960), 260; *Feest*, Die Bundesrich-

ter usw., en: *Zapf*, Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht, 2ª ed., 1965, 95; *Zwingmann*, Zur Soziologie des Richters in der BRD, 1966; *Kaupen*, Zur Soziologie der deutschen Juristen, RuP 2 (1966), 21; *idem*, Die Hüter von Recht und Ordnung, 1969; *Richter*, Zur Soziologie der deutschen Richterschaft, 1968.

7) Acerca de la concepción del mundo que subyace en la jurisprudencia ver *Böhme*, Über *weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung*, 1968, comp. Sammelband; además, *Opp/Peukert*, Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung, 1971; *Opp*, KritJ 70, 383; *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973; *Weyrauch*, Zum Gesellschaftsbild des Juristen, 1970. Ver también la bibliografía citada *supra* en 5.

8) *Sociología del sentenciar y observación participativa: Weiss*, Die Theorie der richterl. Entscheidungstätigkeit in den USA, 1971; *Schumann/Winter*, Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverf. usw., en: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, t. 3 (1972), 529; *idem*, Zur Analyse der Hauptverhandlung im Strafprozeß, en: Friedrichs (comps.), Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens, 1973, 174; *Lautmann*, Justiz - Die stille Gewalt, 1973; *idem*, Teilnehmende Beobachtungen der Strafjustiz, en: Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens, 1973, 103; *Rottleuthner*, Richterl. Handeln, 1973; *Dorothee Peters*, Richter im Dienst der Macht, 1973.

9) *Relaciones sociales entre jueces y acusados: Tausch/Langer*, Soziales Verhalten von Richtern gegenüber Angekl., Zeitschrift f. Entwicklungspsychologie 3 (1971), 283; *Leodolter*, Das Sprachverhalten von Angekl. bei Gericht, 1975; *Dürkop*, Der Angekl., 1977; *Grosse*, Amtsführung der Richter und StAe aus Sicht der Verf.beteiligten, en: Dt. Richterbund (comps.), Richter und StA im Dienst für den Bürger, 19.

10) *Labelling approach: Sack*, Probleme der Kriminalsoziologie, en: König (comps.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, t. 2, 1969, 961; Neue Perspektiven der Kriminologie, en: *Sack/König*, Kriminalsoziologie, 1968, 431; KritJ 71, 384; KrimJ 72, 3; *Feest/Lautmann*, Die Polizei, 1971; *Feest/Blankenburg*, Die Definitionsmacht der Polizei usw., 1972; *Opp*, KrimJ 73, 142; *Keckeisen*, Die gesellschaftl. Definition abweichenden Verhaltens, Perspektiven und Grenzen des labeling approach, 1974; *Rüther*, Abweichendes Verhalten und labeling approach, 1975 (edición resumida); *Sessar, Steffen*, ZStW 87 (1975), 1033, 1063; *Stallberg* (comps.), Abweichung und Kriminalität, 1975; "Ausleseprozesse im Strafverf.", ponencias de *Kerner, Sessar, Steinert, Blankenburg, H. W. Schünemann*, en: Kriminologie und Strafverf. (Kriminologische Gegenwartsfragen 12), 1976, 137, 156, 167, 175, 186; *Steffen*, Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverf., 1976; *Kürzinger*, Private Strafanzeige und polizeil. Reaktion, 1978; *Kuhlen*, Die Objektivität von Rechtsnormen. Zur Kritik des radikalen labeling approach in der Kriminalsoziologie, 1978.

11) *Sobre las investigaciones acerca de la llamada cifra negra: Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968; Lüderssen, Strafrecht u. "Dunkelziffer", 1972; *Schultz*, Von der Bedeutung der Dunkelziffer, Henkel-FS, 1974, 239; *Schwind* y otros, Dunkelfeldforschung in Göttingen 1973/74 (BKA - Forschungsreihe Nr. 2), 1975; "Neuere Ergebnisse zur Dunkelfeldforschung in Deutschland", ponencias de *Remschmidt, Merschmann, Walter, Hölner, Schöch, Schwind, Stephan*, en: Kriminologie und Strafverf., 1976, 195, 211, 229, 240.

12) *Investigaciones sobre recursos: Haddenhorst*, Die Einwirkung der Verf.rüge auf die tatsächl. Feststellungen im Strafverf., 1971; *Fezer*, Die erweiterte Revision - Legitimierung der Rechtswirklichkeit?, 1974; *Mikinovic/Stangl*, Strafprozeß und Herrschaft, 1978.

En la *teoría del Derecho procesal penal* las *normas* según las cuales se desenvuelve el procedimiento penal son analizadas científicamente, esto es, tipificadas, sistematizadas y concretizadas. Por otro lado, la *teoría del proceso penal* estudia los *datos objetivos* del desarrollo del proceso; los describe y explica y busca así llegar a una teoría general de la realización del proceso penal (cf. los trabajos de investigación empírica de DESSECKER/GEISSLER-FRANK, 1995).

Su campo de investigación está ampliamente extendido y requiere una cooperación interdisciplinaria de juristas, criminólogos, criminalistas, sociólogos, psicólogos y médicos. La táctica, técnica y psicología criminal, la psicología de la declaración (ver, al respecto, 11ª ed., § 29) y la medicina forense, entre otras, son disciplinas clásicas de la teoría del proceso penal. Últimamente también son objeto de esfuerzos científicos intensos el comportamiento arquetípico de los sujetos del proceso, la clase y forma de la toma de decisiones, el origen social del juez, la psicología de la actividad judicial de decisión, la cosmovisión que está en el transfondo de la jurisprudencia, así como una supuesta selectividad social en la persecución penal, especialmente a través de la policía (*Labelling approach*). La investigación del error judicial en la sentencia tiene también un significado especial.

El significado de la teoría del proceso penal para el Derecho procesal penal no debe ser subestimado: para algunos, ella contribuye, a través de una investigación sistemática de los hechos del proceso, a la apertura de la ciencia jurídica hacia las ciencias de la realidad, metódicamente considerada necesaria ya desde hace tiempo; para otros, un análisis cuidadoso de la realidad puede revelar no sólo lo alejados de la realidad de algunos principios procesales, sino también las posibles fuentes de error de las sentencias penales. Con ello, se logra una contribución indispensable para la racionalización de nuestra idiosincracia jurídico-penal y procesal y se posibilita una crítica normativa y una política procesal penal fundadas. Por ello, a todo el que quiera ocuparse de nuestro proceso penal con más detalle le aconsejamos urgentemente la lectura de la literatura indicada.

§ 2. El Derecho procesal penal y su dependencia del orden constitucional

Bibliografía: *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III, 1959, 909 (992 y ss.); *Rüping/Martin/Böing*, Der Schutz der Menschenrechte im Strafverf., ZStW 91 (1979), 351, 364, 379; *Plötz*, Die gerichtl. Fürsorgepflicht im Strafverf., tesis doctoral, Mannheim, 1980; *Ingo Müller*, Rechtsstaat u. Strafverf., 1980; *Heubel*, Der "fair trial" - ein Grundsatz des Strafverf.?, 1981; *Müller-Dietz*, Sozialstaatsprinzip u. Strafverf., Dünnebier-FS, 1982, 75; *Niemöller-Schuppert*, Die Rspr. des BVerfG zum Strafverf.recht, AöR 107 (1982), 387; *Lenckner*, Der Strafprozeß im Dienst der (Re-)Sozialisierung, JuS 83, 340; *Marxen*, Straftatsystem u. Strafprozeß, 1984; *Niebler*, Der Einfluß der Rspr. des BVerfG auf das Strafprozeßrecht, Kleinknecht-FS, 1985, 299; *W. Hassemer*, Grundlinien eines rechtsstaatl. Strafverf., KritV 90, 260; *H. Chr. Maier*, Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß, 1991; *Tiedemann*, Verfassungsrecht u. Strafrecht, 1991; *Teyssen*, Legislative und Judikative im Strafverf., 1992; *Kortgen*, Probleme des Ge-

wohnheitsrechts, 1993; *Wolter*, Verfassungsrecht im Strafprozeß- und Strafrechtssystem, NStZ 93, 1; *Rieß*, Verfassungsrecht und Strafprozeß, StraFo 95, 94.

A. El Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado

I. De todas las intervenciones estatales en el ámbito de libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática. A menudo, su imposición significa un menoscabo total del interés por la libertad del autor penal en favor del interés de seguridad de la generalidad. Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal.

II. 1. En el Estado *absoluto* de comienzos de la Edad Moderna, y hoy nuevamente en los Estados *totalitarios*, se ha concedido supremacía incondicional a los intereses *colectivos*. En el Estado absoluto antiguo todo poder penal residía en el monarca que, con sus *actos de autoridad*, podía intervenir en la justicia según su arbitrio. En el Estado totalitario actual está asegurado, a través de la dependencia personal y objetiva de los jueces, que las decisiones de los jueces estén en consonancia con las directivas de la oligarquía militar o del partido. En el absolutismo, acusador y juez eran idénticos (proceso inquisitivo); en las dictaduras, la justicia política, que en ellas está particularmente extendida, es ejercida *de facto* por la policía (Gestapo, SD), de modo que la *acumulación de poderes* como fundamento constitutivo de esos tipos de Estado se puede reproducir, en menor escala, en el proceso penal.

En el Estado absoluto o totalitario el imputado es, exclusivamente, objeto del procedimiento (inquirido, objeto de la investigación) o, al menos, no puede ejercer, en la práctica, los derechos que le corresponden según el orden procesal, cuando esos derechos entran en contradicción con los intereses de poder de la conducción del Estado. El instituto del procedimiento penal característico para ello es el *tormento* (tortura, interrogatorio coactivo), que en el absolutismo estaba previsto por la ley y en el Estado totalitario es practicado una y otra vez, incluso contra la ley, con fundamento en la "razón de Estado".

2. El proceso penal del Estado absoluto ha sido destruido por la *Ilustración* y por el *liberalismo* construido sobre su ideología, por lo cual los tres principios fundamentales del nuevo modelo de Estado fueron, a la vez, de significado decisivo para la reforma procesal penal: del *principio de la división de poderes* se derivó la *independencia* de los jueces que, de tal modo, debieron ser colocados en una situación de equilibrio imparcial entre el beneficio colectivo y los intereses individuales, y la transmisión de la actividad ejecutiva de persecución a una autoridad judicial nueva, creada para ello, separada organizativa y personalmente de los tribunales: la *fiscalía*. El reconocimiento de *derechos fundamentales* precedentes al Estado tuvo como consecuencia que el imputado fuera reconocido como *sujeto del proceso* y fuera dotado de derechos autónomos, de los cuales los más importantes fueron el derecho al respeto de la dignidad humana y el derecho amplio a la defensa. El principio de *reserva de la ley* garantizó, finalmente, que la intervención del Estado en la esfera de libertad del imputado sólo se llevara a cabo *conforme a las leyes*. La ley debía establecer los presupuestos, contenidos y límites de esas intervenciones con tanta precisión como fuera posible y, con ello, tornaría previsible para el ciudadano las acciones del Estado.

3. Además, el liberalismo del siglo XIX, con su lucha por los tribunales de jurados, ha logrado introducir los principios *democráticos* en el Derecho procesal penal. En virtud de la desconfianza frente a una temida obsecuencia de los jueces profesionales al monarca, que se manifestaba en una relación de servicio y fidelidad, fue exigida la *participación del pueblo en la justicia penal* (en última instancia: la propia administración de justicia del pueblo a través de jueces populares, elegidos por el pueblo), llevada a cabo a través de los tribunales de escabinos y jurados (sobre la distinción ver *infra* § 7, B, I). Como otra consecuencia del pensamiento democrático debe mencionarse la introducción de la publicidad del procedimiento, que posibilita el control de la administración de justicia por el pueblo y que, de ese modo, debería evitar el abuso del poder penal por la justicia. La importancia fundamental del principio de publicidad para un proceso penal democrático se puede reconocer, de la mejor manera, en la ineficacia o bien perversión de este principio en los estados totalitarios, en los que la mayoría de las veces el opositor político es condenado en un procedimiento secreto o en un simulacro de proceso.

4. Para el futuro, la tarea principal reside en la adaptación del procedimiento penal al *principio del Estado social*, formulado en la Constitución (art. 20, GG). Durante siglos la "represión del socialmente peligroso" ha ocupado un primer plano en el proceso penal. De ahora en más, rige la noción de que el Estado está obligado a ayudar y a favorecer la (re)socialización de quien ha tropezado. Los objetivos inmediatos más importantes de un proceso penal social son la introducción del *interlocutorio de hecho o de culpabilidad* (ver *infra* § 42, G, II) y la implementación del *auxilio judicial* (ver *infra* § 10, B, III). Ambas instituciones deben contribuir a lograr mejores posibilidades en el juicio para la apreciación de la personalidad del autor y para las medidas de ejecución que, para ello, sean adecuadas, en comparación con aquellas que existen hasta ahora. Una *protección* suficiente *de la víctima* en el procedimiento penal es, también, una exigencia del principio del Estado social. La Ley de protección a la víctima de

1986 ha brindado una mejora de la posición del ofendido (cf. *infra* §§ 62 y 63). Sin embargo, todavía falta una incorporación extensa de la idea de reparación en el procedimiento penal (cf. *infra*, consideraciones previas al § 61).

III. En todos los casos, la estructuración del proceso penal depende en menor medida de las normas constitucionales escritas que de la *Constitución real*. De ello no sólo son un ejemplo los estados autoritarios, sino también el desarrollo de la Federación alemana: a través de la jurisprudencia del BVerfG acerca del *principio de proporcionalidad*, que ha aumentado la eficacia de los derechos fundamentales en el caso individual con un alcance nunca conocido hasta ahora (por cierto, a costo de la seguridad jurídica), fueron reducidas las facultades de intervención generales del Estado a la medida indispensable, según las circunstancias concretas del caso correspondiente. El legislador ha debido aceptar la vigencia de este principio (cf. § 112, I, 2)[1].

IV. El bosquejo precedente no debe, sin embargo, dar la impresión de que el Derecho procesal penal representa, exclusivamente, una concreción del Derecho constitucional. Antes bien, su conformación descansa, al menos en la misma medida, en variadas *realidades prejurídicas* (a estudiar por la *ciencia de la historia del proceso penal* y por la *teoría del proceso penal* –ver *supra* § 1, E–), de las cuales aquí sólo deben ser mencionadas las dos más importantes: los *presupuestos criminológicos* y *criminal-etiológicos* (p. ej., el proceso inquisitivo existió ya mucho antes del absolutismo, porque el proceso germano antiguo no era capaz de hacer frente al desarrollo de la delincuencia profesional, instalado hacia el final de la Edad Media) y los *recursos de la criminalística* (p. ej., a través del mejoramiento de los métodos criminalísticos, la tortura fue vista como algo totalmente innecesario e, incluso, fue puesta en duda desde el punto de vista de la averiguación de la verdad).

B. El Derecho procesal penal vigente en la República Federal de Alemania

Él representa, en lo esencial, una unión de ideas democráticas y liberales originadas fundamentalmente bajo la influencia francesa que introdujo en Alemania, en la primera mitad del siglo XIX, el movimiento de reforma referido a la ideología de la Ilustración. Después de la Segunda Guerra Mundial esas ideas fueron consolidadas y renovadas bajo el dominio de la Ley Fundamental (sobre la historia cf., en detalle, *infra* §§ 70 y siguientes).

[1] Crítico sobre la jurisprudencia del BVerfG, Eb. Schmidt, NJW 69, 1137; ZStW 80 (1968), 567.

Así, exigencias específicamente *democráticas* se han convertido en realidad en la participación de jueces legos prevista para la mayoría de los estrados penales (cf. §§ 28 y ss., 76 y s., GVG) y, además, en la base de la sentencia, que sólo puede ser aquello incorporado a un juicio oral, público y, con ello, bajo el control popular (cf. §§ 250 y 261, StPO, y 169 y ss., GVG). El pensamiento *liberal*, que debe preservar la esfera de libertad del individuo de injerencias estatales arbitrarias o excesivas, informa a nuestro proceso penal hasta el detalle (*SK*-Wolter, comentario previo al § 151, núms. margs. 130 y ss., proporciona un excelente panorama completo sobre las garantías indisponibles en el proceso penal). Aquí sólo pueden ser mencionados algunos principios fundamentales decisivos: p. ej., la independencia judicial, que debe preservar la sentencia de toda influencia extraña a la causa, por cierto, también por parte del Ejecutivo (art. 97, I, GG, §§ 1, GVG y 25, DRiG); la prohibición de tribunales de excepción a través del principio del "juez establecido por la ley" (art. 101, I, GG y § 16, GVG), que pone a salvo al imputado de toda manipulación judicial ilegítima; el derecho a ser oído por un juez (art. 103, I, GG, y 6, I, MRK); los principios *in dubio pro reo* (art. 6, II, MRK) y *ne bis in idem* (art. 103, III, GG), que impiden la condena de un posible inocente o bien su punición reiterada por un mismo hecho; el principio de proporcionalidad (cf. § 112, I, 2), la minuciosa reglamentación de todas las injerencias necesarias en la libertad personal durante el procedimiento penal (§§ 81 y ss., 94 y ss., 112 y ss., StPO, art. 104, GG) y la prohibición estricta de todos los métodos de interrogación que atenten contra la decisión voluntaria y autónoma de los intervinientes en el procedimiento (§§ 136, 136a, 163a III-V). Más allá de las exigencias que resultan de los llamados derechos fundamentales del procedimiento, el BVerfG ha afirmado, en jurisprudencia constante, la existencia de una pretensión del acusado a un *procedimiento penal llevado a cabo con lealtad* y acorde con el Estado de Derecho[2]. Las normas del Derecho procesal penal deben confrontarse con ese Derecho procesal básico y general (crítico, Heubel, 1981, especialmente 73, 122 y 141). La pretensión de un procedimiento llevado a cabo con lealtad garantiza así al proceso penal individual su carácter decisivamente acorde al Estado de Derecho, fundamenta el deber de asistencia desarrollado íntegramente por la jurisprudencia (cf. *infra* § 42, D, III, V; resumidamente Plötz, 1980, 31) y vincula así el carácter de adecuación al Estado de Derecho de la Ordenanza procesal penal vigente con la ideología del Estado social.

Por lo demás, tienen en cuenta el *compromiso* del proceso penal con el *Estado social*, el nombramiento de un defensor de oficio en el proceso de conocimiento (§§ 140 y 141), el nombramiento de un defensor para la pre-

[2] BVerfGE 26, 66, 71; 38, 105, 111; 39, 238, 243; 40, 95, 99; 41, 246, 249; 46, 202, 210; cf. *infra* § 11, V.

paración de un procedimiento de revisión (§ 364b), así como, entre otras, la obligación de los órganos de la persecución penal de tomar en consideración las condiciones personales del imputado (cf. §§ 136, III, y 160, III). Sin duda, el pensamiento del Estado social necesita, precisamente, una concreción legal más extensa; así, p. ej., debe ser examinada, *de lege ferenda*, la supresión de la obligación de soportar las costas de una condena (cf. *infra* § 57, C, I, 2).

§ 3. Las fuentes del Derecho procesal penal alemán

A. Las leyes centrales

1. Las fuentes principales del Derecho procesal penal y del Derecho de la organización judicial en materia penal son la GVG del 27/1/1877 y la RStPO del 1/2/1877; las dos entraron en vigencia el 1/10/1879 junto con las restantes llamadas –en conjunto– leyes de la justicia del imperio (ZPO, RAO y KO).

2. La StPO está dividida en ocho libros:

Libro primero: Disposiciones generales.
Libro segundo: Procedimiento en primera instancia.
Libro tercero: Recursos.
Libro cuarto: Revisión del procedimiento.
Libro quinto: Intervención del ofendido en el procedimiento.
Libro sexto: Clases especiales de procedimientos.
Libro séptimo: Ejecución penal y costas del procedimiento.
Libro octavo: Registro interestadual de procedimientos a cargo de la fiscalía.

La organización de la StPO en ocho libros permite reconocer un claro *paralelismo con la organización de la ZPO*. También se puede encontrar paralelos en la estructura dentro del Libro primero: "Disposiciones generales", ya que en ambos ordenamientos procesales están regulados aquí la competencia territorial, y el apartamiento y recusación de los funcionarios judiciales, como también los plazos y la reposición al estado anterior. A las disposiciones de la ZPO sobre apoderados en el proceso y asesores corresponde en la StPO la sección "Defensa".

Por lo demás, la StPO toma su propio camino en la parte general al tratar aquí una gran parte del derecho probatorio: testigos, peritos, inspección ocular (que la ZPO regula en el Libro segundo) y los medios de aseguramiento del proceso que son ajenos a la ZPO (p. ej., registro domiciliario y detención).

La StPO y la GVG, desde su publicación, han sido modificadas a través de numerosas leyes complementarias (cf., sobre esto, *infra* §§ 71 y 72). La StPO rige actualmente en la versión promulgada el 7/4/1987 (BGBl. I, 1074).

Desde la reunificación, la StPO rige también en los nuevos estados federados del este de Alemania; allí, sin embargo, con determinadas "reservas" a las que se llegó en el tratado de unión, que aquí no serán enumeradas en su totalidad. Ellas pueden ser consultadas en la edición de bolsillo de la StPO (dtv, 29ª ed., 1998), con introducción mía. Dejando de lado las reglamentaciones de transición, resulta allí interesante, especialmente, que procedimientos originados por delitos con consecuencias de poca importancia puedan ser sometidos a autoridades arbitrales, sin perjuicio de los §§ 153 y 153a, que se esfuerzan en la terminación extrajudicial de la causa, sobre todo a través de la reparación o de la compensación entre autor y víctima. La "Ley sobre autoridades arbitrales en las comunas" ha sido promulgada en la ex RDA el 13/9/1990 y ha entrado en vigor con el tratado de unión[1].

B. Estas leyes centrales (GVG y StPO) están complementadas:

1. por la *ZPO* en su versión del 12/9/1950 (Schönfelder 100) a la que la StPO se remite directamente en muchos lugares, p. ej., en lo referido a las notificaciones, § 37, o en lo concerniente a la determinación de las costas del procedimiento, § 464b;

2. por la *Ley alemana de la judicatura* del 8/9/1961, en su versión del 19/4/1972 (Schönfelder 97);

3. por la *Ordenanza federal de abogados* del 1/8/59 (Schönfelder 98);

4. por la *Ley de costas judiciales* en su versión del 15/12/75 (Schönfelder 115);

5. por la *Ley de compensación para jueces honoríficos* en su versión del 1/10/1969 (Schönfelder 118);

6. por la *Ley de compensación para testigos y peritos* en su versión del 1/10/1969 (Schönfelder 116);

7. por la *Ordenanza federal de honorarios para abogados* del 26/7/1957 (Schönfelder 117);

8. por la *Ley sobre la indemnización por medidas de la persecución penal* del 8/3/1971 (Schönfelder 93);

9. por la *Ley de asistencia jurídica internacional en causas penales* del 23/12/1982, en su versión del 27/6/1994 (IRG; impresa por Kutsch, 3)[2];

10. por el *Tratado europeo sobre extradición* del 13/12/1957 (impreso por Kutsch, 1. 1);

11. por el *Tratado europeo para la lucha contra el terrorismo* del 21/1/1977 (impreso en EuGRZ, 1977, 33);

[1] Publicada en la edición dtv de la StPO bajo el nº 3 y, con explicación de SCHULTE, en Heymann-Verlag, 1991. Sobre las perspectivas político-jurídicas de tales autoridades arbitrales, FELTES, ZRP 91, 94. Por lo demás, para la educación procesal penal en los nuevos estados federados del este de Alemania se debe ver, complementariamente, LUTHER, *Grundzüge des Strafverfahrensrechts*, 1991, donde también son resaltados especialmente las reglamentaciones transitorias y los principios fundamentales, de una importancia singular para los juristas que estudiaron el Derecho procesal penal de la ex RDA. WASMUTH, NStZ 91, 164 y s., proporciona un buen panorama, breve, sobre las particularidades del Derecho procesal penal que rigen aún por ahora en los estados federados del este de Alemania. En cuanto a *La persecución de los ilícitos cometidos por el SED en los nuevos estados*, instructivo WEBER, GA 93, 195 (N. del T.: SED: *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*, Partido Socialista Unificado de Alemania de la ex RDA; el autor utiliza el título de la obra *Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern* para formar la oración).

[2] En cuanto a las particularidades, cf. el comentario de SCHOMBURG/LAGODNY, *Gesetz über die intern. Rechtsilfe in Strafsachen* (IRG), 3ª ed., 1998; sobre el desarrollo de la asistencia jurídica internacional desde 1983 informan SCHOMBURG/LAGODNY, NStZ 92, 353.

12. por la *Ley sobre la oficina criminal federal* del 8/3/1951, en su versión del 7/7/1997 (Sartorius 450);

13. por el *Tratado europeo de asistencia jurídica en causas penales* del 17/3/1978 (impreso por Kutsch, 1. 3);

14. por la *Ley sobre el registro central y el registro educativo* del 18/3/1971, en su versión del 21/9/1984 (Schönfelder 92);

15. por la *Ordenanza sobre recaudación de ingresos judiciales* del 11/3/1937 (Schönfelder 122), a la que remite el § 459 para la ejecución de las penas de multa.

C. Finalmente, se encuentran **disposiciones procesales penales particulares en otras leyes federales,** p. ej.:

I. en la *Ley Fundamental* (GG), en particular en los arts. 46, 92, 96 y s., las llamadas garantías judiciales de los arts. 101, I, y 103 y s., y en el catálogo de los derechos fundamentales de los arts. 1-19. Según la jurisprudencia del BVerfG la aplicación del Derecho procesal penal también puede ser examinada a través del recurso de queja constitucional, para determinar si ella toma en cuenta los lineamientos de la escala de valores establecida en los derechos fundamentales (E 12, 124; cf., también, E 20, 162);

II. en las siguientes *leyes federales simples*:

1. en la Convención de los miembros del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (*Convención de los derechos humanos*) del 4/11/1950, que a través de la ley de aprobación alemana (BGBl. 1952, 685, 953; promulgación de la entrada en vigor BGBl. 1954, 14) obtuvo el rango de una ley federal simple (discutible pero opinión dominante; ver MÜNCH, JZ 61, 153).

La Convención contiene algunas garantías fundamentales del proceso penal, a saber:
la prohibición de penas o tratamientos degradantes (art. 3),
la limitación del derecho de arresto estatal (art. 5, sobre todo párrafo I, c),
la garantía de un procedimiento judicial propio del Estado de Derecho (art. 6, I),
la presunción de inocencia en favor del acusado (art. 6, II),
la garantía de una defensa eficaz (art. 6, III), y
la restricción de las facultades de intervención estatales en la vida privada (art. 8).
La efectividad de estas disposiciones está garantizada a través de la posibilidad de acudir ante la *Comisión de Derechos Humanos* por actos estatales contrarios a la Convención (arts. 19, 25 y 26); la Comisión, dado el caso, puede convocar al *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (con asiento en Estrasburgo, igual que aquélla) o someter la causa al *Comité de Ministros del Consejo de Europa*. El EGMR no puede anular las decisiones internas del Estado; los estados contratantes están obligados a ajustarse a ellas (detalladamente, BLECKMANN, JA 84, 705; KREY I, núms. margs. 139 y siguientes). Sin embargo, una revisión del procedimiento decidido con autoridad de cosa juzgada, a través de una interpretación extensiva de los §§ 359, nº 5, StPO, y 79, I, BVerfGG, no estaría impuesta ni por el Derecho internacional público ni por el Derecho constitucional (BVerfG StrV 87, 185, con comentario de TRECHSEL). Sobre la jurisprudencia informa, detalladamente, la revista EuGRZ; TRECHSEL, StrV 92, 187; 93, 98 proporciona informes resumidos.
Por ello, el significado práctico de la MRK para el Derecho procesal penal alemán es, en efecto, relativamente reducido, pues las garantías de la StPO para el acusado son, en gran parte, más convenientes que las de la MRK; e incluso allí donde en la StPO falta una regla correspondiente a la MRK, se infiere lo mismo del contexto de las disposiciones restantes o ya regía con anterioridad a la MRK como Derecho consuetudinario. Tampoco el "Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal" (ZStW 105 [1993], 668), que hasta ahora, por cierto, sólo tiene carácter de recomendación, establece reglas que sean esencialmente superiores al Derecho alemán vigente.
Bibliografía: *Frowein/Peukert*, MRK, Komm., 1985; *Golsong*, Internationaler Komm. zur MRK, 1986 y ss. (Loseblattsammlung); *Kühl*, Der Einfluß der MRK auf das Strafrecht und Strafverf.recht usw., ZStW 100 (1988), 406, 601; *Stenger*, Gegebener und gebotener Einfluß der MRK auf die Rspr. usw., 1991; *Schroeder*, Der Geltungsbereich der Menschenrechte in den Stadien des Strafverf., Pötz-FS, 1993, 205.

2. en el *StGB*: sobre la instancia de persecución penal (§§ 77-77d);

3. en los §§ 385 y ss. de la *Ordenanza de devolución de efectos* (AO) del 16/3/76 (BGBl. I, 613);

4. en la *Ley de tribunales juveniles* (JGG) del 4/8/1953 en la versión del 11/12/1974 (Schönfelder 89): no contiene sólo el Derecho penal juvenil material, sino también las disposiciones sobre los tribunales de menores y el procedimiento de menores;

5. en la *Ley de contravenciones* (OWiG) del 24/5/1968 en la versión del 19/2/1987 (Schönfelder 94) que regula, entre otros rubros, el vínculo entre el procedimiento para la aplicación de una enmienda y el procedimiento penal.

D. Reglamentos administrativos vigentes federalmente uniformes

La StPO contiene la reglamentación jurídica del procedimiento penal; en particular, su configuración técnica cae bajo la competencia de la administración de justicia de los estados federados y de la Federación. No obstante, a fin de garantizar una administración homogénea, sin intervención en la distribución de competencia de los estados federados, ellos han establecido, entre sí y de acuerdo con el Ministerio de Justicia Federal, fórmulas vigentes en toda la federación para los *reglamentos administrativos* que regulan los detalles del procedimiento penal.

Son las siguientes:

1. Los *Lineamientos para el procedimiento penal y el procedimiento para la aplicación de una enmienda* (RiStBV) del 1/1/1977 (publicada en *Kl/M*, apéndice A 14). Cf., sobre esto, H. C. SCHAEFER, NJW 77, 21.

Ellos contienen, en una parte general y una especial, donde se agrupan por clase los delitos particulares, una regulación extensa y detallada del desarrollo del procedimiento. Su significado reside, en general, en la restricción del ámbito residual de discrecionalidad de la fiscalía, especialmente en la decisión de las cuestiones técnicas de la práctica del procedimiento, que la StPO dejó abiertas en numerosos casos.

2. La *Ordenanza de ejecución penal* (StrVollstrO) del 15/2/1956 (BAnz. nº 42) con modificaciones posteriores (en particular ver nota a pie de página al § 449, StPO, en Schönfelder 90), que regula el funcionamiento de la ejecución penal.

3. La *Ordenanza de ejecución de la prisión preventiva* (UVollzO) del 12/1/1953, en la versión del 1/12/1970.

4. La *Ordenanza sobre comunicaciones en causas penales* (MiStra) del 15/3/1985.

En numerosos procesos penales son debatidos sucesos que importan también a otras autoridades u oficinas públicas, que pueden tomar medidas en relación a ellos (p. ej., los hechos discutidos en un proceso penal contra estudiantes o funcionarios pueden ser significativos para el Derecho disciplinario). La MiStra pretende asegurar que las autoridades competentes tomen conocimiento de esos sucesos. Para cumplir con ese fin se obliga a las autoridades judiciales en las causas penales a informar de ellas a través de comunicaciones a otras autoridades u oficinas públicas (en el ejemplo citado a las universidades o a la autoridad superior del servicio, respectivamente). En los preceptos particulares de la MiStra se establece la extensión de la obligación de comunicar, la forma de las comunicaciones y las oficinas vinculadas a la comunicación (en especial ver ENGELHARDT, NJW 78, 137). Sobre los cuestionamientos constitucionales a dicha ordenanza, ver ZUCK, StrV 87, 32, y, especialmente referido al derecho de autodeterminación informativa, FLEIG, NJW 91, 1016. Actualmente, la *Ley sobre comunicaciones de la justicia* (JuMiG) del 18/6/1997 (BGBl. I, 1430) tiene en cuenta los reparos constitucionales.

5. Los *Lineamientos para las relaciones con el extranjero en causas penales* (RiVASt) del 18/9/1984 (BAnz., nº 176; cf. GRÜTZNER, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, t. I, A, 4), en los cuales está regulada la asistencia jurídica recíproca en causas penales, sobre todo el proceso de extradición, pero también, p. ej., la declaración de testigos y la remisión de expedientes.

6. La *Ordenanza sobre la organización y prestación de servicios de la fiscalía* (OrgStA), el llamado estatuto de organización, regula las facultades en el marco de la jerarquía y la división de tareas en la fiscalía.

E. Derecho estadual

I. En las distintas *constituciones de los estados federados* existen disposiciones que regulan el proceso penal (especialmente en la Constitución bávara, cf., ante todo, los arts. 88-91 que van más allá que la GG). Sin embargo, según el art. 31, GG, el Derecho federal tiene prioridad; en relación a la StPO el Derecho de los estados federados es considerado solamente como complemento excepcional (§ 6, EGStPO). Si en las constituciones de los estados federados son asegurados derechos procesales básicos, ellos son mantenidos en vigor (art. 142, GG), pero, naturalmente, no pueden vincular al legislador federal (BVerfGE 1, 281). Por ello, el Derecho constitucional de los estados federados no tiene significado alguno para el procedimiento penal regulado por el Derecho federal (BayVerfGH 7, 66).

II. Derecho de los estados federados son los procedimientos monitorios campesinos o sobre bosques. Sobre la cuestión acerca de si pueden ser aplicadas, junto a la StPO, la leyes de policía y las leyes de prensa de los estados federados, cf. *infra*, §§ 31, A, III, C, II, 1; 34, C, IV, 1.

§ 4. Bibliografía desde 1945

A. Exposiciones completas

Sobre la bibliografía más antigua, cf. la 21ª edición.

I. Libros de estudio y compendios

Exner, Strafverf.recht, 1947; *Henkel*, Strafverf.recht (Grundriß), 1950; *Stock*, Strafprozeßrecht, Ein Grundriß, 1952, apéndice, 1954; *Henkel*, Strafverf., en: Die Verwaltung, número 41, 1957; *Schorn*, Der Strafrichter, Ein Handbuch für das Strafverf., 1960; *Eb. Schmidt*, Dt. Strafprozeßrecht, Ein Kolleg, 1967, apéndice 1968; *Henkel*, Strafverf.recht, 2ª ed., 1968; *Müller*, Einführung in das Strafprozeßrecht, 1973; *K. Schäfer*, Strafprozeßrecht, Eine Einführung (edición especial de la int. al LR, 23ª ed.), 1976; *Zipf*, Strafprozeßrecht, 2ª ed., 1976; *Gössel*, Strafverf.recht, 1977; *Schmidt/Radatz*, StPO u. Grundzüge des Ordnungswidrigkeitenrechts, 1977; *Baumann*, Grundbegriffe u. Verf.prinzipien des Strafprozeßrechts, 3ª ed., 1979; *Eser*, Einführung in das Strafprozeßrecht, 1983; *Schlüchter*, Das Strafverf., 2ª ed., 1983; *Peters*, Strafprozeß, 4ª ed., 1985; *Krey*, Strafverf.recht I, 1988; II, 1990; *Meurer*, Strafprozeßrecht, 3ª ed., 1991; *Kühne*, Strafprozeßlehre, 4ª ed., 1993; *Pfeiffer*, Grundzüge des Strafverf.rechts, 3ª ed., 1993 (= edición especial de la int. al KK, 3ª ed., 1993); *Ranft*, Strafprozeßrecht, 2ª ed., 1995; *Schlüchter*, Strafprozeßrecht (Kernwissen), 2ª ed., 1995; *Rüping*, Das Strafverf., 3ª ed., 1997; *Fr.-Chr. Schroeder*, Strafprozeßrecht, 2ª ed., 1997; *Beulke*, Strafprozeßrecht, 3ª ed., 1998.

II. Comentarios

Erbs, Handkomm. zur StPO, 1950; *Eb. Schmidt*, Lehrkomm. zur StPO u. zum GVG, t. I, 2ª ed., 1964; t. II, 1957; t. III, 1960; t. complementario I: apéndices y complementos a la parte II (StPO), 1967;t. complementario II a la parte II, 1970; *Dalcke/Fuhrmann/Schäfer*, Strafrecht und Strafverf., 37ª ed., 1961; *Alternativkomm.* (AK) zur StPO en 3 tomos aparecidos hasta ahora (25 colaboradores), t. 1 (§§ 93), 1988; t. 2, 1ª parte (§§ 212 b), 1992; t. 2, 2ª parte (§§ 275), 1993; t. 3 (§§ 477), 1996; *Karlsruher Komm.* zur StPO u. zum GVG (KK), 3ª ed., 1993; *Pfeiffer/Fischer*, StPO, 1995; *Fezer/Paulus* (comps.), Komm. zur StPO (KMR), actualizado a marzo de 1998; Heidelberger Komm. zur StPO, 1997; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, Kurzkomm., 43ª ed., 1997; *Löwe/Rosenberg*, Die StPO und das GVG, Großkomm., 25ª ed., a partir de 1997; *Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüchter/Wolter*, Systematischer Komm. (SK) zur StPO u. zum GVG, actualizado a diciembre de 1997.

III. Colecciones de casos

Petters/Preisendanz, Praktische Strafprozeßfälle mit Lösungen, 13ª ed., 1968; *Kern*, Rechtsfälle aus dem Strafprozeßrecht mit Lösungen, 3ª ed., 1969; *Louwen*, Höchstrichterl. Rspr. usw., 1969; *Gössel*, Strafverf.recht I, 1977; II, Repetitionskurs, 1979; *Schroeder/Meindl*, Fälle u. Lösungen usw., Strafprozeßrecht, 3ª ed., 1998; *Fezer*, Jurist. Studienkurs, 2ª ed., 1995; *Roxin*, Prüfe dein Wissen: Strafprozeßrecht, 15ª ed., 1997.

IV. Exposiciones referidas a la práctica

Kaiser/Karge/Schaefer, Strafrecht (Praxis der Juristenausbildung t. II), 1976; *Helbich*, Strafprozeßrecht, t. I y II, 1976; *Kraß*, Anklage und Begleitverfügung, 1977; *Ricker/Ohr/Graef*, Das Prozeßformular, 1977, 93 y ss.; *Kunigk*, Prozeßführung und Strafverteidigung, 2ª ed., 1979; *Burchardi/Klemphan/Wetterich*, Der StA und

sein Arbeitsgebiet, 5ª ed., 1982; *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 5ª ed., 1983; *Kunigk*, Die staatsanwaltschaftl. Tätigkeit, 3ª ed., 1983; *Pohl*, Praxis des Strafrichters, 1987; *Friedrich/Rosteck*, StPO. Formularkommentierung für den Strafverteidiger, 1989; *Dahs*, Taschenbuch des Strafverteidigers, 4ª ed., 1990; *Schäfer*, Die Praxis des Strafverf., 5ª ed., 1992; *Joachimski*, Strafverf.recht, 3ª ed., 1993; *Rahn*, Mustertexte zum Strafprozeß, 5ª ed., 1993; *Schmitz/Ernemann/Frisch*, Die Station in Strafsachen, 4ª ed., 1993; *Brodag*, Strafverf.recht, Kurzlehrbuch zum Ermittlungsverf. der StPO, 8ª ed., 1994; *Kroschel/Meyer-Goßner*, Die Urteile in Strafsachen, 26ª ed., 1994; *Marquardt/Göbel*, Strafprozeß, 5ª ed., 1996; *Weiland*, Einführung in die Praxis des Strafverf., 2ª ed., 1996.

B. Literatura adicional (en especial de ámbitos vinculados)

I. Teoría general del Derecho procesal

Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925; *Sauer*, Grundlagen des Prozeßrechts, 2ª ed., 1929; *Sauer*, Allg. Prozeßrechtslehre, 1951; *Rödig*, Die Theorie des gerichtl. Erkenntnisverf., 1973; *Grunsky*, Grundlagen des Verf.rechts, 2ª ed., 1974; *J. Schulz*, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie, 1992.

II. Medicina forense

Prokop/Göhler, Forensische Medizin, 3ª ed., 1976; *Arbab-Zadeh/Prokop/Reimann*, Rechtsmedizin, 1977; *Eisen*, Handwörterbuch der Rechtsmedizin, 3 tomos, 1973, 1974, 1977; *Berg*, Grundriß der Rechtsmedizin, 12ª ed., 1984; *Forster*, Rechtsmedizin, 5ª ed., 1989; *Schwerd*, Rechtsmedizin, 5ª ed., 1992.

III. Psicología forense

Altavilla, Forens. Psychologie (edición alemana en 2 tomos), t. I, 1955; t. II, 1959; *Blau/Müller-Luckmann* (comps.), Gerichtl. Psychologie, 1962; *Reps*, Einführung in die prakt. Kriminalpsychologie, 2ª ed., 1967; *Undeutsch*, Forens. Psychologie, 11. Bd. des Handbuchs der Psychologie, 1967; *Louwage*, Psychologie und Kriminalität, 2ª ed., 1968; *Witter*, Grundriß der gerichtl. Psychologie und Psychiatrie, 1970; *Egg* (comps.), Brennpunkte der Rechtspsychologie, 1991.

IV. Psiquiatría forense

Aschaffenburg, Psychiatrie und Strafrecht, 1928; *Wyrsch*, Gerichtl. Psychiatrie, 2ª ed., 1955; *Gruhle/Jung/Maier/Gross/Müller*, Psychiatrie der Gegenwart, 1963-1975; *Witter*, Grundriß der gerichtl. Psychologie und Psychiatrie, 1970; Moser, Repressive Kriminalpsychiatrie, 1971; Göppinger/Witter (comps.), Hdb. der forens. Psychiatrie, 1972; *Langelüddeke/Bresser*, Gerichtl. Psychiatrie, 4ª ed., 1976; *Gschwind* y otros, Die Beurteilung psychiatr. Gutachten im Strafprozeß, 1982; *Rasch*, Forens. Psychiatrie, 1986; *Gschwind/Rautenberg*, Kriminalpsychopathologie, 1987; *Baer*, Psychiatrie für Juristen, 1988; *Luthe*, Forens. Psychopathologie, 1988.

V. Criminalística

Locard, Die Kriminaluntersuchung und ihre Methoden, 2ª ed., 1930; *Wilhelm*, Einführung in die prakt. Kriminalistik, 2ª ed., 1947; *Gross/Seelig*, Hdb. der Kriminalistik, t. II, 8/9ª ed., 1954; *Zbinden*, Kriminalistik, 1954; *Groß/Geerds*, Hdb. der Kriminalistik, t. I, 10ª ed., 1977; t. II, 10ª ed., 1978; *Geerds*, Kriminalistik, 1980; *Künzel*, Sprecherkennung, 1987; *M. Rieß*, Beweismittel Schriftvergleichung, 1989; *Walder*, Kriminalist. Denken, 5ª ed., 1996.

VI. Técnicas de investigación y valoración de testimonios

Monkemüller, Psychologie und Psychopathologie der Aussage, 1930; *Plaut*, Der Zeuge und seine Aussage im Strafprozeß, 1931; *Hellwig*, Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen, 4ª ed., 1951; *Döhring*, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, 1964, 92 y ss.; *Undeutsch*, Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen, Hdb. der Psychologie, t. 11, 1967, 26; *Trankell*, Der Realitätsgehalt von Zeugenaussagen, 1971; *Szewczyk*, Kriterien der Beurteilung kindlicher Zeugenaussagen, 1973; *Geerds*, Vernehmungstechnik, 5ª ed., 1977; *Undeutsch*, Die Wiedererkennung von Personen, Peters-FG II, 1984, 461; *Kühne*, Der Beweiswert von Zeugenaussagen, NStZ 85, 252; *Gley*, Psychol. Grundlagen und Kriterien der Beurteilung von Zeugenaussagen bei Kindern und Jugendlichen, StrV 87, 403; *Arntzen*, Vernehmungspsychologie, 2ª ed., 1989; *Meurer/Sporer*, Zum Beweiswert von Personenidentifizierungen usw., 1990; *Schneider*, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, 1991; *Arntzen*, Psychologie der Zeugenaussage, 3ª ed., 1993; *Bender/Nack*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 2ª ed., 1995 (t. I: Glaubwürdigkeits- und Beweislehre; t. II: Vernehmungslehre).

§ 5. Panorama acerca del desarrollo del procedimiento

Bibliografía: *Dünnebier*, Zum Begriff des Verfahrens, Schäfer-FS, 1980, 27.

(Cf., a tal efecto, el cuadro sinóptico *infra* D).

A. Etapas del proceso penal

El *centro de gravedad* del procedimiento penal que, con razón, interesa más a los legos y al público, es el *juicio oral*. Sin embargo, el juicio oral representa, desde un punto de vista temporal, sólo una pequeña parte del procedimiento. Esto debe ser discutido en detalle.

Del mismo modo que el proceso civil, también el proceso penal se divide en *dos partes principales: el proceso de conocimiento* (Libro segundo a sexto) y el *procedimiento de ejecución* (Libro séptimo). La cesura entre uno y otro está constituida por la cosa juzgada. Antes de la existencia de la cosa juzgada no es posible, por lo menos en un Estado de Derecho, la ejecución penal.

I. El *proceso de conocimiento* es llevado a cabo:

1. a través del procedimiento ordinario (Libros segundo a cuarto de la StPO), o

2. a través de una clase especial de procedimiento (Libros quinto y sexto de la StPO), p. ej., en el procedimiento de acción privada o en el procedimiento por mandato penal.

II. El *procedimiento de ejecución* es igual en los dos tipos de procesos de conocimiento (p. ej., la ejecución de un mandato penal que establece 40 días-multa por 50 DM no es distinta a la ejecución de una sentencia que determina la misma pena).

B. El proceso de conocimiento ordinario en primera instancia

Aquí hay que distinguir tres etapas: procedimiento preliminar, procedimiento intermedio y procedimiento principal.

I. El *procedimiento preliminar* (también llamado procedimiento de investigación) está en manos del fiscal.

1. Consiste en investigaciones que efectúa el fiscal por sí mismo o que hace realizar a través del AG o de la policía.

2. Esta etapa concluye con la decisión del fiscal sobre el resultado de las investigaciones. Esa decisión puede ser:

a) positiva: promoción de la acción, a saber

α) la acusación = interposición del requerimiento de apertura del procedimiento principal, es decir, para convocar al juicio oral, o

β) solicitud de mandato penal, o

b) negativa: sobreseimiento (por razones de hecho, por motivos jurídicos o por insignificancia).

La *acusación* constituye la cesura entre el procedimiento preliminar y el procedimiento intermedio.

II. El *procedimiento intermedio* (§§ 199-211) está en manos del tribunal, que decide sin participación de legos.

1. Se lleva a cabo entre la recepción del escrito de acusación por parte del tribunal que decide y la decisión de ese tribunal sobre la admisión de la acusación. Consiste en la comunicación del escrito de acusación al procesado, en las oposiciones posibles a la apertura del procedimiento principal, así como en la interposición de eventuales requerimientos de prueba y su producción.

2. Finaliza con la decisión del tribunal que entiende en la causa sobre la admisión de la acusación, por tanto:

a) con el auto de apertura, esto es, si el procesado aparece como suficientemente sospechoso de haber cometido una acción punible (§ 203);

b) o con el rechazo de la apertura del juicio, por consiguiente, con un auto de sobreseimiento del tribunal (§ 204).

El *"auto de apertura"* constituye la cesura entre el procedimiento intermedio y el procedimiento principal.

III. En el *procedimiento principal* se debe distinguir entre la preparación del juicio oral (§§ 213-225a) y el juicio oral mismo (§§ 226-275).

a) La *preparación del juicio oral* consiste en la fijación de la fecha de iniciación del juicio, la citación, así como, dado el caso, la comunicación de la integración del tribunal y de la eventual recepción anticipada de prueba.

b) El *juicio oral*, por regla general, es público. Él se desarrolla habitualmente como uno entre muchos otros juicios orales comprendidos en una "sesión" del tribunal, cuyo orden del día se da a conocer al público con anterioridad a través de un cartel en la tabla de anuncios del tribunal. Se divide en las siguientes partes (§§ 243 y ss.):

1. Proclama de la causa. El presidente del tribunal verifica si el acusado y el defensor están presentes y si los medios de prueba han sido procurados, especialmente, si los testigos y los peritos citados han comparecido.

Los testigos son instruidos en forma conjunta sobre su obligación de prestar testimonio y abandonan la sala de audiencia.

2. Interrogatorio del acusado sobre los datos personales.

3. Lectura de la acusación por el fiscal (si se diera el caso: del escrito de acusación modificado a pedido del tribunal, según el § 207).

4. Indicación al acusado de que, libremente, se puede expresar sobre la acusación o no declarar sobre el hecho; y si está dispuesto a declarar, interrogatorio sobre el hecho conforme a los §§ 243, IV, y 136, II.

5. Recepción de la prueba (§§ 244 a 257a): entre la que figura, en especial, la declaración de los testigos y de los peritos. Se realiza, igualmente, a través del presidente. Sin embargo, éste debe permitir al fiscal, al acusado y a su defensor, así como a los demás miembros del tribunal (inclusive a los miembros legos) formular directamente preguntas a los testigos. A pedido, se debe dar oportunidad al fiscal y al defensor de formular aclaraciones (§ 257). El tribunal puede exigir que los requerimientos y propuestas sobre cuestiones procesales sean formulados por escrito (§ 257a). También forma parte de la recepción de la prueba la realización de inspecciones oculares y la lectura de documentos (como, p. ej., de protocolos, cartas, antecedentes penales, etc.). No está indicado un determinado orden en la utilización de los medios de prueba (p. ej., primero los testigos, luego los peritos y después los documentos) y tampoco sería razonable; antes bien, el presidente determina el orden según la conveniencia en el caso particular.

6. Las valoraciones y requerimientos de la fiscalía y del defensor, los llamados alegatos (§ 258). Primero tiene la palabra la fiscalía, luego el acusado o su defensor; la fiscalía tiene el derecho de réplica pero sólo una vez; luego puede hablar nuevamente el acusado o su defensor. El tribunal puede autorizar que los alegatos continúen; pero los intervinientes en el proceso no tienen derecho a ello.

7. El acusado (o su defensor) puede hacer uso siempre de la última palabra. Aunque el defensor haya alegado, a continuación el acusado siempre debe ser preguntado "si él mismo tiene todavía algo que aducir en su defensa" (§ 258, III).

8. Luego siguen la deliberación y votación (§§ 192 y ss., GVG, y 263, StPO). Para ello el tribunal se retira a la sala de deliberación. La decisión, en su parte resolutiva, es asentada por escrito en la sala de deliberación, porque, posteriormente, debe "ser leída".

9. Luego del reingreso del tribunal se lleva a cabo el pronunciamiento de la sentencia, la mayoría de las veces en forma oral a través de la lectura del fallo y de los fundamentos de la sentencia (§ 268).

10. La sesión finaliza con la instrucción sobre la posibilidad de interponer recursos (§ 35a).

IV. Si contra la sentencia se interpone recurso de apelación se puede llegar a una renovación del juicio oral ante el tribunal de apelación. Esa audiencia se estructura de la forma siguiente (cf. § 324):

1. Proclama de la causa; igual que *supra* III, b, 1.

2. Informe del relator sobre los resultados del procedimiento en primera instancia (entre otros, lectura de las partes más importantes, para la apelación, de la sentencia de primera instancia).

3. El resto del procedimiento transcurre igual que en el juicio oral en primera instancia, con dos excepciones:

a) El fiscal no lee nuevamente la acusación.

b) El recurrente alega en primer lugar (§ 326).

V. El juicio oral ante el *tribunal de casación* comienza con el informe del relator. Luego siguen inmediatamente los alegatos y, por cierto, nuevamente en primer lugar el del recurrente (§ 351).

C. Definición legal de imputado en el procedimiento penal

El imputado tiene *diferentes denominaciones* en las distintas etapas del procedimiento. El § 157 dice al respecto:

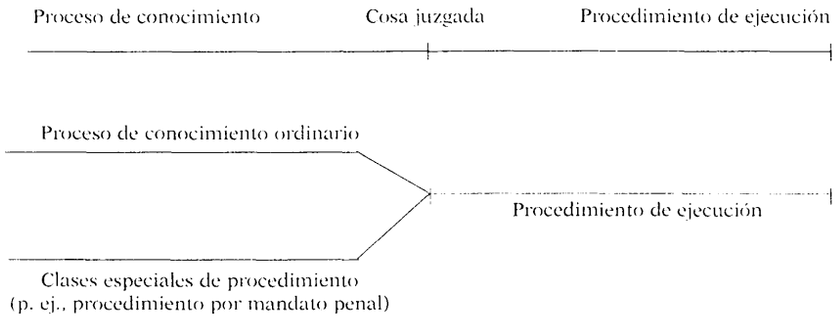
"En el sentido de esta ley es 'procesado', el imputado contra el cual ha sido promovida la acción pública; 'acusado', el imputado o procesado contra el cual se ha resuelto la apertura del procedimiento principal". El imputado (el concepto más amplio para el perseguido) se llama entonces en el procedimiento de investigación "imputado", después de la interposición de la acusación, "procesado", y, a partir del auto de apertura (es decir, en el procedimiento principal), "acusado".

Esto resulta llamativo. Se debería pensar que aquel contra el cual ha sido promovida la acusación se llame "acusado". Pero la ley quiere que sólo a través de un auto del tribunal sea "acusado".

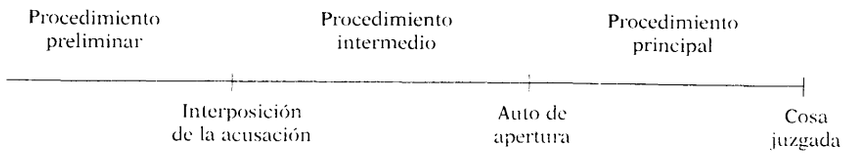
Sobre la cuestión de si en la lectura del escrito de acusación se debe hablar de "acusado" o de "procesado", cf. RAUTENBERG, NStZ 85, 256.

D. Panorama sobre las distintas etapas del procedimiento penal

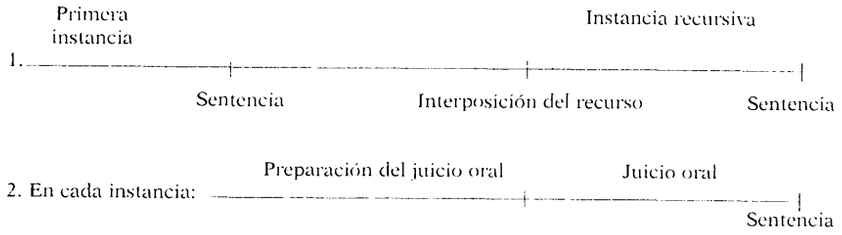
I. El procedimiento penal en su conjunto:



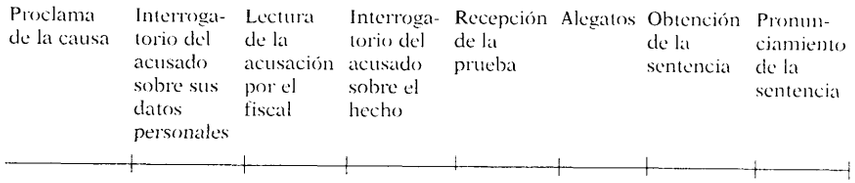
II. El proceso de conocimiento ordinario:



III. El procedimiento principal:



IV. Juicio oral de primera instancia:



Libro Primero
El Derecho vigente en la República Federal de Alemania

Capítulo 1
Derecho de la organización judicial en materia penal

Bibliografía: *Kern*, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, 1954; *Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6ª ed., 1987; *Kissel*, Gerichtsverfassungsgesetz, 2ª ed., 1994; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 2ª ed., 1994; *Katholnigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht, 2ª ed., 1995; *Nelles*, Europäisierung des Strafverfahrens Strafprozeßrecht für Europa?, ZStW 109 (1997), 727.

§ 6. La extensión de la jurisdicción penal alemana. Jurisdicción penal internacional

Bibliografía: *Schnorr v. Carolsfeld*, Straftaten in Flugzeugen, 1965; *Witzsch*, Dt. Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte und deren begleitende Zivilpersonen, 1970; *Schnorr v. Carolsfeld*, Probleme des internat. Strafprozeßrechts, Maurach-FS, 1972, 615; *Oehler*, Internat. Strafrecht, 2ª ed., 1983; *Vogler/Walter/Wilkitzki*, Komm. zum IRG, 1984; *Schomburg/Lagodny*, Gesetz über die intern. Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), 3ª ed., 1998.

I. Desde el levantamiento del estatuto de ocupación, en el año 1955, la jurisdicción penal en Alemania ha quedado de nuevo casi exclusivamente en manos de jueces alemanes (sobre la transferencia de la jurisdicción de ocupación, ver arts. 3 y ss. del Tratado de transmisión). Sólo rige una excepción, en relación con los miembros de las fuerzas armadas de la OTAN, para quienes la jurisdicción penal está repartida entre el Estado que envía la fuerza y el que la recibe (ver, sobre esto, en particular, los arts. VII del Estatuto de las Tropas y 3 de la Ley de Aprobación; más detalladamente, SCHWENK NJW 63, 1425; MAHRENBACH NJW 74, 394 y 1598).

II. En principio, la jurisdicción penal alemana está prevista para todos los hechos que quedan sujetos al *poder penal* alemán. El *Derecho penal internacional penal* determina cuándo es ése el caso. Dado que sus normas deciden sobre el origen de la pretensión penal y no sólo sobre su realización, sistemáticamente no pertenecen al Derecho procesal, sino al Derecho material (discutible; cf. JESCHECK, § 18, I, 3).

El Derecho penal internacional alemán está regulado en los §§ 3-7 del StGB. De otro modo que en el Derecho internacional privado, aquél no determina qué Derecho debe aplicar el juez penal alemán (pues hoy sólo aplica Derecho alemán, cf. JESCHECK, § 18, I, 1), sino que establece el *ámbito de validez* del Derecho penal material alemán (en particular, ver MAURACH/ZIPF 1, § 11, II; JESCHECK, § 18).

III. Por razones de Derecho internacional público o de Derecho constitucional, determinadas personas están excluidas de la jurisdicción penal alemana.

1. Las limitaciones del *Derecho internacional público* están reproducidas en los §§ 18-20, GVG. La *extraterritorialidad* allí estatuida comprende el círculo de aquellas personas, p. ej., altas autoridades de un Estado extranjero, embajadores y otras, que están exentas de la jurisdicción alemana según las reglas generalmente reconocidas del Derecho internacional público o con motivo de tratados entre estados (ver WOLF, § 5, III, 2; MAURACH/ZIPF 1, § 11, II, B). Extraterritorialmente condicionados están también los miembros de las fuerzas armadas de la OTAN (ver *supra* I).

2. Una limitación constitucional de la jurisdicción penal es la *inmunidad* de los legisladores (ver *infra*, § 21, B, III, 3).

IV. El 25/5/1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha decidido instituir un Tribunal Penal Internacional para sancionar los crímenes de guerra de los Balcanes. El tribunal está integrado por dos cámaras de tres jueces cada una y una cámara de apelaciones con cinco jueces. Estos once jueces, en total, son independientes y deben provenir de once países diferentes. La competencia del tribunal está limitada al ámbito de la ex Yugoslavia y a las graves lesiones del Derecho internacional humanitario allí cometidas a partir del 1/1/1991. La creación de un tribunal general de Derecho penal internacional es actualmente discutida en todo el mundo.

Bibliografía: *Schomburg*, ZPR 93, 308; *Roggemann*, ZPR 94, 297; *Schomburg*, NStZ 95, 428; *Nill-Theobald*, ZStW 108 (1996), 229.

V. Una europeización del procedimiento penal se lleva a cabo hoy, ante todo, en el ámbito de la policía (cf. *infra* § 10, B, IV, 3). En cambio, apenas si se puede hablar de una europeización del Derecho procesal penal. NELLES, ZStW 109 (1997), 727, brinda un extenso informe al respecto.

§ 7. La competencia material y la integración de los tribunales penales

A. La competencia material

Bibliografía: *Marx*, Der gesetzl. Richter i. S. v. Art. 101 I 2 GG, 1969; *J. Henkel*, England, Rechtsstaat ohne "gesetzl. Richter", 1971; *Kellermann*, Probleme des gesetzl. Richters unter besond. Berücksichtigung der großen Strafverf., 1971; *Engelhardt*, StA u. gesetzl. Richter, DRiZ 82, 418; *Achenbach*, StA u. gesetzl. Richter ein vergessenes Problem? Wassermann-FS, 1985, 849; *Meyer-Goßner*, Verf.verbindungen im Strafprozeß ohne gesetzl. Grundlage? DRiZ 85, 241; *Kost*, Verbindung u. Trennung von Strafverf., tesis doctoral, Frankfurt 1989; *Meyer-Goßner*, Die Verbindung verschied. gegen denselben Angeklagten bei demselben LG anhängiger Strafverf., NStZ 89, 297; *idem*, Zur Zulässigkeit von Verf.verbindungen u. zu den Folgen einer zulässigen Verbindung, DRiZ 90, 284; *Eser*, Der »gesetzl. Richter« u. seine Bestimmung für den Einzelfall, Salger-FS, 1995, 247; *Mutzbauer*, Gerichtliche Zuständigkeiten nach der Trennung verbundener Strafverf., NStZ 95, 213; *Rieß*, Die Zuständigkeit des Strafrichters und die mindere Bedeutung der Sache, NStZ 95, 376; *Felsch*, Rechtsprobleme des fehlerhaften Verbindungsbeschlusses nach § 4 StPO, NStZ 96, 163.

I. Aspectos conceptuales

La competencia material consiste en la distribución de los asuntos judiciales, según su clase o su gravedad, entre los distintos órganos de decisión judiciales de la primera instancia (Juez Municipal, Tribunal de Escabinos, Gran Cámara Penal del LG, Sala Penal del OLG). De ella también dependen las otras instancias. Sus reglas están en la GVG, mientras que la competencia territorial está regulada en la StPO (ver, más detalladamente, *infra* § 8).

II. Las distintas posibilidades teóricas

La distribución puede ser realizada de acuerdo con distintos puntos de vista:

1. Puede ser *abstracta, a través de la ley* (sin referencia a la pena esperada en el caso concreto).

a) Así, delitos mencionados expresamente son asignados a determinados órganos de decisión (p. ej., al Tribunal de Jurados: asesinato, homicidio, lesiones corporales con resultado de muerte; a la Cámara Penal: robo y hurto agravado; al Tribunal de Escabinos: hurto simple; al Juez Municipal: los delitos de acción privada; etc.).

b) O, de otra manera, que para el reparto sea determinante la pena máxima amenazada en la ley, de modo tal que, p. ej., todos los crímenes amenazados con pena privativa de libertad de más de cinco años corresponden al Tribunal de Jurados, todos los demás crímenes a la Cámara Penal, y todos los delitos amenazados con pena privativa de la libertad de más de un año corresponden al Tribunal de Escabinos.

2. Pero también puede ser *concreta*, esto es, que a los tribunales se les asigne un determinado poder penal (p. ej., al Juez Municipal hasta un año de pena privativa de libertad, al Tribunal de Escabinos cuando es superior al año, a la Cámara Penal la competencia para imponer penas privativas de libertad de hasta cinco años y la internación de seguridad, al Tribunal de Jurados el poder penal pleno) y que la distribución sólo dependa de la pena esperada previsiblemente como máxima en el caso individual. La prognosis debe ser realizada por la fiscalía, pero también el tribunal puede participar en ello rechazando la fijación de la audiencia de juicio oral en los casos en los cuales previsiblemente su poder penal no alcance.

III. La situación jurídica actual

La StPO contiene, en la versión actualmente vigente, un sistema mixto, según el cual la competencia está determinada en parte abstractamente y en parte concretamente. Las particularidades están resumidas en los cuadros sinópticos del final de este parágrafo, a cuyo estudio invito al lector.

1. De ellas se desprende que en el *Tribunal Municipal* operan dos cuerpos de decisión judiciales de primera instancia, a saber, el Juez Penal (unipersonal) y el Tribunal de Escabinos, cuya competencia surge de distintas "regulaciones mixtas" (cf. §§ 24 y 25, GVG). De este modo, el *Juez Penal* es competente para los delitos de acción privada (abstractamente: según tipos particulares), así como para delitos para los cuales no pueda esperarse una pena privativa de libertad de más de dos años (concretamente). El *Tribunal de Escabinos*, como órgano de decisión sentenciante (previsión de las reglas del § 24, I, nº 3, GVG; cf. *infra* IV), es competente tanto para los delitos que no caen en la competencia del Juez Penal como para crímenes, a menos que funden la competencia de un tribunal superior (abstractamente) o, en el caso individual, no se pueda esperar una pena superior a los cuatro años de privación de libertad (concretamente). Esta última atribución también es, hacia arriba, nuevamente limitada en abstracto, pues la competencia para juzgar del AG termina de modo absoluto con cuatro años de pena privativa de libertad (§ 24, II, GVG). Si en el juicio oral ante el juez individual o el Tribunal de Escabinos resultara, en contra de lo esperado, que es necesaria una condena más grave, la causa debe ser remitida al LG.

2. En el nivel del *Tribunal Estadual* encontramos más órganos de decisión penales: la Pequeña Cámara Penal, la Gran Cámara Penal, diversas cámaras penales con competencia material especial y el Tribunal de Jurados.

a) De ellos, la Gran Cámara Penal y el Tribunal de Jurados ejercen la actividad *de primera instancia*. Mientras la competencia del *Tribunal de Jurados* está determinada abstractamente, según tipos penales particulares (ver § 74, II, GVG: se trata casi exclusivamente de delitos de homicidio y otros con resultado de muerte), para la *Gran Cámara Penal* se prevé una clase de "competencia residual", esto es, ella debe juzgar en primera instancia todos los delitos para los cuales no esté determinada alguna otra competencia (ni mayor ni menor) (cf. §§ 74, I, y 76, I, GVG); de esto resulta, en la práctica –según la delimitación de los restantes órganos de decisión judiciales– una regulación en parte abstracta y en parte concreta.

b) La competencia *apelada*, que anteriormente se distribuía entre la Gran y la Pequeña Cámara Penal, desde el 1/3/1993 reside solamente en la *Pequeña Cámara Penal* (§§ 74, III, y 76, I, GVG).

c) El desarrollo jurídico de la posguerra ha conducido a la formación de *cámaras penales con competencia material especial*. Una de tales cámaras penales es también el Tribunal de Jurados desde 1975 (§ 74, II, GVG: "una cámara penal como Tribunal de Jurados", cf., detalladamente, *infra* B, I y II), junto a la Cámara Penal Especial para causas relativas a delitos contra la seguridad del Estado (§ 74, a, GVG), a la Cámara en lo Penal-económico (§ 74, c, GVG) y a la Cámara de Protección para la Juventud (§§ 74, b, y 26, I, 1, GVG). Con excepción de la Cámara en lo Penal-económico, cuando ella actúa como tribunal de apelación (cf. § 74, c, I, GVG), se trata siempre de *grandes cámaras penales* (§ 76, I, 1, GVG). Sobre la jerarquía en la competencia material, cf. §§ 74, e, GVG, y 47, a, y 103, II, JGG.

3. Los *tribunales superiores estaduales* son competentes, en parte, en primera instancia y, en parte, como tribunales de casación.

a) Los OLG, en cuyo distrito tiene su asiento el gobierno estadual, son competentes en *primera instancia* para los *delitos contra la seguridad del Estado*. El § 120, I, GVG, contiene una enumeración taxativa de delitos que fundan siempre la competencia del OLG; ésta es una regulación abstracta. Por el contrario, la regulación del § 120, II, GVG, es concreta: de acuerdo con ella, el OLG es competente para ciertos hechos punibles que, en el caso concreto, afectan a la seguridad del Estado, cuando por el significado especial del caso el Procurador General Federal asume la persecución.

b) Además, todos los OLG deciden sobre los *recursos de casación* contra las sentencias del AG (§ 335) y contra las sentencias de apelación del LG (ver § 121, GVG). Prescindiendo de algunas excepciones que están señaladas en los cuadros sinópticos, el OLG, por ello, sólo es considerado un tribunal de casación para los procedimientos que comienzan en el nivel del AG.

4. Frente a ello, el *Tribunal Supremo Federal* es competente para los recursos de casación en las causas penales cuya instancia de mérito (primera y última) reside en el LG o en el OLG (ver § 135, GVG).

IV. La *competencia "móvil" y el problema del juez establecido por la ley*

De la lectura de los cuadros sinópticos se verifica que la competencia material de los tribunales penales no puede ser descripta con plenitud a través del par conceptual contrapuesto "abstracta-concreta", con sus diversas combinaciones. También se comprobará, antes bien, que la *fiscalía*, en ciertos casos, tiene la posibilidad de interponer la acusación ante el AG o ante el LG. Así, los crímenes y delitos, para los cuales el AG es en sí competente, son juzgados en primera instancia por la Gran Cámara Penal "si la Fiscalía, por el especial significado del caso, interpone la acusación ante el Tribunal Estadual" (cf. §§ 24, I, nº 3; 74, I, 2, GVG); con ello, la fiscalía puede incluso privar al imputado de la instancia de apelación (cf. § 312).

Esta regulación no satisface las necesidades de la práctica, pues ni la estipulación abstracta según tipos penales o categorías de delitos, ni el monto de la pena esperada permiten, en todos los casos, encuadrar correctamente un hecho en el régimen de competencia según su gravedad. Igualmente, bajo el punto de vista del Estado de Derecho esta *"competencia móvil"* es, sin duda, problemática (cf., sobre ello, M/D/MAUNZ, art. 101, GG, y núms. margs. 28 y siguientes). La finalidad de un régimen de competencia legal relativamente complicado y detallado consiste justamente en que para cada hecho punible esté previsto un órgano de decisión judicial *determinado legalmente*, con lo cual no queda posibilidad alguna para que la persona del juez que decide sea elegida arbitrariamente según criterios no objetivos. Por ello resulta dudoso que la competencia móvil sea compatible con el principio del *"juez establecido por la ley"* (art. 101, GG,

§ 16, GVG; cf., sobre esto, ACHENBACH, 1985, con más información). A pesar de ello, el BVerfG ha declarado la adecuación constitucional de la regulación de la competencia móvil (BVerfGE 9, 223; 22, 254).

El BVerfG se apoya, ante todo, en que el criterio del "especial significado del caso", del § 24, I, nº 3, GVG, no representa una cláusula discrecional, sino un concepto jurídico indeterminado; si existen sus requisitos, la fiscalía *debe* ejercer la acción ante el LG, de modo que no existe una libertad de elección en sentido propio. Además, según el BVerfG, la utilización abusiva de la competencia móvil está impedida por el § 209, I, StPO. Según este precepto, el LG, ante cada acusación ante él interpuesta, también puede abrir el procedimiento ante el AG, de modo que está asegurado el control judicial de la práctica acusatoria fiscal.

Sin embargo, con ello no se resuelve el problema, sino que, solamente, se ha generado una nueva tarea (así ya Eb. SCHMIDT, JZ 59, 535), a saber, la determinación, a partir de una generalización, de los criterios sobre el "significado especial" o "leve" de una causa (ACHENBACH, 1985, 851 y s., quien, además, llama la atención acerca de que el art. 101, I, 2, GG, conduce, en otras situaciones, a problemas similares). Según la jurisprudencia, el especial significado del caso puede resultar de la intensidad de la lesión jurídica y de las consecuencias del hecho, pero no ya de la envergadura del procedimiento (Düsseldorf, StrV 97, 13). Pese a esos esfuerzos de concreción, el BVerfG tampoco ha ocultado que puede ser pensada una regulación que "se ajuste mejor a las ideas básicas del art. 101, GG".

Por el contrario, si el LG asume su competencia de modo abiertamente arbitrario, porque el AG, en sí competente, no quiere abrir el procedimiento principal, existe una violación del principio del juez establecido por la ley. El § 269 no rige para casos de arbitrariedad; antes bien, aquí la incompetencia debe ser establecida, según el § 6, también sin reclamo (BGHSt 40, 120; BGH StrV 95, 620). Así pues, el tribunal de casación debe anular de oficio la sentencia del LG y reenviar la causa al AG competente (BGHSt 38, 212). Asimismo, el acusado es sustraído del juez establecido por la ley cuando un Tribunal de Escabinos ha asumido su competencia arbitrariamente (Düsseldorf, StrV 95, 238; Köln, StrV 96, 298; Hamm, StrV 96, 300).

V. Conexidad

La distribución estricta de la competencia material es quebrantada por razones de economía procesal en caso de *hechos punibles conexos* (también para la competencia territorial, ver *infra* § 8, B, I). Habrá *conexión*, de acuerdo con el § 3, si un imputado es perseguido por varios hechos punibles (*conexión personal*; sobre la interpretación *LR*, 25ª ed., WENDISCH, § 3, núms. margs. 8 y ss., con más información) o si varias personas son inculpadas como autoras o partícipes en sentido amplio (*conexión material*; BGH NJW 88, 150). Además, ambos casos pueden ser combinados (*Kl/M*, § 3, núm. marg. 4).

Participación en el sentido del § 3 es toda colaboración, en un proceso unitario, finalmente dirigida en la misma dirección (BGH NStZ 87, 569).

Los casos importantes en la práctica son los siguientes: alguien ha cometido un robo (competencia normal: Gran Cámara Penal) y un hurto menor (competencia: Juez Penal). O: alguien ha hecho fracasar la condena de un asesino (competencia: Tribunal de Jurados), por encubrimiento personal (competencia normal: Tribunal de Escabinos).

Los casos de este tipo pueden ser conectados por la fiscalía desde el comienzo, interponiendo una acusación conjunta ante el tribunal de mayor rango (§ 2, I). Si la fiscalía omite esto y ejerce acciones independientes para cada caso, la conexión la puede realizar todavía el tribunal de mayor jerarquía por auto (§ 4, I, y II, 1) y no por acuerdo de los tribunales afectados (BGH NStZ 96, 47). En ello, el tribunal procede discrecionalmente y también puede, en todo momento, ordenar la *separación* de los procedimientos conexos.

En el caso de causas penales conexas, el procedimiento posterior se rige siempre por el hecho punible más grave (§ 5), dato de importancia, p. ej., para responder a las preguntas acerca de cuál recurso está previsto o si existe un supuesto de defensa necesaria.

La competencia modificada por conexión de causas a través de la fiscalía (§ 2) merece, con relación al principio del juez establecido por la ley (art. 101, I, 2, GG), reparos similares a los de la competencia móvil en el supuesto de los §§ 24, I, nº 3; 74, I, 2, GVG (cf. *supra* A, IV; más detalladamente, ACHENBACH, 857 y siguiente).

B. La integración de los tribunales penales

Bibliografía: *Baur*, Laienrichter - heute?, Kern-FS, 1968, 49; *Schwinge*, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, 1926, reedición con introducción: Zum Schwurgerichtsproblem heute; *Knittel*, Mitbestimmung in der Strafjustiz, 1970; *Hartung*, Um das Schwurgericht, ZStW 82 (1970), 601; *Nowakowski*, Reform der Laiengerichtsbarkeit in Strafsachen, Verh. d. 4. Österr. Juristentags, 1970, t. I, 5ª parte; *Jescheck*, Das Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der BRD und der Schweiz, Hans-Schultz-FG, 1977, 229; *Volk*, Der Laie als Strafrichter, Dünnebier-FS, 1982, 373; *Benz*, Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß, 1982; *Deisberg/Hohendorf*, Das erweiterte Schöffengericht - ein Stiefkind der Strafrechtspflege? DRiZ 84, 261; *Jung*, Die Beteiligung von Laien an der Strafrechtspflege, en: 150 Jahre LG Saarbrücken, 1985, 317; *Salditt*, Fragen zur Rolle des Laienrichters in der Strafjustiz, en: Der Richter in Strafsachen, 1992, 67; *Herzog*, Über bewegl. Zuständigkeitsregelungen usw., StrV 93, 609; *Renning*, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtl. und psycholog. Sicht, 1993.

I. Jueces profesionales y legos

Los problemas fundamentales de la situación jurídica de los jueces, el desarrollo histórico de la judicatura profesional y lega en el proceso penal alemán, la independencia objetiva y personal del juez y los requisitos personales de su designación son tratados por el Derecho de la organización de los tribunales y por el Derecho judicial (GVG y DRiG; cf. WOLF, §§ 15-23) y no requieren aquí tratamiento especial alguno. Sólo la forma de participación de los legos en el procedimiento principal, característica del proceso penal alemán, exige una referencia adicional en este lugar.

La StPO contempló originariamente dos clases diferentes de jueces legos, los escabinos y los jurados. En tanto los *escabinos*, por definición, actuaban junto a los jueces profesionales, en colegio sentenciador, con la misma función y con los mismos derechos, como sucede hoy en día con todos los jueces honorarios, para los tribunales de jurados, competentes para el enjuiciamiento de los crímenes capitales, estaba previsto originariamente una división de tareas entre jueces profesionales y legos (*los jurados*). El llamado "banco de jurados", integrado por doce jueces legos, só-

lo debía decidir sobre la cuestión de la culpabilidad y al "banco de los jueces" (los tres jueces profesionales) le quedaba esencialmente reservada, junto a las cuestiones procesales, sólo la medición de la pena (cf., en particular, KERN, GVR, 4ª ed., 208 y ss.). Esta estructuración del Tribunal de Jurados, que encontramos en forma parecida, hoy todavía, en Inglaterra y en los EE.UU. (cf. *infra* § 73), está relacionada con la idea específicamente "democrática" de la judicatura lega. Se suponía que el pueblo, como detentador del poder estatal, estaba mejor representado en los tribunales penales a través de los ciudadanos comunes, quienes, a la vez, ofrecían la mejor garantía contra los intentos de ejercer influencias sobre el tribunal. Sin embargo, en la práctica, los tribunales de jurados de estilo antiguo no dieron buen resultado, pues el lego, jurídicamente neófito, está, frente a influencias impertinentes, en verdad menos inclinado a la objetividad que el instruido juez profesional, en razón de su formación y larga experiencia. Pero, ante todo, el juez lego, en la mayoría de los casos, ya no está en posición de comprender por sí solo el significado jurídico-penal correcto de un hecho, a causa de una dogmática jurídica cada vez más refinada, especialmente cuando recibía, según estaba previsto, sólo una instrucción jurídica general del presidente del banco de los jueces. Por ello, los tribunales de jurados, en su forma anterior, fueron abolidos en 1924 por la llamada reforma EMMINGER; ellos se distinguen ahora de los tribunales de escabinos sólo por el nombre (sobre la integración, ver *infra* II). Ello ha sido tomado en cuenta por el legislador para abolir la vieja designación de jurados (para la cual ya no había más justificación real) a través de la ley de modificación de la designación de las oficinas judiciales, del 26/5/1972 (BGBl. I, 841), y la ha reemplazado por la expresión unitaria "escabinos". No obstante, se ha conservado el nombre tradicional de "Tribunal de Jurados" (cf. cuadro sinóptico al final de este parágrafo).

Según ello, hoy los jueces honorarios ejercen "la función judicial en toda la extensión y con el mismo derecho de voto" que los jueces profesionales; ellos deciden "conjuntamente sobre la cuestión de culpabilidad y de la pena" (§§ 30 y 77, I, GVG). Para ello son "independientes en la misma medida que los jueces profesionales" (§ 45, I, 1, DRiG). De esta forma, la participación de legos en la administración de justicia penal es todavía hoy de gran valor. Sin embargo, su importancia para el Estado de Derecho moderno ya no reside más en la protección contra el abuso de las autoridades; aunque contribuye, también ahora, a fortalecer la comprensión del pueblo en la administración de justicia penal y la confianza en su corrección (cf. SCHROEDER, NJW 83, 141; muy crítico sobre ello, VOLK, *Dünnebier-FS*, 373).

II. La integración de los tribunales penales en particular

El Juez Penal es siempre un juez profesional (cf. §§ 28 y 29, GVG); por lo tanto, para la criminalidad leve no está prevista participación alguna del juez lego. El Tribunal de Escabinos está integrado normalmente con un juez profesional como presidente y dos jueces honorarios; en las causas voluminosas puede ser añadido, según las circunstancias, un segundo

juez profesional (cf. § 29, II, GVG; detalladamente DEISBERG/HOHENDORF, 1984).

En el LG, la Pequeña Cámara Penal está integrada por un juez profesional como presidente y dos jueces honorarios; en cambio, la Gran Cámara Penal se integra con tres jueces profesionales y dos jueces honorarios (§ 76, I, 1, GVG). La Gran Cámara Penal puede decidir, en la apertura del procedimiento principal, que en el juicio oral sólo intervengan dos jueces y dos escabinos, únicamente si ella no es competente como Tribunal de Jurados y la presencia de un tercer juez no parece necesaria con relación a la extensión o complejidad de la causa (§76, II, GVG). En las apelaciones contra una sentencia del Tribunal de Escabinos ampliado, según el § 29, II, GVG, también la Pequeña Cámara Penal debe ser ampliada con un segundo juez, pero que sólo intervendrá en el juicio oral (§ 76, III, GVG). El Tribunal de Jurados, que antiguamente era, con tres jueces profesionales y seis escabinos, el órgano de decisión judicial más numeroso de nuestra justicia penal, es, desde 1975, sólo una Gran Cámara Penal más, con competencia especial (§§ 74, II, y 74d, GVG), compuesto igualmente –y, por cierto, siempre (§ 76, II)– por tres jueces profesionales y dos escabinos. El presidente, en este y en todo tribunal, es un juez profesional. Tanto para la Pequeña como para la Gran Cámara Penal no está prevista la intervención de escabinos fuera del juicio oral (§ 76, I, 2, GVG).

Los OLG y el BGH sentencian siempre sin participación de legos. Cuando el OLG es competente en primera instancia decide con cinco jueces profesionales la apertura del procedimiento principal y con la apertura resuelve si en el juicio oral estará integrado con tres o, excepcionalmente, también aquí, con cinco jueces (§ 122, II, GVG); fuera del juicio oral, decide con tres jueces; sobre el sobreseimiento del procedimiento principal a causa de un impedimento procesal, empero, con la composición determinada para el juicio oral (§ 122, I, II, 3, GVG). Como tribunal de casación resuelve siempre con tres jueces profesionales (§ 122, I, GVG). El BGH sentencia siempre con cinco jueces (§ 139, I, GVG; sobre la integración para decidir quejas y dictar resoluciones sobre requerimientos del § 161a, III, ver § 139, II, GVG).

Tribunal	Sección	Integración	Competencia	Fuente jurídica
Tribunal Municipal	Juez Penal	1 juez profesional	Delitos: 1) si ellos son perseguidos por acusación privada, 2) si no se debe esperar una pena privativa de libertad superior a dos años.	§§ 24 y 25, GVG
	Tribunal de Escabinos	1 o 2 jueces profesionales y 2 jueces honorarios (escabinos)	1) Delitos, en tanto no funden la competencia del Juez Penal o la fiscalía no interponga la acuación ante el LG por su especial significado o exista un caso de los §§ 74, II, 74a o 120, GVG. 2) Crímenes, si no fundan la competencia del Tribunal de Jurados del OLG; o si en el caso concreto no es de esperar una pena superior a cuatro años de privación de libertad, o la internación del imputado en un hospital psiquiátrico, o bien la internación de seguridad; o si la fiscalía no interpone acusación ante el LG por la especial importancia del caso.	§§ 24, 25, 28 y 29, GVG
Tribunal Estadual	Pequeña Cámara Penal	1 juez profesional (excepcionalmente 2) y 2 jueces honorarios (escabinos)	Exclusivamente apelaciones contra sentencias del Juez Penal y del Tribunal de Escabinos; en el caso del § 74c, I, GVG, como *Cámara en lo Penal-económico.*	§§ 74, III; 74c, I; 76, I y III; GVG
	Gran Cámara Penal	2 jueces profesionales (excepcionalmente 3) y 2 jueces honorarios (escabinos)	Exclusivamente como tribunal de primera instancia y: 1) como *Tribunal de Jurados* en los delitos de homicidios dolosos (§§ 211 y s., StGB), en numerosos delitos con resultado de muerte (p. ej., §§ 226, 251 y otros, StGB) y en hechos punibles de peligro común especialmente graves, como los de los §§ 306b, 307, I a III, y 308, I a III, StGB (ver, en particular, § 74, II, GVG); 2) como *Cámara en lo Penal-económico* de primera instancia en los asuntos penal-económicos mencionados en el § 74c, GVG. 3) como *Cámara para delitos contra la seguridad del Estado* en los delitos leves contra la seguridad del Estado, enumerados en el § 74a, GVG; 4) *por lo demás*, como tribunal de primera instancia en todos los crímenes que no pertenezcan a la competencia del AG o del OLG, así como en todos los delitos y crímenes que, por la especial relevancia del caso, hayan sido acusados por la fiscalía ante la Gran Cámara Penal o enviados a ella por el AG, porque su poder penal para juzgarlos no es suficiente[1].	§§ 74, I y II; 74a; 74c y 76, I y II, GVG.

Tribunal	Sección	Integración	Competencia	Fuente jurídica
Tribunal Superior Estadual	Sala Penal para casaciones y quejas	3 jueces profesionales	1) Recursos de casación contra las sentencias de apelación del LG[2/3]. 2) Recursos de casación contra las sentencias de primera instancia del LG, si el recurso está exclusivamente fundado en la lesión de una norma jurídica contenida en una ley estadual[2].	§§ 121 y 122, GVG
	Sala Penal de primera instancia[4]	5 o 3 jueces profesionales	En todos los casos de delitos (graves) contra la seguridad del Estado enumerados en el § 120, I, GVG. Además, si el Procurador General Federal asume la persecución a causa del significado especial del caso, según los §§ 74a, II, y 120, II, nº 1, GVG, en los delitos (leves) contra la seguridad del Estado del § 74a, GVG, así como en los delitos enumerados en el § 120, II, nº 2 y 3, GVG.	§§ 120 y 122, GVG
Tribunal Supremo Federal	Sala Penal	5 jueces profesionales	1) Recurso de casación contra las sentencias de los tribunales de jurados y de las grandes cámaras penales, cuando actúan en primera instancia, en tanto no se trate de un supuesto de competencia de los OLG. 2) Recursos de casación contra las sentencias de primera instancia de los OLG.	§ 135, GVG

[1] El AG no puede conocer en casos cuya pena privativa de libertad supere los cuatro años, o en caso de la internación del imputado en un establecimiento psiquiátrico de la internación de seguridad (§ 24, II, GVG).

[2] Si un OLG, en su decisión, quiere apartarse de una decisión dictada después del 1/4/1950 por otro OLG o por el BGH, la causa debe ser remitida al BGH (§ 121, II, GVG). Esto no rige para la interpretación del Derecho común europeo (BGHSt 33, 76; 36, 92).

[3] En Baviera el BayObLG es competente para todos los recursos de casación que corresponden a la competencia del OLG; art.11, II, de la AGGVG bávara, del 23/6/1981 (cf. también § 9, EGGVG).

[4] De acuerdo con el § 120, I, GVG, aquí es competente, en cada Estado federado, únicamente el OLG en cuyo distrito tenga su sede el gobierno estadual. En Baviera es competente, también para esas resoluciones de primera instancia, el BayObLG (art. 11, II, de la AGGVG bávara, de 23/6/1981 –BayRS 300-1-1-J–, con relación al § 9, 2ª frase, EGGVG). Cf., también, § 120, V, GVG.

§ 8. La competencia territorial

En la competencia territorial se trata de la distribución de las tareas entre los distintos tribunales de la misma clase, espacialmente ubicados en lugares diferentes (p. ej., AG Tübingen, AG Reutlingen; LG Stuttgart, LG Ulm), según criterios territoriales (lugar del hecho, del domicilio, etcétera). Esta competencia, a diferencia de la material, no está regulada en la GVG, sino en la StPO (§§ 7 y siguientes). La ley habla aquí, como en la ZPO, de *"jurisdicción"*. Se puede distinguir entre jurisdicciones ordinarias y extraordinarias.

La determinación del tribunal territorialmente competente le corresponde, en primer lugar, a la fiscalía (§§ 200, I; 212 y 407, I). Según la opinión dominante, ella puede elegir discrecionalmente entre las diversas jurisdicciones. La compatibilidad de tal posibilidad de elección con el principio del juez establecido por la ley (art. 101, I, 2, GG) ha sido puesta en duda cada vez más en los últimos tiempos (ENGELHARDT, DRiZ 82, 419; ACHENBACH, *Wassermann-FS*, 1985, 855, con más información).

A. Las **jurisdicciones ordinarias** se dividen en generales (para toda clase de hechos punibles) y especiales.

I. Las *jurisdicciones generales* son las siguientes:

1. *Primarias:*

a) La jurisdicción del *lugar del hecho* (§ 7): aquí es ejercida la acción en la práctica, muy frecuentemente, pues allí debe ser realizada la inspección ocular; casi siempre también los testigos viven en las cercanías del lugar del hecho. El hecho se considera cometido tanto en el lugar en el que el autor obró como en el que sucedió el resultado (o –en caso de tentativa– donde debería haber sucedido); a saber, si alguien envía una carta injuriosa de Stuttgart a Munich, tanto en Stuttgart (lugar de la acción) como en Munich (lugar en el cual sucede el resultado de la toma de conocimiento) (§ 9, I, StGB). Esta disposición no tiene únicamente importancia sustantiva, para el ámbito de validez del Derecho penal, sino también procesal, para la competencia.

Sobre la jurisdicción por hechos punibles en barcos y aeronaves, cf. § 10.

b) La jurisdicción del *domicilio* (§ 8): la jurisdicción también corresponde al tribunal en el cual, al momento de la interposición de la acción (no al tiempo del juicio oral) tiene su domicilio el procesado. Cf. también el domicilio simulado del § 11.

c) La jurisdicción del lugar de la *aprehensión* (§ 9). En la práctica, entra en consideración, sobre todo, por hechos cometidos en el extranjero o en el país, cuando el lugar del hecho es desconocido (p. ej., violación en una casa rodante; o: en Tübingen es encontrado un vagabundo con una bicicleta que evidentemente ha hurtado en algún lugar; Tübingen es competente como jurisdicción del lugar de aprehensión).

d) Para el mismo caso penal, según lo dicho, son competentes territorialmente, en principio, *varios* tribunales. Entre ellos recibe la prioridad el que primero abrió la investigación (§ 12).

La "apertura de la investigación" significa la admisión de la acusación, esto es, el auto de apertura. *Después* de la apertura de la investigación lo decisivo no es la prioridad de la interposición de la acusación, sino la prioridad de la apertura. *Antes* de la apertura de la investigación, en cambio, es decisiva la prioridad de la interposición de la acusación.

Este *principio de la prioridad* no se cumple en un caso: si una causa pende entre tribunales de distinto orden (AG y LG), corresponde la preeminencia, en apartamiento del principio de la prioridad, por regla general, al tribunal de rango superior. Éste puede atraer hacia él el procedimiento pendiente ante el tribunal inferior por un auto de acumulación y así concluye el procedimiento ante el inferior, sin que sea necesario dictar un auto de sobreseimiento (BGHSt 36, 175; NStZ 95, 351).

2. *Subsidiarias*

Si el acusado no tiene domicilio en el ámbito de validez de la StPO (§ 8, II), rige la jurisdicción del lugar de su *residencia habitual* o, si ella no es conocida, del *último domicilio en el país*.

Si en el ámbito de validez de la StPO se carece de un tribunal competente o él no está determinado, entonces el BGH determina el tribunal competente (§ 13a).

"Se carece" de un tribunal competente territorialmente, p. ej., cuando alguien, que vive en el extranjero, ha cometido en el extranjero un hecho de aquellos a los que es aplicable el Derecho penal alemán y no se ha efectuado una aprehensión en el sentido del § 9 (cf., para el caso de los crímenes de guerra en el extranjero, BGH NStZ 94, 139). Si alguien, bajo los presupuestos mencionados, ha cometido el hecho en Alemania, pero el lugar de la comisión no puede ser establecido, entonces es un supuesto en el que la jurisdicción "no puede ser determinada".

II. Competencias especiales rigen:

1. Para *delitos contra la seguridad del Estado*; aquí es competente, siempre, sólo el OLG o bien el LG en cuyo distrito tiene su asiento el gobierno estadual (§§ 120 y 74a, GVG); la cantidad de OLG competentes puede ser nuevamente limitada por acuerdos entre los estados federados (§ 120, V, GVG).

2. Para *delitos de prensa* (p. ej., revelación de secretos de Estado por una revista): para ellos es decisivo el *lugar de aparición* del impreso (§ 7, II).

La "jurisdicción volante" de la prensa, llamada así antiguamente, según la cual la competencia era afirmada en todo lugar en el que el artículo de prensa –p. ej., un ejemplar de un periódico– fue distribuido, fue abolida ya en 1902 (a través de la incorporación del § 7, II). Sólo para las injurias –que son perseguidas por acción privada– es competente, además del tribunal del lugar de aparición, también aquel en cuyo distrito la persona ofendida tiene su domicilio o residencia habitual, siempre que la publicación (aunque se trate de un único ejemplar) haya circulado también en ese distrito. Para el caso de programas de radio y televisión, el § 7, II, 1, es aplicable analógicamente (AG Würzburg NStZ 90, 199; discutible). Si el lugar de aparición no se puede establecer, rige la jurisdicción general del lugar del hecho (§ 7, I); en ello ha pervivido algo de la jurisdiccón volante (BGH NStZ 97, 447).

B. Jurisdicciones extraordinarias son

I. La jurisdicción de la *conexión* (§ 13).

1. Sobre el concepto de conexión ver *supra* § 7, A, V. La jurisdicción ya establecida por conexión permanece tal aunque el hecho conector no pueda ser juzgado (si, p. ej., después de un asesinato cometido en el distrito del LG Offenburg, al autor prófugo le son entregados en Munich dinero y pasaporte para huir a Hungría, este encubrimiento puede ser juzgado también en Offenburg).

2. Si causas penales conexas ya tramitan ante fiscalías distintas (p. ej., un pícaro ha cometido estafas en Hamburgo, Berlín y, por último, en Munich, donde fue aprehendido y encarcelado), la investigación preparatoria puede ser concentrada en una fiscalía por resolución de remisión de las restantes. Si ya fueron interpuestas acciones aisladas, es recomendable conectarlas posteriormente. Esta conexión se puede obtener (§ 13, II) voluntariamente por acuerdo de los tribunales competentes (¡pero sólo si la fiscalía lo requiere!) o coercitivamente (a pedido de la fiscalía o del acusado) por orden del tribunal superior común (según las circunstancias, el BGH). Si los tribunales competentes pertenecen a niveles diferentes (p. ej., el Tribunal de Escabinos de Göttingen y el LG Kassel) no entra en consideración un acuerdo, sino únicamente la decisión del tribunal superior (pues en ese caso no es aplicable el § 13, sino el § 4, II, 2; ver BGH NStZ 82, 294); una diferencia poco convincente, pues no se puede entender por qué el tribunal inferior no debería poder "renunciar" a su competencia.

3. Una eliminación posterior de la conexión es posible, pero sólo puede efectuarse por una vía de idéntica complejidad que la conexión misma (§ 13, III).

II. Una jurisdicción por *orden superior* (salvo en caso de conexión) puede ser establecida por el tribunal superior común:

1. En caso de impedimento jurídico o fáctico del tribunal territorialmente competente (p. ej., cuando el único juez de un tribunal está excluido de pleno derecho o cuando todos los jueces de un tribunal padecen una enfermedad prolongada) (§ 15).

2. Cuando de la actuación del tribunal territorialmente competente deba temerse peligro para la seguridad pública (p. ej., a causa de disturbios políticos) (§ 15).

3. Después de la anulación de la sentencia en la instancia de casación; aquí es preciso el reenvío a otra sección, cámara o sala del mismo tribunal o a un tribunal próximo (§ 354, II).

4. En caso de *conflicto de competencia* interno (§§ 14 y 19).

a) Existe un conflicto de competencia *positivo*, cuando varios tribunales se declaran competentes, uno *negativo* cuando todos los tribunales involucrados se declaran incompetentes.

Según el § 14, que se refiere tanto a los conflictos de competencia positivos como negativos, decide el tribunal superior común (p. ej., el BGH en caso de conflicto de competencia entre tribunales de distintos estados federados).

b) Sin embargo, el § 14 presupone que todavía no ha sido dictada una decisión firme. Si ése es el caso, decide la prioridad; esto es, es válida la resolución del tribunal cuya sentencia haya alcanzado antes la cosa juzgada, la otra es defectuosa (cf. sobre esto *infra* § 50, c, II, 3).

c) Lo que se acaba de decir no rige, sin embargo, a pesar de que exista una resolución firme, cuando en un conflicto negativo de competencia varios tribunales, de los cuales uno es el competente, se han declarado incompetentes por resolución firme; en ese caso decide el tribunal superior común revocando una de las resoluciones firmes (ver § 19). A través de ello se quiere evitar que un hecho punible permanezca sin persecución.

§ 9. Exclusión y recusación de los miembros del tribunal. Condena anticipada por los medios

Bibliografía: *Arzt*, Der befangene Strafrichter, 1969; *Hamm*, Der gesetzl. Richter und die Abl. wegen Besorgnis der Befangenheit, tesis doctoral, Frankfurt, 1973; *Brandt-Janczyk*, Richterl. Befangenheit durch Vorbefassung im Wiederaufnahmeverf., 1978; *Schmid*, Richterausschluß (§ 22 Nr. 5 StPO) durch "dienstliche Äußerungen"? GA 80, 285; *Schairer*, Der befangene StA, 1983; *Sieg*, Richterausschluß im Wiederaufnahmeverf., NJW 84, 1519; *Voormann*, Die mehrfache Abl. von Richtern im Strafverf., NStZ 85, 444; *Wassermann*, Zur Abl. eines Richters wegen politischer Befangenheit, DRiZ 87, 144; *Götz*, Untersuchungen zum Befangenheitsrecht, tesis doctoral, Bochum 1988; *Strate*, Richterl. Befangenheit und rechtl. Gehör, Koch-FG, 1989, 261; *Dierlamm*, Ausschließung und Abl. von Tatrichtern nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht, 1994; *Semmler*, Prozeßverhalten des Richters unter dem Aspekt des § 24 II StPO, insb. Verf.verstöße als Abl.grund, 1994.

La exclusión y recusación de los miembros del tribunal (jueces profesionales y legos, actuarios y otros funcionarios llamados a ocupar el cargo de secretario de actas, cf. § 31) pertenece, según la materia, al Derecho de la organización judicial. Sin embargo, la cuestión es regulada, de modo diferente en los detalles, en las leyes procesales (StPO, §§ 22-31, y ZPO, §§ 41-49) y, a causa de su vínculo estrecho con los preceptos del Derecho procesal, debe ser tratada aquí. La diferencia entre estas dos formas de impedimento para un juez reside en que, para la *recusación* de un juez, siempre es necesaria una petición (§ 24), mientras que la *exclusión* opera inmediatamente de pleno derecho (§§ 22 y s.), aunque puede ser hecha valer también por requerimiento de exclusión (§ 24, I). En el conjunto de estos preceptos está la idea de que un juez, cuya objetividad en un proceso determinado está puesta en duda, no debe resolver en ese proceso, tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia. Este principio está garantizado constitucionalmente en el art. 101, I, 2, GG (BVerfGE 21, 139).

Sobre la exclusión o recusación del fiscal, ver *infra* § 10, A, III, 5; sobre la recusación de peritos e intérpretes, ver *infra* § 27, B, IV, y § 22, B, II, 3.

I. La exclusión del juez

Los *motivos de exclusión* pueden ser resumidos en cuatro grupos:

1. El juez mismo es *afectado por el hecho* (§ 22, nº 1); para ello basta

que él (en caso de una injuria) haya producido la instancia de persecución penal (BVerfG StrV 92, 209). De modo contrario que en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (ver *infra* § 39), aquí la jurisprudencia se mantiene estricta en exigir una afectación jurídica inmediata (BGHSt 1, 298). Esta restricción no está libre de objeciones, pero resulta defendible en la práctica, precisamente, por la posibilidad de recusar al juez no excluido (ver *infra* II).

2. El juez tiene *relación familiar* estrecha con el *lesionado* por el hecho (§ 22, nº 2 y 3).

3. El juez tiene *relación familiar* estrecha con el *imputado* (§ 22, nº 2 y 3); de ello se sigue, *a fortiori*, la evidencia de que nadie puede resolver acerca de una acusación contra sí mismo.

4. El juez ya ha *intervenido anteriormente* en la causa, a saber:

a) Como fiscal, policía, defensor o abogado de la víctima (§ 22, nº 4). La jurisprudencia (BGHSt 9, 193) interpreta ampliamente el concepto "causa" y considera suficiente toda relación objetiva con el proceso actual que pueda fundar la sospecha de parcialidad, p. ej., en el caso de condena de instigador y autor en procesos distintos.

b) Como testigo o perito (§ 22, nº 5). Como en el caso del § 22, nº 4, la igualdad de objeto no significa aquí tampoco identidad de proceso; el juez, por ello, también está excluido si él fue interrogado en otro procedimiento sobre el mismo hecho (BGHSt 31, 358). Del tenor literal inequívoco resulta que aquí no es suficiente, sin embargo, la mera citación sin haberse llegado al interrogatorio (BGHSt 14, 219).

Las manifestaciones oficiales del juez en el procedimiento preliminar sólo justifican su exclusión cuando ha hecho afirmaciones relevantes para la cuestión fáctica y de culpabilidad (SCHMID, GA 80, 285). Sobre las manifestaciones oficiales durante el juicio oral, cf. *infra* § 43, c, II, 1, a.

c) Como juez en una instancia inferior (§ 23, I), que, desde la perspectiva del acusado, pueda valer como temor de parcialidad.

d) Como juez que ha colaborado en una decisión contra la cual se interpone ahora recurso de revisión (§ 23, II), por las mismas razones mencionadas en *supra* c. Ha "colaborado", en el sentido de este precepto, no sólo el juez de mérito, sino también el de casación (SIEG, 1984), pero no el juez suplente que no colaboró en la deliberación ni en la votación (cf. *infra* § 42, E, I, 2) y tampoco el juez que sólo participó en el auto de apertura del juicio (BVerfGE 30, 149 y 165, y, sobre ello, ARZT, NJW 71, 1112). Además, según el § 23, II, 3, está excluido como juez quien ha colaborado en las decisiones preparatorias del procedimiento de revisión.

5. Otras causas de exclusión no están previstas en la StPO; p. ej., una actuación como juez de la investigación no impide la participación posterior en el juicio oral (BGHSt 9, 233). Tampoco la identidad entre el juez que participó en la apertura y el del juicio funda parcialidad alguna. Debido al texto de los motivos de exclusión, conscientemente casuístico y terminantemente enumerativo, no parece indicada la aplicación analógica, sino, antes bien, un *argumentum e contrario*. Esto también rige, sobre todo, para el reenvío efectuado por el tribunal de casación a otra cámara o sección (§ 354, II), donde, en el caso de haber variado los jueces que los componen, no existe motivo alguno de exclusión (BGHSt 21, 142). En lugar de ello sólo puede hablarse de un motivo de recusación por temor de parcialidad (ver *infra* II, 2).

6. La exclusión de un juez significa que él debe abstenerse de participar en todo acto procesal. Las decisiones tomadas a pesar de ello son defectuosas (esta medida es, en particular, discutida, cf. PETERS, 153). Para la sentencia significa motivo absoluto de casación (§ 338, nº 2). Por el contrario, conservan validez los autos de apertura del juicio que han sido dictados con la colaboración de un juez excluido (BGH NStZ 85, 464).

II. La recusación del juez

1. Un juez que no está ya excluido de pleno derecho, puede ser *recusado por temor de parcialidad*, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad (§ 24, I y II). Para esto no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello, según una valoración razonable (cf. BGHSt 1, 37; BGH MDR/D 72, 571). Derivar este temor de la pura visión subjetiva de quien recusa resultaría violatorio del principio del juez establecido por ley (art. 101, II, GG; cf. NStZ 97, 559).

Ese temor existe, p. ej., cuando el juez critica la negativa de prestar declaración de un testigo facultado para ello (BGHSt 1, 34), cuando desatiende el deseo legítimo del acusado de nombrar un abogado de confianza (sobre esto, ver *infra* § 19, c, 2), cuando no le permite formular preguntas a un acusado que ha hecho uso de su derecho de abstenerse de declarar (BGH StrV 85, 2), cuando antes del juicio oral afirma ante la prensa hechos que todavía no fueron probados (BGHSt 4, 264; ver también, sin embargo, BGHSt 21, 85), cuando, antes de la audiencia de apelación, deja entrever al defensor del acusado con seguridad la condena (KG StrV 88, 98), cuando fuera del juicio oral sostiene frecuentes diálogos con el acusado (BGH StrV 82, 99) o juega al tenis con él y después se van a comer juntos (BGH StrV 86, 369), cuando anuncia prevenciones enérgicas para el juicio oral (AG Bremen StrV 84, 328), cuando en la cantina declara que ya por su aspecto puede saber que el acusado está involucrado con drogas (BGH NStZ 91, 144) o habla allí con los testigos sobre el contenido de la acusación (AG Bremen StrV 93, 181), cuando considera enfermos mentales a acusados a causa de su concepción política revolucionaria (LG Freiburg StrV 82, 111) o cuando tilda sus expresiones de tonterías políticas (LG Freiburg StrV 82, 112) o interrumpe la exposición de concepciones políticas relevantes para la motivación por ajenas a la causa (LG Krefeld StrV 84, 196), cuando en un proceso por uxoricidio el juez manifiesta que le desea al acusado que su esposa muerta se le aparezca por las noches ante sus ojos (BGH MDR 58, 741), cuando, con tono y palabras escogidas, expresa reproches ofensivos contra el acusado ("usted miente desvergonzadamente"), cuando en un proceso contra un ciudadano ghanés se conoce que el juez, en otro procedimiento penal, ya ha dicho que sabe que "especialmente los africanos mienten sin límite" (Köln StrV 92, 149), cuando un juez, que está juzgando a un acusado políticamente orientado a la izquierda, ha manifestado públicamente su simpatía expresa por la extrema derecha (Karlsruhe StrV 95, 343) o cuando un juez lego está al servicio de la víctima (BGH MDR 54, 151). Las violaciones jurídicas cometidas por el juez en el desarrollo del proceso sólo fundan el temor de parcialidad cuando la medida adoptada por el juez es arbitraria y contradice todo fundamento procesal (Köln StrV 91, 292; LG Köln StrV 87, 381; LG Hildesheim StrV 87, 12). Esto es lo que sucede, p. ej., cuando el juez no permite que el expediente pueda ser visto inmediatamente antes del juicio oral (Zweibrücken StrV 96, 650), cuando el juez abre el jui-

cio oral antes de que haya transcurrido el plazo del § 201 (LG Berlin StrV 93, 8) o cuando excluye injustificadamente como público a simpatizantes (AG Warendorf StrV 93, 406). Si un juez hace comentarios burdos, poco serios técnicamente, acerca de la prueba requerida por el defensor ("usted no va a volver loca a esta Cámara") o si comenta la admisión de la acusación conjunta con las palabras "su primera derrota, señor defensor" (Brandenburg StrV 97, 455), esto funda la parcialidad, aunque el juez haga lugar de mala gana a aquello que se ha solicitado (BGH NStZ 88, 372). Lo mismo rige cuando el juez pone en duda la calificación profesional del defensor (LG Frankfurt StrV 90, 258: "me pregunto dónde aprendió usted Derecho") o si se queja ante los superiores del fiscal porque éste obra como un defensor (BGH NStZ 91, 348). Si el juez llega a un acuerdo con un coacusado fuera del juicio oral es considerado parcial si no informó fidedignamente al acusado sobre el trámite y contenido de las conversaciones informales (BGHSt 37, 99, con comentario de BÖTTCHER, JR 91, 118). También la iniciación de "conversaciones tendentes a un acuerdo" con un acusado que rechaza insistentemente el reproche sobre el hecho, puede hacer aparecer al juez como sospechoso de parcialidad (Bremen StrV 89, 145, con comentario de HAMM). Las conversaciones sobre acuerdos que anticipan consecuencias jurídicas pueden fundar el temor de parcialidad (BGHSt 37, 298, con comentario de WEIDER, StrV 91, 241; más detalladamente, ver *infra* § 15, A, II). Esto rige especialmente cuando se deja entrever al acusado perjuicios no fundados objetivamente para el caso de que rechace las propuestas del tribunal (LG Kassel StrV 93, 68).

Por el contrario, no existe motivo de recusación si un escabino ha leído informes de prensa tendenciosos sobre el proceso (BGHSt 22, 289; cf., sobre ello, HANACK, JZ 71, 91) y tampoco cuando el acusado ofende al juez durante el curso del proceso o lo provoca de cualquier manera; tampoco existe motivo cuando ello es realizado por el defensor, pues de otro modo ellos tendrían en sus manos la posibilidad de apartar a cada juez que les resulte indeseable (cf. RABE, NJW 76, 172; discutible). Si el juez, durante el juicio oral, dicta en el acta la instancia de persecución penal contra el acusado (p. ej., por calumnia) puede existir en ello, por cierto, temor de parcialidad, a menos que el acusado haya provocado intencionalmente al juez para conseguir la interrupción del procedimiento (BGH NStZ 92, 290, con comentario crítico de KREHL, NStZ 92, 598). La relación tensa entre el juez y el defensor tampoco autoriza a fundar, sin más, la existencia de temor de parcialidad contra el acusado (BGH StrV 86, 281); sin embargo, él existe en el apartamiento injustificado del defensor oficial en quien el imputado confía (BGH NStZ 88, 510; 90, 289). Según la jurisprudencia (BGH MDR 57, 16) tampoco resulta de la posición políticamente diferente del juez motivo alguno de recusación, en tanto de ella no se deriven indicios especiales de parcialidad. Naturalmente, menos aún puede fundar la recusación la publicación de posiciones jurídicas. En cambio, manifestaciones públicas de xenofobia ("que se marchen los extranjeros criminales") constituyen temor de parcialidad (LG Bremen StrV 93, 69).

2. Resulta discutido si, en el caso del § 354, II, puede ser recusado, al menos por temor de parcialidad, el juez que ya intervino anteriormente y que vuelve a ser competente por un reemplazo casual. Con adhesión a la opinión dominante en la literatura jurídica[1] y en contra del BGHSt 21, 142, debe ser afirmado ese temor, aunque la sistemática legal hable en contra de ello. Lo decisivo para ello es, empero, la idea de que un juez, que ha dictado sentencia después del juicio oral, no puede estar completamente liberado de sus impresiones anteriores, si ya ha intervenido en esa causa. Dado que esta "sospecha de parcialidad" está insuficientemente considerada en el § 354, II, esta laguna debe ser cubierta por la aplicación del

[1] Cf., solamente, DAHS, NJW 66, 1691; HANACK, NJW 67, 580; ARZT, 1969, 80; BEULKE, núm. marg. 74.

§ 24. En una sentencia posterior el BGH (BGHSt 24, 336) ha considerado, no obstante, estas reflexiones justificadas, si la sentencia impugnada contenía juicios de valor contraproducentes (crítico sobre ello ARZT, JZ 73, 33); según el OLG Stuttgart, StrV 85, 492, también está fundado el temor de parcialidad cuando el juez, en el procedimiento previo, ha ganado una opinión especialmente firme sobre la cuestión de la culpabilidad y de la pena, como suele suceder en el caso de procesos particularmente prolongados (al respecto, comentario de HANNOVER, *loc. cit.*, quien, en aplicación analógica de los §§ 22 y 23, pretende afirmar incluso un motivo de exclusión).

De acuerdo con la sentencia BGH StrV 87, 1, tampoco debe ser alcanzado por el temor de parcialidad el juez que en un proceso anterior, contra un coacusado, ha vertido juicio sobre la colaboración al hecho del acusado (dudoso). Tampoco una decisión previa (§§ 33a y 349, IV) debería justificar un temor de parcialidad (BGH NStZ 94, 447). Se discute y se debe decidir según el caso individual, si el juez está alcanzado por el temor de parcialidad, cuando ha tomado parte en la decisión de un planteo de temor de parcialidad en el que se hizo valer que los jueces recusados habían rechazado incorrectamente un planteo de temor de parcialidad dirigido contra él (BGH NStZ 94, 447, con más información).

3. Facultados para recusar están, de acuerdo con el § 24, III, 1, la fiscalía, el acusador privado y el acusado, como también, según la opinión dominante más allá del tenor literal de la ley, el peticionante en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (Karlsruhe, NJW 73, 1658; Saarbrücken, NJW 75, 399).

4. El planteo de recusación se debe ofrecer ante el tribunal al cual pertenece el juez recusado (§ 26, I), y en él se debe acreditar[2] el motivo de recusación (mayormente a través de declaraciones juradas de testigos) (§ 26, II). En principio, el planteo se puede ofrecer sólo hasta el comienzo del interrogatorio del (primer) acusado sobre sus circunstancias personales y, en la audiencia en apelación o casación, hasta el comienzo del informe del relator (§ 25, I); posteriormente, sólo si los motivos de recusación fueron sobrevinientes o conocidos después. Ellos deben ser hechos valer inmediatamente (§ 25, II), aun cuando el imputado debe tener la oportunidad de reflexionar sobre la cuestión, de asesorarse con su defensor, y de preparar su planteo de recusación (BGH NStZ 84, 371; 92, 290; StrV 91, 49). Sin embargo, la presentación después de una semana ya no significa inmediatamente (BGH NStZ 93, 141). Después de la última palabra del acusado la recusación es absolutamente improcedente (§ 25, II, 2). Esto es ob-

[2] Acerca de los aseguramientos a través de juramento en el proceso penal, ver, detalladamente, ZWIEHOFF, *Bemmann-FS*, 1997, 652. Esta autora defiende, en contra de la práctica, y con razones atendibles, la opinión de que las seguridades del juramento, que no están impuestas por la literalidad de las disposiciones correspondientes, no pueden ser admitidas para acreditar un motivo de temor de parcialidad, ni el derecho de abstenerse de prestar testimonio o de declarar.

jetable, pues el temor de parcialidad judicial puede ser descubierto después de la última palabra (p. ej., a través de manifestaciones despectivas al salir de la sala del tribunal); no obstante, a favor de la adecuación a la Constitución de la tesis, BVerfG NStZ 88, 34.

Se debe hacer saber al requirente el pronunciamiento del juez recusado sobre el planteo de recusación, antes de la decisión (BGH StrV 82, 457; BayObLG StrV 82, 460; sobre la revisibilidad de su omisión, cf. BGH y BayObLG, citados). Si el planteo es rechazado por improcedente (ver § 26a, I), el juez recusado participa de esa decisión (§ 26a, II); de otro modo, el reemplazante ingresa en su lugar (ver §§ 27, I, StPO, 21e, 21f, 21g y 70, GVG). En el supuesto del juez del AG decide otro juez de ese tribunal (§ 27, III, 1), a menos que el juez recusado declare fundado el planteo de recusación (§ 27, III, 2; Düsseldorf, MDR 87, 253). Si en el caso de esta regulación se produjera incapacidad para resolver, p. ej., cuando todo el tribunal es recusado, más preciso: cada juez individual es recusado por un motivo en particular (BremStGH MDR 58, 901; BGH MDR 55, 271; BGHSt 23, 200), decide el tribunal superior inmediato (§ 27, IV). En el caso de los jueces honoríficos y actuarios decide el presidente o, según el tribunal, los jueces profesionales del tribunal (§ 31, II). Si son presentados simultáneamente planteos de recusación contra varios jueces, fundados en el mismo motivo, se debe decidir por unanimidad, para que un juez no deba decidir sobre un motivo de recusación que es hecho valer también contra él. En cambio, en el supuesto de planteos de recusación introducidos sucesivamente y por motivos diferentes, se exige, de acuerdo al principio del juez establecido por la ley (art. 101, GG), la decisión sucesiva según la secuencia de las presentaciones (BGH NStZ 96, 144).

5. Antes de la resolución del planteo de recusación, el juez recusado puede realizar todavía los actos impostergables (p. ej., la declaración de un testigo enfermo moribundo, § 29, I). Sin embargo, la infracción de esta regla es subsanada cuando el planteo de recusación resulta rechazado (München NStZ 93, 345; de otra opinión, Düsseldorf StrV 94, 528). Una resolución, en el sentido del § 29, existe ya con el primer auto de rechazo, es decir, antes de que entre en autoridad de cosa juzgada (*argumentum* § 28, II, 2; de lo contrario, el juez recusado sin razón estaría excluido permanentemente: un resultado inadecuado; todo esto es, no obstante, discutible, ver *KMR*-Paulus, § 29, núm. marg. 5).

Si la recusación exitosa del juez, planteada durante el juicio oral, requiriera su suspensión (al respecto, ver *infra* § 42, C), el juicio oral puede, según el § 29, II, incorporado por la StVÄG 1979, continuar con la intervención del juez afectado hasta tanto la decisión sobre la recusación sea posible sin retraso del juicio oral; si la recusación es declarada procedente, debe ser repetida la parte transcurrida desde la interposición de la recusación (en particular, ver § 29, II; críticos de la nueva regulación, Dästner, 1977, y Draber, 1977).

6. Los recursos contra el auto sobre el planteo de recusación están enérgicamente restringidos (§ 28). El rechazo de la recusación del juez del juicio sólo puede ser impugnado junto con la sentencia (§ 28, II, 2; cf. también § 338, 3). Pero esto, según la opinión dominante, presupone que el auto es en sí impugnable por queja.

Si el OLG ha rechazado la recusación en primera instancia, ese auto, según el § 304, IV, 2, no admite la queja y, por eso, tampoco es, según la sentencia BGHSt 27, 96, recurrible en casación (en el mismo sentido, BVerfG NJW 77, 1815; en contra, Schmidt-Leichner, NJW 77, 1804).

7. La llamada *auto-recusación* de un juez (§ 30) se refiere al caso en el que un juez le anuncia al tribunal circunstancias que podrían fundar su parcialidad y que conducen a una resolución según el § 27; pero un derecho del juez de auto-recusarse no está previsto. Pertenece a la discrecionalidad del juez, adecuada a sus deberes, si él hará una denuncia según el § 30. Por ello, la omisión de esa denuncia no puede ser, en principio, controlada. Si lo hace, ella no puede ser tratada como un trámite interno, sino, antes bien, el derecho a ser oído exige que la *auto-recusación* sea comunicada a los sujetos del proceso y que ellos tengan oportunidad de formular sus opiniones al respecto (BVerfG NJW 93, 2229).

III. Condena anticipada por los medios

La condena anticipada por los medios (p. ej., una campaña de prensa dirigida a la condenación), como tal, no es apropiada para tornar sospechosos de parcialidad a los jueces (BGHSt 22, 289 y 294). Por ello, una recusación sólo puede tener éxito si un juez muestra de manera evidente una actitud sospechosa de parcialidad a causa de la condena anticipada. Esa precondenación tampoco puede fundar un impedimento procesal derivado del *fair trial*; de lo contrario, los medios tendrían en sus manos la paralización de la administración de justicia penal. Un tipo penal que reprima la precondenación como "obstrucción de la administración de justicia penal", como previó el Proyecto 1962, debe ser rechazado, porque restringiría demasiado la libertad de prensa. Contra ello, según el mismo derecho vigente, debería evitarse que copias de las actas de la investigación, del escrito de acusación y de los informes policiales o de la fiscalía sean entregados a los medios y que, a través de ellos, se influya en el juicio.

Bibliografía: *Bornkamm*, Pressefreiheit und Fairneß des Strafverf., 1980; *Hassemer*, Vorverurt. durch die Medien?, NJW 85, 1921; *Eser*/Meyer (comps.), Öffentl. Vorverurt. und faires Strafverf., 1986; *Wagner*, Strafprozeßführung über Medien, 1987; *idem*, Strafverf. und Medien, en: Dt. Bewährungshilfe (comps., Die 13. Bundestagung, 1990, 25; *Dahs*, Der Bürger im Strafverf. - zwischen Vorverurt. und Persönlichkeitsschutz, en: Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre, 1991, 367; *Roxin*, Strafrechtl. und strafproz. Probleme der Vorverurt., NStZ 91, 153; *Ulsamer*, Einige Bemerkungen über Medien und Strafprozeß, Jauch-FS, 1991, 221; *Gatzweiler*, Medienberichterstattung und hieraus resultierende Verteidigungsmöglichkeiten, StraFo 95, 64; *Ziegler*, Risiken und prozessuale Folgen staatsanwaltlicher und richterlicher Medienkontakte, StraFo 95, 68; *Roxin*, Strafprozeß und Medien, FS zum 30jährigen Bestehen der Münchener Jurist. Gesellschaft, 1996, 97; *Hamm*, Große Strafprozesse und die Macht der Medien, 1997; *Dölling* y otros, Kriminalberichterstattung in der Tagespresse, 1998.

§ 10. La fiscalía y sus auxiliares

Bibliografía: *Otto*, Die preußische StA, 1899; *Elling*, Die Einführung der StA in Deutschland, 1911; *Carstens*, Die Geschichte der StA in Deutschland bis zur Gegenwart, 1932; *Kern*, StA und Kriminalpolizei, DRiZ 47, 327; *Eb. Schmidt*, Die Rechtsstellung der StAe im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz, DRiZ 57, 273; *Arndt*, Umstrittene Staatsanwaltschaft, NJW 61, 1616; *Eb. Schmidt*, Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip, MDR 61, 269; *Kohlhaas*, Die Stellung der StA als Teil der rechtsprechenden Gewalt, 1963; *Eb. Schmidt*, Zur Rechtsstellung und Funktion der StA als Justizbehörde, MDR 64, 629, 713; *Sarstedt*, Gebundene Staatsanwaltschaft?, NJW 64, 1752; *Anterist*, Anzeigepflicht und Privatsphäre des StA, 1968; *Roxin*, Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der StA, DRiZ 69, 385; *J. Blomeyer*, Die Stellung der StA, GA 70, 161; *Bruns*, Ablehnung eines StA aus den Gründen des § 24 StPO usw., Grützner-FS, 1970, 42; *Görgen*, Die organisationsrechtl. Stellung der StA zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei, 1973; *Günther*, StA, Kind der Revolution, 1973; *Lampe*, Ermittlungszuständigkeit von Richter und StA nach dem 1. StVRG, NJW 75, 195; *Kuhlmann*, Ausschließung und Ablehnung des StA, DRiZ 76, 11; *idem*, Gedanken zum Bericht "StA und Polizei", DRiZ 76, 265; *Seebode*, Strafverfolgung nach Polizeirecht?, MDR 76, 537; *Blankenburg/ Sessar/Steffen*, Die StA im Prozeß sozialer Kontrolle, 1977; *Denninger/Lüderssen*, Polizei und Strafprozeß im demokrat. Rechtsstaat, 1978; *Frisch*, Ausschluß und Ablehnung des StA, Bruns-FS, 1978, 385; *Kuhlmann*, Ohne Weisungsrecht geht es nicht, Kriminalistik 78, 196; *Kürzinger*, Private Strafanzeige und polizeil. Reaktion, 1978; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, 1978; *Jescheck/Leibinger* (comps.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländ. Recht, 1979; *Bottke*, Zur Anklagepflicht der StA, GA 80, 298; *Gössel*, Überlegungen über die Stellung der StA usw., GA 80, 325; Kausch, Der StA - ein Richter vor dem Richter?, 1980; *Lange*, Die Gerichtshilfe und ihr Einbau in das Erkenntnisverf. des überkommenen Strafprozesses, tesis doctoral, Freiburg, 1980; *Steinke*, § 163 Abs. 1 StPO eine Generalermächtigung für "polizeil. Eingriffe"? MDR 80, 456; *Wendisch*, Zur Ausschließung und Ablehnung des StA, Schäfer-FS, 1980, 243; *Benfer*, Anordnung von Grundrechtseingriffen usw., NJW 81, 1245; *Geisler*, Stellung und Funktion der StA usw., ZStW 93 (1981), 1109; *Riegel*, Neue Aspekte des polizeil. Befugnisrechts usw., JR 81, 229; *Burchardi/Klempahn*, Der StA und sein Arbeitsgebiet, 5ª ed., 1982; *Schoreit*, StA und Polizei im Lichte fragwürdiger Beiträge zur Reform des Rechts der StA, ZRP 82, 288; *Ahlf*, Der Begriff des "Eingriffes" insb. bei kriminalpolizeil. Tätigkeit usw., Die Polizei 83, 41; *Arloth*, Zur Ausschließung und Ablehnung des StA, NJW 83, 207; *Renschler-Delcker*, Die Gerichtshilfe in der Praxis der Strafrechtspflege, 1983; *Rüping*, Das Verhältnis von StA und Polizei, ZStW 95 (1983), 894; *Schairer*, Der befangene StA, 1983; *Walder*, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 95 (1983), 862; *Keller*, Polizeil. Observation und strafproz. Wahrheitsforschung, StrV 84, 512; *Odersky*, StA, Rechtspflege und Politik, Bengl-FS, 1984, 57; *Schedel*, Ausschließung und Ablehnung des befangenen oder befangen erscheinenden StA, tesis doctoral, Würzburg, 1984; *Krey/ Pföhler*, Zur Weisungsgebundenheit des StA, NStZ 85, 145; *Kunert*, Wie abhängig ist der StA? Wassermann-FS, 1985, 915; *Lüderssen*, Die V-Leute-Problematik usw., Jura 85, 113; *Ostendorf/Meyer-Seitz*, Die strafrechtl. Grenzen d. polizeil. Lockspitzeleinsatzes, StrV 85, 73; *Rebmann*, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 85, 1; *idem*, Die Zuständigkeit des GBAs zur Verfolgung terrorist. Straftaten, NStZ 86, 289; *Uhlig*, Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens, DRiZ 86, 247; *Merten*, Das Abrufrecht der StA aus polizeil. Dateien, NStZ 1987, 10; *Vogelsang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987; *Höpfel*, StA und Unschuldsvermutung, 1988; *Kintzi*, Der unabhängige StA, DRiZ 88, 86; *idem*, StA - objektive Behörde und Anwalt des Staates, en: Richter und StA im Dienst für den Bürger, 1988, 309; *Rosenbaum*, Der grundrechtl. Schutz vor Informationseingriffen, Jura 88, 178; *Ulrich*, Nochmals: Staatsanwaltschaft - objektive Behörde und Anwalt des Staates, DRiZ 88 368; *Zimmermann*, Freiheit und Gebundenheit der StA bei der Anklageerhebung, 1988; *Odersky*, Aktuelle Überlegungen zur Stellung der StA, Rebmann-FS, 1989, 343; *Pfeiffer*, Zur Ausschließung und Ablehnung des StA im geltenden Recht, Rebmann-FS, 1989, 359; *Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen StA, 1989; *Buchholz*, Der StA im schottischen Recht, 1990; *Kirchhoff*, Gerichtshilfe - allg. sozialer Dienst der Justiz?, en: Deutsche Bewährungshilfe (comps.), Die 13. Bundestagung, 1990, 79; *Knemeyer*, StA und Polizei, Krause-FS, 1990, 471; *Ring*, Die Befugnis der Polizei zur verdeckten Ermittlung, StrV 90, 372; *Förster*, Der gesetzl. Aufgabenbereich des GBAs, Taschenbuch für Kriminalisten 41 (1991), 158; *Rieß*, Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters, NStZ 91, 513; *Schnarr*, Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltschaftl. Eilanordnung und richterl. Bestätigung, NStZ 91, 209; *Bräutigam*, Probleme der Sachleitungsbefugnis des StA, DRiZ 92, 214; *Brusten* (comp.), Polizei-Politik, KrimJ, 4. Beiheft 1992; *Deutsch*, Die heiml. Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei, 1992; *Geerds*, Zum Weisungsrecht gegenüber StAen, StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 297; *Geppert*, Kontroll- und Förderungspflicht des Ermittlungsrichters, DRiZ 92, 405; *Haft/Hilgendorf*, Die Bindung der StA an die höchstrichterl. Rspr. usw., StA- Schleswig-Holstein-FS, 1992, 279; *Knemeyer/Deubert*, Krit. Überlegungen zum Verhältnis StA - Polizei usw., NJW 92, 3131; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, 1992; *Landau/Dames*, Weitergabe personenbezogener Daten vom StA bis zum Justizministerium, DRiZ 92, 130; *Riehle*, Verdeckte Polizeiarbeit usw., en: Polizei-Politik (= KrimJ, Beiheft 4), 1992, 60; *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992; *Rüping*, Die Geburt der StA in Deutschland, GA 92, 147; *Scherp*, Die polizeil. Zusammenarbeit mit V-Personen, 1992; *Villmow*, Die Amtsanwälte - zum Selbstbild einer weithin unbekannten jurist. Profession, StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 411; *Weil*, Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die Unverletzlichkeit der Wohnung, ZRP 92, 243; *Wille*, Das externe Weisungsrecht, StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 317; *Arend*, Die Bindung der StA an die Rspr. der Strafgerichte, tesis doctoral, Trier, 1993; *Dix*, Rechtsfragen der polizeil. Datenverarbeitung, Jura 93, 571; *Frister*, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, StrV 93, 151; *Gropp* (comp.), Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, 1993; *Gusy*, Polizeiarbeit zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, StrV 93, 269; *Heghmanns*, Das Arbeitsgebiet des StA, 1993; *Himmelreich*, Die Schranken der Wahrheitsermittlung bei der Strafverfolgung und neue Ermittlungsmethoden der Polizei, 1993; *Kramer*, Polizeil. Ermittlungen, Kriminalistik 93, 227; *Krey*, Rechtsprobleme des strafproz. Einsatzes verdeckter Ermittler einschl. des "Lauschangriffs" usw., 1993 (BKA-Forschungsreihe, Sonderband); *Lesch*, Soll die Begehung "milieutypischer" Straftaten durch verdeckte Ermittler erlaubt werden?, StrV 93, 94; *Schnarr*, Innere Sicherheit - die Zuständigkeit des GBAs nach § 120 II 1 Nr. 3 GVG, MDR 93, 589; *Voß*, Staatsanwaltschaftl. Entscheidung. Beeinflussung durch systematische Informationserweiterung?, 1993; *Bindel*, Verhältnis StA - Polizei, DRiZ 94, 165; *Geiger*, Verfassungsfragen zur polizeil. Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, 1994; *Hiebl*, Ausgewählte Probleme des Akteneinsichtsrechts nach § 147 StPO, 1994; *Hund*, Brauchen wir die "unabhängige StA"?, ZRP 94, 470; *Krey*, Rechtsprobleme des Einsatzes qualifizierter Scheinaufkäufer im Strafverf.recht, 1994; *Lilie*, Das Verhältnis von Polizei und StA im Ermittlungsverf., ZStW 106 (1994), 625; *Mayer-Metzner*, Auskunft aus Dateien der Sicherheits- und Strafverfolgungsorgane, 1994; *Wohlers*, Entste-

hung und Funktion der StA, 1994; *Groth*, Verdeckte Ermittlung im Strafverfahren und Gewinnabschöpfung, 1995; *Pawlik*, Der disqualifizierte StA, NStZ 95, 309; *Prechtel*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, 1995; *Schlothauer*, Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten gegenüber dem Ermittlungsrichter (§ 166 Abs. 1 StPO), StrV 95, 158; *Wolfslast*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995; *Duttge*, Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes, JZ 96, 556; *Frister*, Das Gesetzesvorhaben der Bundesregierung zur Einführung des großen Lauschangriffs, StrV 96, 454; *B. Heinrich*, Die Nacheile im Rahmen von Strafverfolgungsmaßnahmen, NStZ 96, 361; *Hilgendorf*, Verfahrensfragen bei der Ablehnung eines befangenen StA, StrV 96, 50; *Jähnke*, Verwertungsverbote und Richtervorbehalt beim Einsatz Verdeckter Ermittler, Odersky-FS, 1996, 427; *Lagodny*, Verdeckte Ermittler und V-Leute im Spiegel von § 136 a StPO als "angewandtem Verfassungsrecht", StrV 96, 167; *Lilie*, Verdeckte Ermittler und Vertrauenspersonen, en Hirsch, Hofmanski y otros (comps.), Deutsch-Polnisches Strafrechtskolloquium, 1995, 1996, 499; *Meurer*, Strafprozessuale Fragen der Abhörungsmaßnahmen/Lauschangriff, *ibidem*, 537; *Roxin*, Zur Rechtsstellung der StA damals und heute, StA Berlin-FG 1996, 13 = DRiZ 97, 109; *Schmitz*, Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler, 1996; *L.-H. Schröder*, Das verwaltungsrechtlich organisierte Verhältnis der strafverfolgenden Polizei zur StA, 1996; *Siebrecht*, Die polizeiliche Datenverarbeitung im Kompetenzstreit zwischen Polizei- und Prozeßrecht, JZ 96, 711; *idem*, Ist der Datenabgleich zur Aufklärung einer Straftat rechtmäßig?, StrV 96, 566; *Erfurth*, Verdeckte Ermittlungen: Problemlösung durch das OrgKG?, 1997; *Perschke*, Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren, 1997; *Rüping*, Der Mißbrauchsgedanke im Strafprozeßrecht und sein Mißbrauch, JZ 97, 865; *Siebrecht*, Rasterfahndung: eine EDV-gestützte Massenfahndungsmethode, 1997; *Wittig*, Schleppnetzfahndung, Rasterfahndung und Datenabgleich, JuS 97, 961; *Bull*, Das Europäische Polizeiamt - undemokratisch und rechtsstaatswidrig?, DRiZ 98, 32; *Frank*, Hierarchische Strukturen im Aufbau der StA, en Duttge (comp.), Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit, 1998, 49; *B. Hirsch*, Immunität für Europol - eine Polizei über dem Gesetz?, ZRP 98, 10; *Janker*, Zur Reichweite der Eingriffsermächtigung des § 100 c I Nr. 2 StPO bei Abhörmaßnahmen in Kraftfahrzeugen, NJW 98, 269; *Krey*, Rechtsprobleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler einschließlich der elektronischen Überwachung (Lauschangriff) usw., JR 98, 1; *Leutheusser-Schnarrenberger*, Der "große Lauschangriff" - Sicherheit statt Freiheit, ZRP 98, 87; *Roxin*, Zum Einschleichen polizeilicher Scheinaufkäufer in Privatwohnungen, StrV 98, 43.

A. La fiscalía

I. La configuración de la fiscalía

1. La fiscalía (StA) es el órgano estatal competente para la persecución penal; es una autoridad de la justicia estructurada jerárquicamente. No disfruta del privilegio, propio del juez, de la independencia objetiva y subjetiva: "los funcionarios de la StA deben seguir las instrucciones de servicio de su superior" (§ 146, GVG). El fiscal individual no actúa con plenitud de poder propio, sino que interviene siempre como representante del primer funcionario de la StA (§ 144, GVG), quien puede, en todo momento, tomar a su cargo la causa (*derecho de devolución*) o encargársela a otro fiscal con sus observaciones (*derecho de sustitución*, § 145, GVG). Sin embargo, este vínculo sólo rige las relaciones internas de la autoridad, sin

que el mandato deba ser acreditado exteriormente en cada caso particular (§ 144, GVG). Así, p. ej., si un fiscal desiste de una apelación en contra de una instrucción o consiente arbitrariamente un sobreseimiento dictado por el tribunal, estas declaraciones de voluntad procesal son eficaces, aunque representen una contravención a los deberes internos. El Ministro de Justicia no tiene derecho de devolución alguno (porque no es un fiscal), pero sí posee derecho de sustitución.

2. Ante el BGH y los OLG, en el ámbito de su competencia en primera instancia, la función de la StA es ejercida por el *Procurador General Federal* (GBA), quien está subordinado al control y a la dirección del Ministro Federal de Justicia y quien, por su parte, está facultado para dar instrucciones a los fiscales federales (§§ 142, I, nº 1, 142a, y 147, nº 1, GVG). Según el § 142a, I, 1, tiene competencia originaria para la persecución de delitos contra la seguridad del Estado y delitos de terrorismo (respecto del segundo grupo, cf. REBMANN, 1986). En casos determinados, el GBA puede delegar el procedimiento ante los OLG en las fiscalías estaduales (y, por cierto, en el supuesto de hechos punibles menores que afecten levemente el interés federal; en particular, ver § 142a, II-IV, GVG). Dado que, por lo demás, la organización de la StA es cuestión de los estados federados, la fiscalía federal no es superior jerárquico de las fiscalías estaduales. El control del servicio sobre el fiscal general, el primer funcionario de la StA ante los OLG, corresponde, antes bien, al Ministro de Justicia del Estado federado. El Fiscal General es el jefe del Fiscal Superior Director ante los LG de su distrito, quien, a su vez, tiene debajo de él a los fiscales y auxiliares fiscales del LG y de los AG subordinados a aquél (§§ 142, I, nº 2 y 3, y 147, nº 2 y 3, GVG)[1]. Sobre ello se debe advertir que los funcionarios de la fiscalía, de modo diferente a lo que sucede con los fiscales (§ 122, DRiG) no necesitan poseer la habilitación para el cargo de juez y sólo están facultados para actuar en causas judiciales (§§ 142, I, nº 3, II; 145, II, GVG); en su caso, se trata, mayormente (según la regulación estadual), de auxiliares jurídicos con una formación especial (más detalles en VILLMOW, 1992) o también de licenciados en Derecho (acerca de su posición jurídica y competencia, cf. LANDAU/GLOBUSCHÜTZ, NStZ 92, 68).

3. Según ello, el Fiscal General puede, por cierto, impartir instrucciones a todos los fiscales del OLG de su distrito; la Fiscalía General, en cambio, no puede hacerlo. Asimismo, ella no puede desistir, por sí misma, del recurso de casación interpuesto por la fiscalía estadual por ante el BGH; sólo puede, si cree que el recurso no puede ser defendido, requerir su rechazo.

Por ello, no existe, en principio, persecución penal que pueda ser federalmente articulada de modo unitario por parte de la StA; sin embargo, un

[1] La StPO no conoce las designaciones "Fiscal General" y "Fiscal Superior"; ellas provienen del Derecho de los estados federados.

comienzo relevante para ello se encuentra en la regulación de los §§ 142a y 120, I y II, GVG, que otorgan al GBA la posibilidad de asumir la persecución penal en ciertos casos particularmente graves. En las últimas décadas, a través de acuerdos entre los estados federados, también han sido dados los primeros pasos, en materias especiales, hacia una investigación fiscal de los delitos de carácter suprarregional. Acerca de la persecución penal dentro de Europa, en el ámbito de competencia del GBA, cf. SCHÜBEL, NStZ 97, 105.

Para el esclarecimiento de los crímenes cometidos en el extranjero en los años 1939/45 por quienes detentaban el poder en el nacional-socialismo fue abierta una *oficina central* en *Ludwigsburg*, el 1/12/1958, por acuerdo de las administraciones de justicia de los estados federados alemanes. No es una fiscalía, aunque trabaja según principios atinentes a una fiscalía, sino una oficina que conecta a las fiscalías. Las fiscalías deben informar a esta oficina sobre los procesos concluidos, los pendientes y los que vayan a iniciarse; la central entrega el material averiguado por ella a las fiscalías competentes para continuar con la persecución. Desde 1965 la oficina central es competente, también, para los crímenes cometidos por el ejercicio del poder nacional-socialista en el territorio de la República Federal de Alemania.

4. *La criminalidad económica*, finalmente, exige medidas de organización especiales. Mientras, anteriormente, la policía y la justicia penal –debido a la falta de conocimientos técnicos económico-industriales suficientes– se hallaban frente a las manipulaciones, con frecuencia muy refinadas, de los "autores de cuello blanco" –con las cuales se causa enormes daños, a veces millonarios–, en gran medida, sin comprenderlas y sin recursos, en la actualidad, los funcionarios de la persecución penal intentan con éxito, a través de medidas dirigidas a ese fin, llegar también a esas formas de aparición del obrar criminal: determinados fiscales y funcionarios de policía son instruidos especialmente para la persecución de la criminalidad económica; en las fiscalías ante los LG ciertos funcionarios especiales asumen el trabajo de las causas penal-económicas; procesos penal-económicos particularmente difíciles y de gran volumen son asignados (por instrucción del Fiscal General, de acuerdo con el § 143, IV, GVG) a determinados fiscales con este centro de gravedad funcional. Los fiscales investigadores son asistidos por expertos (economistas, asesores de empresas y contadores). Una especialización análoga se ha producido también en los tribunales (cf. también § 74c, GVG).

Sobre todo ello, cf. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, 2 tomos, especialmente t. 2, ps. 172 y ss.; BERCKHAUER, ZStW 89 (1977), 1015; *idem*, *Wirtschaftskriminalität und StA*, tesis doctoral, Freiburg i. Br., 1977.

II. La actividad de la fiscalía

Las diversas *tareas de la fiscalía en el proceso penal*, que después serán tratadas en particular, son, resumidamente, las siguientes: la fiscalía debe recibir denuncias e instancias penales (§ 158), dirigir o conducir el procedimiento de investigación (§§ 160 y ss.), ordenar detenciones provisionales, secuestros, requisas, establecer puestos de control, asegurar cosas, determinar identidades y realizar otras medidas de averiguación (en parte, sólo en el caso de peligro en la demora; en particular, ver *infra* § 37, C, I, 3, b) y decidir si debe ser ejercida la acción pública (§ 170).

En el juicio oral debe defender la acusación (§§ 243, III, y 226). Además, la fiscalía debe controlar que la StPO sea correctamente aplicada y –de un modo distinto que el defensor– debe denunciar inmediatamente toda lesión de sus normas. Puede interponer recursos (§§ 296 y 301).

Por otra parte, la fiscalía es la autoridad de ejecución (§ 451); además, puede ser autoridad de gracia, según el Derecho estadual, y, como tal, le corresponde preparar las resoluciones de gracia y, en parte, dictar también la decisión misma.

Antes de cada decisión del tribunal, dictada dentro o fuera del juicio oral, la fiscalía debe tener ocasión de pronunciarse oralmente o por escrito, p. ej., antes de la revocación de la orden de prisión o antes del auto que decide sobre el recurso de revisión (§ 33).

La actividad de investigación de la fiscalía tiene su centro de gravedad en el procedimiento preliminar, aunque después de la interposición de la acusación y de la apertura del procedimiento principal todavía está permitida la realización de investigaciones, en tanto no impliquen un conflicto con la actividad judicial de esclarecimiento (más precisiones, ODENTHAL, StrV 91, 441).

Acerca de la *protección jurídica* contra medidas de la fiscalía, ver *infra* § 29, D, I, 2, y II, 2.

III. La posición jurídica de la fiscalía en el proceso penal

La fiscalía es una autoridad de la justicia que no puede ser atribuida ni al ejecutivo ni al tercer poder, sino que se trata de un *órgano independiente de la administración de justicia* que está entre ambos. Por ello, la fiscalía no puede ser equiparada, de manera alguna, al juez, como a veces se reclama; contra ello habla no sólo el tenor literal inequívoco del art. 92, GG y su mandato vinculante, sino también la circunstancia de que la fiscalía está privada de la tarea específicamente judicial de dictar decisiones que alcancen la autoridad de cosa juzgada (cf. también ROXIN, DRiZ 97, 113). Pero la fiscalía tampoco es, en modo alguno, una mera autoridad administrativa. Dado que a ella le está confiada la administración de justicia penal, en división funcional con los tribunales, su actividad, como la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino sólo a valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia (cf., acerca de ello, ROXIN, DRiZ 97, 114; EB. SCHMIDT, 1964). Esto tiene consecuencias prácticas de gran importancia:

1. El fiscal del proceso penal alemán *no* es *"parte"*. Por ello no tiene que reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que "debe investigar también las circunstancias que sirvan de descargo" (§ 160, II); todo lo contrario sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia. Asimismo, puede interponer recursos también a favor del imputado (§ 296, II) y revisión con el fin de conseguir la absolución de un condenado (§§ 365 y 301). Incluso, él debe proceder de esta manera, pues sólo de este modo contribuirá a lograr una decisión correcta.

2. Por otra parte, la fiscalía, en principio, está *obligada a acusar* ante la existencia de acciones punibles (§ 152, II, el llamado *"principio de legalidad"*; cf., sobre ello, *infra* § 14). P. ej., un fiscal que, contra la verdad y la justicia, deja sin perseguir un hurto, sería punible por encubrimiento personal en el ejercicio del cargo (§ 258a, StGB). También la facultad ministerial de dar instrucciones encuentra su límite en el principio de legalidad: un Fiscal General que recibiera una instrucción de su Ministro para dejar de perseguir un caso de cohecho en el cual estén involucradas personas relevantes, debería negar obediencia a tal orden. También en el ámbito del

principio de oportunidad son inadmisibles las instrucciones que signifiquen sobrepasar los límites de lo discrecional o utilizar abusivamente la facultad discrecional concedida, de modo que una instrucción de sobreseer conforme a los §§ 153 o 153a, en consideración a un político de importancia, contrariamente al modo de proceder en casos similares, sería antijurídica (con mayores detalles, ROXIN, DRiZ 97, 118).

3. Resulta discutida la cuestión acerca de si el funcionario fiscal individual puede ser obligado por su superior a sostener la acusación, a requerir la orden de prisión u otras medidas de persecución, cuando él considera al imputado impune por motivos fácticos o jurídicos. El punto de vista correcto debería rechazar esta posibilidad[2], pues la facultad de impartir instrucciones no está sólo vinculada al principio de legalidad, sino, además, según el Derecho general de la función pública[3], también ligada de modo absoluto a la ley y al Derecho (art. 20, III, GG). Por ello, una instrucción antijurídica no puede ser seguida por el fiscal, ya a partir del Derecho general de la función pública. De otro modo, él sería punible por encubrimiento personal cometido por funcionario público (§ 258a, StGB) o persecución de inocentes (§ 344, StGB). Por ello, el funcionario debe informar sus reparos jurídicos a un superior (dado el caso, hacia arriba hasta el Ministro), según los preceptos aplicables del Derecho de la función pública. Pero aun en el caso de confirmación de la instrucción por la instancia superior, el fiscal no puede ser obligado a actuar contra su convencimiento; pues, si bien el fiscal individual actúa siempre sólo como representante del "primer funcionario" (§ 144, GVG), la verdad y la justicia no representan sólo a ideales defendibles, sino, antes bien, problemas de decisión individual y escrupulosa. Por ello, no es una salida aceptable el tolerar, como sostiene la opinión dominante[4], un proceso disciplinario en el que se decida, *a posteriori*, sobre la juridicidad de la instrucción. La solución, antes bien, está prevista por la ley misma; pues aunque el fiscal no siga la instrucción, la facultad superior de decisión del funcionario director de la fiscalía permanece intacta, ya que sus derechos de devolución y sustitución le conceden la posibilidad de hacerse cargo de la causa o confiársela a otro fiscal (§ 145, GVG; cf., más detalladamente sobre la problemática del derecho de impartir instrucciones, ROXIN, DRiZ 97, 118). Por otra parte, son

[2] De otra opinión, p. ej., KISSEL, § 146, núms. margs. 5 y s.; KREY/PFÖHLER, 1985, 152, pretenden únicamente terminar aquí con el derecho externo del Ministro de impartir instrucciones; contra un tratamiento diferenciado del derecho de impartir instrucciones interno y externo, cf. ROXIN, DRiZ 97, 118 y siguiente. Sobre otras propuestas de distinción, cf. FEZER, 2/17-26; como aquí, BEULKE, núm. marg. 85; RÜPING, núms. margs. 70 y ss. Por una estricta vinculación o las instrucciones, HUND, 1994.

[3] Cf. §§ 56, II, BBG, 38, II, BRRG y las disposiciones correspondientes de las leyes de la función pública de los estados federados.

[4] *LR*-SCHÄFER/BOLL, 24ª ed., § 146, GVG, núm. marg. 41; KISSEL, § 146, núm. marg. 9; con restricciones, KREY/PFÖHLER, NStZ 85, 151 y siguiente.

inadmisibles las instrucciones impartidas antes del juicio oral sobre una determinada posición a sostener en los alegatos finales, porque según el principio de inmediación (ver *infra* § 44) la sentencia sólo se puede basar en los resultados del juicio oral y la fiscalía tiene que haber obtenido del mismo modo su convencimiento, defendido en el alegato. Por ello, sería contrario al orden procesal y, por ende, inacatable, una instrucción que se anticipara a los resultados de la producción de la prueba.

4. Es extremamente discutida la cuestión acerca de si existe obligación de acusar cuando la fiscalía considera impune un comportamiento, en contra de la jurisprudencia superior. Una parte de la bibliografía contesta afirmativamente esta pregunta, con fundamento en los §§ 121, II y 136, GVG, en el caso de algunos precedentes condenatorios individuales (SCHÄFER, *LR*, 24ª ed., Int. al Cap. 13, núms. margs. 39 y siguientes). El BGH acepta la obligación de acusar sólo en el caso de jurisprudencia constante (BGHSt 15, 155); así también RANFT, núm. marg. 241; BEULKE, núms. margs. 90 y siguiente). Por el contrario, esos autores afirman, sin embargo, el derecho de la fiscalía a acusar cuando ella sostiene como punible un comportamiento a pesar de la interpretación de una norma, en sentido contrario, por la jurisprudencia superior. Sin embargo, junto con la opinión dominante en la literatura jurídica (cf., por último, BOTTKE, 1980; FEZER, 2/32-35; HAFT/HILGENDORF, 1992), debe negarse la vinculación de la fiscalía a una jurisprudencia superior. Asimismo, la independencia de la fiscalía con respecto al tribunal, expresada en el § 150, GVG, habla contra ello, al igual que la circunstancia de que la vinculación absoluta a la verdad y a la justicia presupone un consentimiento jurídico ganado independientemente y bajo propia responsabilidad. Frente a ello, la referencia del BGH al principio de legalidad no es suficiente, pues ese principio supone que la fiscalía debe perseguir las conductas punibles (§ 152, II), pero no significa impedimento alguno para juzgar sobre la punibilidad según su propia interpretación jurídica. Tampoco el principio de la división de poderes exige que la fiscalía deba interponer sostener la acusación en contra de su propia interpretación jurídica. Pues, por cierto, la jurisprudencia sólo está indicada para los tribunales (art. 92, GG) y un sobreseimiento dictado por la fiscalía, con motivo de que el comportamiento no es punible, no constituye jurisprudencia en el sentido de la GG. Contra la vinculación se puede hacer valer, todavía, una consideración práctica: difícilmente se podrá conseguir acuerdo sobre los presupuestos del significado de "jurisprudencia constante" y la fiscalía, en caso de ausencia, debe basar su decisión de ejercer la acción siempre en su convencimiento jurídico. Dado que la fiscalía tiene permitido acusar también en el caso de un comportamiento que la jurisprudencia considera no punible, no se entiende por qué, entonces, no debería poder hacer valer su propia interpretación jurídica también a favor del imputado. Finalmente, el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública, sólo en interés de la víctima, prevé una obligación de ejercer la acción con motivo de la decisión judicial de un caso particular (§ 175). De esto se sigue que no existe una obligación general

de acusar (cf., sobre la totalidad de esta problemática, detalladamente, ROXIN, DRiZ 97, 114 y siguientes).

KREY, I, núms. margs. 355 y s., pretende que no se castigue al fiscal que, según el § 258a, StGB, en contra de la jurisprudencia constante, no acusa, sino que sea responsabilizado disciplinariamente. Sin embargo, no puede existir una infracción disciplinaria cuando un órgano de la administración de justicia sigue su propia consciencia jurídica.

5. En razón de la vinculación del fiscal, similar a la del juez, a la verdad y a la justicia, también debe ser posible su recusación (de otra opinión, KISSEL, § 145, núm. marg. 8), aunque los §§ 22 y ss. no rijan directamente para la fiscalía[5]. La solicitud de reemplazo de un fiscal, dirigida por el imputado al superior en el servicio (§ 145, GVG), debe ser acogida favorablemente "cuando exista un motivo de los que conducen a la exclusión del juez o cuando, desde la perspectiva del imputado, esté justificado el temor de parcialidad" (Hamm, NJW 69, 808). En el § 7 de la AGGVG de Baja Sajonia esta regulación, que puede regir como lineamiento general, ha sido establecida incluso legalmente (de modo similar también el § 11 de la AGGVG de Baden-Wurtemberg; cf., con reparos sobre la constitucionalidad, FRISCH, 1978, 389). Según la sentencia BGH NStZ 91, 595, el fiscal no es parcial en el ejercicio de sus funciones porque haya participado como juez en la instancia previa. Dado el caso, también el tribunal, de acuerdo con el principio del *fair trial*, debe esforzarse por el relevo del fiscal parcial, según el § 145, GVG (LG Mönchengladbach StrV 87, 333, con comentario de BRUNS, JR 87, 305). A pesar de ello, hasta hoy la jurisprudencia, por regla, ha negado tanto la pretensión jurídica de apartar a un fiscal parcial, interpuesta en aplicación de los §§ 23 y ss., EGGVG (acerca de ello, Hamm, *loc. cit.*), como la revisibilidad de una sentencia que fue dictada con la participación de un fiscal recusado con razón (FEZER, 2/30)[6]. Ninguno de ambos supuestos es convincente: el rechazo del reemplazo de un fiscal puede ser visto claramente, según el § 23 EGGVG, como un acto de la administración de justicia[7]; y, con respecto al recurso, no podría ser de otra manera en estos casos si se considera ya fundada la casación por la participación reconocida del fiscal en el mismo caso en el que actuó como testigo (ver, acerca de esto, *infra* § 26, A, III, 3)[8]. Después

[5] A favor de la aplicación analógica con el efecto de que el tribunal o, dado el caso, la fiscalía, deban excluirse o ser recusados, ARLOTH, NJW 83, 207.

[6] Vacilante, BGH NJW 80, 845; cf. sobre esto, JOOS NJW 81, 100; cuestión dejada abierta en la sentencia BGH StrV 96, 296.

[7] BRUNS, 1970, 51; BUCKERT, 1970, 848; HILGENDORF, 1996, 50; de otra opinión WENDISCH, 1980; SCHLÜCHTER, núm. marg. 66, 1; KREY I, núms. margs. 433 y siguientes.

[8] BRUNS, 1970, 46; SCHLÜCHTER, núm. marg. 66,1; Stuttgart NJW 74, 1394, con comentario de FUCHS; KREY I, núms. margs. 439 y 447 y ss., pretende la admisión de la casación sólo

de que la posición del fiscal experimentara un reforzamiento considerable a través de la 1. StVRG, se ha vuelto más urgente todavía el aseguramiento por ley de su objetividad a través de la posibilidad de recusarlo[9]. De todos modos, el LG Bad Kreuznach (StrV 93, 629) ha declarado la imposibilidad de valorar los protocolos de interrogatorios realizados durante el procedimiento de investigación por un fiscal parcial.

B. La policía

I. Sus funcionarios

Para la realización del procedimiento de investigación preliminar la fiscalía tiene a su disposición, ante todo, a la policía, pues la fiscalía, como tal, no tiene órganos ejecutivos; es una "cabeza sin manos" (KERN, GVR, 4ª ed., 227). La policía no está sometida a la fiscalía, desde el punto de vista de su organización, sino que depende de los ministerios del interior de los estados federados; pero la ley la subordina funcionalmente a la fiscalía. La ley distingue a los *funcionarios auxiliares de la fiscalía*, que están dotados con facultades coactivas especiales, de los restantes funcionarios policiales; qué miembros de la policía son funcionarios auxiliares de la fiscalía (cf. § 152, II, GVG) es algo establecido en el contenido análogo de las ordenanzas jurídicas de los estados federados (p. ej., para Baviera, en la VO del 28/12/1984, GVBl. 1985, 4 y 14).

Todos los funcionarios policiales tienen en común sólo unos pocos derechos de intervención: el derecho a realizar detenciones provisionales (§§ 127, I, 1, 127, II, y 163b, I, II), el derecho a tomar medidas que sirvan al reconocimiento (§§ 81b y 163b, I, 3), el derecho a utilizar medios técnicos en el sentido del § 100c, I, núm. 1, a/b, como también el derecho a constatar la identidad (§ 163b). Además, en caso de peligro en la demora, existe el derecho a utilizar un agente encubierto; sin embargo, en ese supuesto se debe provocar inmediatamente la decisión de la fiscalía y, dentro del tercer día, también la del juez (en particular, ver § 110b, I, 2, y II, 3 y 4).

Los *funcionarios auxiliares*, en caso de urgencia, tienen todavía una serie más de derechos de intervención: en casos determinados, la realización de secuestros (§§ 98, I, y 111e, I, 2; sobre la ejecución del secuestro cf. también el § 111 f, I) y requisas (§ 105, I); ordenar la realización de pruebas de sangre u otras medidas de investigación corporal del imputado (§ 81a, II); así como, por regla, la revisión corporal de testigos (§ 81c, V); además,

en caso de la existencia de un motivo de exclusión, mas no de parcialidad, mientras que BEULKE, núm. marg. 97, y PAWLIK, NStZ 95, 309, afirman la posibilidad de la casación, básicamente, pero rechazan la pretensión de recusar fundada en el § 23, EGGVG.

[9] Cf. DAHS, NJW 75, 1877; KUHLMANN, DriZ 76, 11; ROXIN, *Schmidt-Leichner-FS*, 1977, 149; FRISCH, 1978; BRUNS, JR 80, 397; TOLKSDORF, 1989, 186.

pueden ordenar la utilización de medios técnicos, de acuerdo con el § 100c, I, nº 2 (§ 100d, I, 1); ordenar el establecimiento de puestos de control (§ 111, II) y de redes de búsqueda informáticas (§ 163d, II, 1).

II. Actividades de investigación

1. La policía debe asumir *por sí misma* las investigaciones tan pronto como tome conocimiento de una conducta punible. Sin embargo, sólo tiene el derecho y la obligación de la *primera intervención*: debe "tomar todas las medidas autorizadas que no admitan demora" (§ 163, I); después debe remitir sus investigaciones a la fiscalía sin retraso. Con ello se quiere asegurar que la fiscalía conserve el señorío sobre el procedimiento de investigación preliminar. Sólo si la policía estima necesaria la realización urgente de un acto de investigación judicial (acerca de esto, ver *infra* C, II, 3) envía el expediente inmediatamente al AG (§ 163, II, 2). En ese caso, él debe decidir si tiene que intervenir de acuerdo con el § 165, pero, tan pronto como sea posible, tiene que dejar a cargo de la fiscalía la posterior disposición (§ 167). El derecho de la primera intervención no le concede a la policía facultades de injerencia, sino que únicamente le señala sus tareas (*AK*-ACHENBACH, § 163, núm. marg. 5, con más información; de otra opinión, PERSCHKE, 1997, 93 y ss., especialmente 103). Sin embargo, este límite, frecuentemente, no es fácil de establecer; más allá de los casos en los que la medida de investigación policial requiere una autorización especial para la injerencia necesaria (cf. AHLF, 1983; en general, acerca de los "límites de las actividades de investigación", WALDER, 1983). Antes bien, se defiende la opinión –sobre todo en la policía– de que las injerencias por debajo de cierto umbral de intensidad (en especial las que no tienen carácter coactivo) estarían amparadas por el § 163 y que no requerirían ninguna otra autorización (*"teoría del umbral"*). No obstante, esto no rige, por lo menos, para las injerencias en derechos fundamentales, como ya se puede deducir del Derecho positivo (p. ej., §§ 100, 100a y 100b); éstas requieren siempre un fundamento legal particular (de acuerdo, BEULKE, núm. marg. 104; contra un "valor-umbral" general también ROGALL, 1992, 74 y s.; PERSCHKE, 1997, 104 y siguiente).

El problema ha logrado especial actualidad por los métodos modernos de la persecución de delitos, que en los últimos veinte años han sido impuestos y han dado lugar a su regulación legal, en gran parte, a partir de la OrgKG del 15/7/1992. Ellos conducen a una injerencia de la policía en los derechos fundamentales cada vez más intensa y son, en parte, cuestionables bajo el punto de vista del Estado de Derecho[10].

[10] Acerca de una "policialización" del proceso penal, cf. las observaciones críticas de PAEFFGEN, *Rudolphi-S.*, 1995, 13. KÜHNE, en KÜHNE/MIYAZAWA (comps.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 1995, 153, coloca "límites a las facultades estatales de injerencia" decididamente más estrechos de los que establece la nueva legislación. También LÜDERSSEN, *ibidem*, 195, formula críticas al nuevo desarrollo jurídico en su estructuración de "la policía entre las exigencias de eficiencia y la necesidad de control del Estado de Derecho". WITTIG, JuS 97, 961, ofrece una interpretación, que merece ser considerada, de admisibilidad y extensión de los nuevos métodos de investigación a partir de registros informáticos (red de búsqueda informática, búsqueda por rastreo y comparación de datos, ver a-c siguientes).

a) Red de búsqueda informática

Ya la StPÄG de 1986 concedió fundamento legal, en el § 163d, para las llamadas *redes de búsqueda informática*. Estos métodos de búsqueda posibilitan almacenar provisionalmente los datos obtenidos durante el control de personas en las fronteras o conforme al § 111, según criterios de búsqueda determinados. Así pueden ser procesados en ordenadores, y evaluados en su relevancia para la persecución penal, datos que, de otro modo, se perderían rápidamente –p. ej., en los casos de control de masas–. En este tipo de medidas, fundadas en soportes informáticos, se trata de la injerencia en el "derecho a la autodeterminación informativa", así reconocido por el BVerfG en la sentencia del censo de población (BVerfGE 65, 1) como derivación del art. 2, I, 1, GG, esto es, del derecho de los ciudadanos "a decidir por sí mismos, en principio, sobre la entrega y la utilización de sus datos personales" (BVerfG, cit., 43). Por ello, el complicado precepto es también sumamente discutido desde el punto de vista jurídico-político y parece dudoso que él satisfaga las necesidades jurídicas de protección de datos en todas sus particularidades; sin embargo, se debe afirmar, de un modo genérico, la adecuación del precepto a los principios del Estado de Derecho (de otra opinión, *AK*-ACHENBACH, § 163d, núm. marg. 2, con más información; como aquí, en cambio, ROGALL, 1992, 97 y siguiente).

Bibliografía: *Rogall*, Frontalangriff auf die Bürgerrechte oder notwendige Strafverfolgungsmaßnahme? Zur Regelung der sog. Schleppnetzfahndung in § 163 d StPO, NStZ 86, 385; *Baumann*, Einige Gedanken zu § 163 d StPO und seinem Umfeld, StrV 86, 494; *Bernig*, Rechtsprobleme der Schleppnetzfahndung, tesis doctoral, Bonn, 1991; *Göhring*, Polizeil. Kontrollstellen u. Datenverarbeitung, 1992.

b) Búsquedas selectivas por ordenador

También la llamada *búsqueda selectiva por ordenador*, que igualmente representa una injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa, fue introducida de manera urgente, con la regulación legal necesaria, por la OrgKG, en los nuevos §§ 98a y 98b. A través de este método de investigación son compulsados determinados conjuntos de datos según características previamente fijadas de modo criminalístico. P. ej., se ha establecido que los terroristas, en la mayoría de los casos, no pagan directamente los gastos de energía eléctrica, sino a través de sus arrendadores, así que se recomienda examinar los registros de clientes de la em-

presa de electricidad y compararlos con los registros de vecinos para llegar, de esa forma, a las personas sospechosas.

La StPO ahora permite que, ante la existencia de un principio de sospecha (§ 152, II) con relación a la comisión de hechos determinados, comprendidos en un catálogo, especialmente en el ámbito de la criminalidad organizada y de los delitos contra la seguridad del Estado, "sean confrontados informáticamente los datos referidos a personas que reúnan ciertos elementos de examen determinados, correspondientes supuestamente al autor, con otros datos, para excluir a los no sospechosos o establecer qué personas coinciden con los elementos de examen relevantes para la investigación" (§ 98a, I, 1); por cierto, sólo si en caso de restringirse a otras medidas de investigación la persecución penal "fuera considerablemente menos exitosa o se tornara sumamente dificultosa" (§ 98a, I, 2). Para posibilitar la comparación existe el deber, de las oficinas que almacenan datos, de seleccionarlos, transmitirlos y prestar auxilio –dado el caso, incluso son utilizables los medios de coacción del § 95, II (§ 98a, V)– (ver, en particular, § 98a, II-IV). La comparación y comunicación de datos, así como también la utilización de medidas de coerción, sólo pueden ser ordenadas por un juez, aunque –salvo el caso de la detención– pueden ser dispuestas por la fiscalía en caso de peligro en la demora (§ 98b, I y II). Sobre la devolución posterior de los soportes de datos o la eliminación de datos, así como también sobre la utilización de los datos obtenidos en otros procedimientos penales, cf. § 98b, III; sobre las notificaciones exigidas, cf. § 98b, IV.

c) Comparación de datos

En la *comparación de datos*, regulada en el § 98c, no se trata de un supuesto de búsqueda selectiva por ordenador. El precepto permite que, con relación a investigaciones procesal-penales ("para el esclarecimiento de un hecho punible o para la averiguación del lugar de residencia de una persona que es buscada para lograr los fines de un proceso penal"), se comparen informáticamente datos personales obtenidos en un proceso penal con otros datos que fueron almacenados para el objetivo de la persecución penal, de la ejecución penal o de la necesidad defensiva ante un peligro. Debido a que en ello son sólo empleados conocimientos ya obtenidos, la comparación de datos no está vinculada a la existencia de los requisitos especiales de la búsqueda selectiva (hecho catalogado, subsidiariedad, orden judicial; cf. §§ 98a y b, como también *supra* b). Acerca de la problemática de Derecho constitucional del § 98c (con relación a la confusión de fines preventivos y represivos), cf. SIEBRECHT, StrV 96, 566.

d) Sometimiento a observación policial

Asimismo, la OrgKG introdujo en la ley el nuevo § 163e, que regula *el sometimiento a observación policial*, que sirve a la investigación reservada y a la adquisición de conocimientos para la producción de un "cuadro de movimientos" específico de la persona "sometida" a observación y cuyo fin es, por regla general, reconocer relaciones y vinculaciones colaterales

de un círculo de personas criminales (así, HILGER, NStZ 92, 525). El sometimiento a observación de una persona, con motivo de la averiguación de datos personales durante un control policial permitido, presupone un principio de sospecha (§ 152, II) acerca de la existencia de un hecho punible de relevancia considerable, y sólo se puede dirigir contra el imputado o, según las circunstancias, contra la llamada persona de contacto, y es admisible, únicamente, cuando de otro modo fuera sumamente dificultosa o considerablemente menos exitosa la averiguación de los hechos o la investigación del lugar de residencia del autor (§ 163e, I). También por la matrícula de un vehículo puede ser alguien sometido a observación policial (§ 163e, II). En relación con las personas o vehículos sometidos a observación pueden también ser aportadas informaciones personales de un acompañante o del conductor del vehículo (§ 163e, III). Sólo el juez es competente para el sometimiento a observación, pero también la fiscalía en caso de peligro en la demora, en cuyo caso debe requerir la confirmación judicial dentro del plazo de tres días (§ 163e, IV, 1-4). La medida puede durar un año como máximo, pero puede ser prorrogada conforme a los límites del § 100 b, II, 5 (§ 163e, IV, 5 y 6).

De acuerdo con el § 463a, II, también un condenado –o su vehículo– puede ser sometido a observación durante el período de libertad vigilada; el funcionario responsable de la oficina a cargo de la vigilancia dicta la medida. La necesidad de continuar con la medida debe ser examinada anualmente, por lo menos.

La observación policial regulada en el § 163e, II, no debe ser confundida con la observación general del sospechoso, no regulada en la OrgKG (acerca de ello, ver *infra* g). En el caso del § 163e se trata del supuesto en el cual los datos personales obtenidos en la frontera o en otros controles policiales son informados, juntamente con las circunstancias colaterales que emergen del mismo control (plan de viaje, medio de transporte, acompañantes, objetos transportados), a las autoridades de la persecución penal encargadas de la observación.

e) Utilización de medios técnicos

En los nuevos §§ 100c y 100d se halla regulada ahora la *utilización de medios técnicos*. Por ello, con el fin de investigar el hecho o averiguar el lugar de residencia del autor pueden ser utilizados tres métodos de investigación que reconocen distintos requisitos: en primer lugar, pueden ser tomadas fotografías y confeccionados retratos dibujados, si la investigación, de otra manera, fuera "sumamente dificultosa o posiblemente menos exitosa" (§ 100c, I, nº 1, a). En segundo lugar, bajo el mismo presupuesto, pueden ser utilizados también "otros medios técnicos especiales y determinados con el fin de observar para investigar los hechos o averiguar el lugar de residencia del autor", en el marco de la investigación de un hecho punible de importancia considerable (§ 100c, I, nº 1, b); aquí se trata, p. ej., de transmisores radiogoniométricos, alarmas, detector de movimientos y aparatos para ver de noche, pero no de largavistas, pues sólo re-

presentan un mero auxiliar de la vista. Finalmente, en tercer lugar, en el caso de sospecha de la comisión de alguno de los hechos catalogados expresamente en el § 100a, se permite, además, escuchar y grabar conversaciones privadas con medios técnicos; requisito para ello es, por cierto, que de otro modo la investigación fuera "imposible o muy dificultosa" (§ 100c, I, nº 2).

Una restricción considerable de las facultades otorgadas por el § 100c, I, nº 1 y 2, está establecida, con relación a todas las medidas mencionadas, por el hecho de que el ámbito de protección del art. 13, GG, no puede ser lesionado por ellas: no se puede menoscabar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (sobre el espionaje acústico en viviendas, cf. *infra* en este mismo punto). De este modo, resulta inadmisible la realización de un video-film, si la imagen muestra el interior de una vivienda. Según la sentencia BGH NStZ 97, 195[11], el concepto constitucional de domicilio, en relación con una larga tradición, no puede ser entendido en el sentido estrecho del lenguaje corriente. Antes bien, domicilio es todo ámbito, no accesible en general, que está dispuesto para lugar de residencia y relación personal entre seres humanos. También negocios y oficinas, casas comunes, burdeles y hoteles de mala reputación son domicilios en el sentido del art. 13, GG. También el jardín frente a la casa pertenece al domicilio según la sentencia BGH StrV 97, 400 y, por cierto, ello rige aun cuando el micrófono direccional haya sido colocado fuera del jardín. Por el contrario, un micrófono en un automóvil es admisible porque el automóvil sirve para el desplazamiento y no está destinado a la habitación de las personas (discutible). Sin embargo, el vehículo no puede ser sustraído al propietario con el fin de instalarle el medio técnico (LG Freiburg NStZ 96, 508; acerca de esto, JANKER, NJW 98, 269).

Estas medidas, en principio, sólo pueden ser dirigidas contra el imputado únicamente bajo ciertos presupuestos también contra otras personas (en particular ver § 100c, II). Si terceros resultaran inevitablemente afectados –se debe pensar, p. ej., en el interlocutor de un diálogo telefónico intervenido– ello no constituye, no obstante, motivo de impedimento alguno (§ 100c, III). Las medidas del § 100c, I, nº 1, pueden ser efectuadas autónomamente por la policía, mientras que la orden para intervenir y grabar conversaciones privadas está, en principio, reservada a la decisión del juez, aunque, en caso de peligro en la demora, puede ser dictada por la fiscalía y sus funcionarios auxiliares (en particular ver § 100d, I).

Acerca de la valoración de la información obtenida, cf. § 100d, II; sobre la notificación al afectado, § 101, I; y sobre el resguardo de documentos, § 101, IV (considerado inconstitucional por HIEBL, 1994, 138 y siguientes).

11 Con comentario de SCHOLZ y WOLLWEBER, NStZ 97, 351; así también Stuttgart StrV 96, 655.

El art. 13, GG, fue modificado, el 1/4/1998, con la introducción de la "Ley de espionaje acústico". El § 100c, I, nº 3, allí creado, en caso de sospecharse la comisión de determinados hechos punibles graves, permite la observación acústica (a plazo) de la vivienda del imputado o de otras viviendas en las cuales presumiblemente él tiene su residencia, siempre que el esclarecimiento del hecho, de otro modo, resultara desproporcionadamente dificultoso o imposible. Para ordenar esta medida está autorizada únicamente la Cámara Penal Especial para causas por delitos contra la seguridad del Estado (§ 74a, GVG), pero también su presidente en caso de peligro en la demora (§ 100d, II). Sin embargo, no es admisible la vigilancia acústica del domicilio de quien debe guardar secreto profesional en el sentido del § 53; así tampoco si pesara una prohibición de valoración sobre todos los conocimientos que se espera obtener con el espionaje acústico. Los conocimientos obtenidos por escuchas en los domicilios de quienes, según los §§ 52 o 53a, gozan de la facultad de abstenerse de declarar testimonialmente, sólo pueden ser valorados cuando la injerencia en la especial relación de confianza que ello representa no es desproporcionada con relación al interés de esclarecimiento (§ 100d, III).

La regulación sobre la "Ley de espionaje acústico", sancionada después de prolongadas discusiones, ha sido atenuada en el último minuto, al menos en tanto se impidió la intromisión en el caso del derecho de abstenerse de declarar del testigo amparado por el secreto profesional. Sin embargo, la ley resulta muy cuestionable, dado que para los afectados elimina prácticamente la esfera íntima y privada del domicilio y, con ella, la de un ambiente particularmente sensible, hasta ahora protegido como derecho fundamental. Los éxitos investigativos que esta regulación promete apenas poddrán ser conseguidos, pues, presumiblemente, ya no se sostendrá diálogos comprometedores en una vivienda o serán utilizados medios electrónicos o de otro tipo para evitar las escuchas y las grabaciones.

Bibliografía: *Hassemer*, DRiZ 92, 357; *Jaeger/Bleibtreu*, Der Kriminalist 92, 358; *Zachert*, DRiZ 92, 355; *Caesar*, ZRP 93, 67; *Krüger*, ZRP 93, 124; *Lisken*, ZRP 93, 121; *Böttger/Pfeiffer*, ZRP 94, 7; *Kutscha*, NJW 94, 85; *Raum/Palm*, JZ 94, 447; *Schelter*, ZRP 94, 52; *Ransiek*, GA 95, 23; Frister, StV 96, 454; *Meurer*, 1996; *Lorenz*, GA 97, 51 (tratado con exclusión de la vigilancia óptica de viviendas); *van de Reyt*, ZStW 107 (1995), 207 (sobre el Derecho de los Países Bajos); *Krey*, JR 98, 1; *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 98, 87.

f) Intervención de agentes encubiertos y personas de confianza

aa) A partir del hecho de que, por un lado, no se puede renunciar a la intervención de funcionarios policiales como agentes encubiertos o provocadores –especialmente en el ámbito de la criminalidad de estupefacientes y de la criminalidad organizada– (REBMANN, NJW 85, 1) y que, sin embargo, deben ser evitados, por otro lado, todo abuso y arbitrariedad (OSTENDORF/MEYER-SEITZ, StrV 85, 73; LÜDERSSEN, Jura 85, 113), también fue creada, por la OrgKG, §§ 110a-110e, una regulación legal de la *intervención del agente encubierto* (AE). (Para un resumen de la jurisprudencia, cf. MAUL, StrFo 97, 38).

El AE es un funcionario del servicio de policía, que investiga bajo una "identidad alterada", esto es, con prescindencia de su propia identidad, bajo una distinta que le es suministrada por un tiempo prolongado (§ 110a, II, 1). Su intervención sólo está permitida para el esclarecimiento de "hechos punibles de importancia considerable", que pertenezcan al círculo de hechos enumerados específicamente en un catálogo, en especial en el ámbito de los delitos referidos a estupefacientes y contra la seguridad del Estado, o bien de la criminalidad organizada (§110a, I, 1; ¡es necesaria la sospecha inicial en el sentido del § 152, II!), como también para el esclarecimiento de crímenes respecto de los cuales existe un peligro de reiteración (§ 110a, I, 2); para ello, es siempre imprescindible que "procediendo de otra manera, el esclarecimiento no tenga perspectiva alguna o se dificulte considerablemente" (110a, I, 3). Además, este tipo de injerencia sólo puede ser utilizada en el caso de crímenes de especial importancia y siempre que "otras medidas fueran inútiles" (§ 110a, I, 4). En principio, ella sólo puede ser llevada a cabo con aprobación de la fiscalía[12] o bien del juez, en el supuesto de que se dirija contra un imputado determinado o que sea necesario ingresar en una vivienda que no tenga acceso al público; en caso de peligro en la demora alcanza, sin embargo, con la ratificación posterior, la que, por cierto, debe tener lugar dentro del tercer día (en particular, ver § 110b, I y II).

Si la aprobación posterior del juez no es solicitada o concedida, según la sentencia BGHSt 41, 64 (con comentario de KREY/JAEGER, NStZ 95, 517), la aprobación de la fiscalía permanece válida para los primeros tres días, de modo que, en ese tiempo, no se produce prohibición de valoración alguna. Ello es cuestionable, porque así se deja sin efecto, parcialmente, el aseguramiento de los derechos fundamentales, reservado a los jueces. Es preferible la solución de que el juez, posteriormente, pueda todavía examinar si la intervención del AE fue materialmente adecuada a Derecho y adoptada dentro de las competencias por urgencia de la fiscalía. La resolución del juez, a través de la cual ratifica la intervención de un AE, según el § 110b, II, debe ser fundada (§ 34) y permitir reconocer que el juez ha efectuado una ponderación desde la base de todos los conocimientos relevantes adquiridos (BGHSt 42, 103). El examen autónomo del juez es necesario "para evitar una conducción externa de la justicia o la actuación independiente del AE" (BGH, cit., 105). A pesar de estas exigencias estrictas y razonables, la prohibición de valoración sólo es posible cuando la aprobación del juez es arbitraria o injustificable. En ello hay una contradicción que ha sido criticada, con razón, por BERNSMANN (NStZ 97, 250) y WEßLAU (StrV 96, 578).

El AE puede participar en el tráfico jurídico (§ 110a, II, 2), bajo la "identidad alterada", para cuya creación y conservación son admitidas la expedición y modificación, como también el uso de documentos (p. ej., de identidad; §110a, III), y –con el consentimiento del titular– ingresar en viviendas ajenas (§ 110c; acerca de su adecuación, ver inmediatamente *infra*; sobre el aviso posterior al habitante de la vivienda, ver § 110d, I). Ver § 110b, III, sobre el mantenimiento en secreto de la verdadera identidad del AE, incluso después de terminada su actuación y sobre todo en el proceso; acerca del tratamiento en actas de su intervención, § 110d, II, y sobre la utilización en otro proceso de las informaciones por él obtenidas, § 110e[13].

[12] La medida, según la sentencia BGH NStZ 96, 48, también puede ser impartida verbalmente. La exigencia de orden escrita del § 110 b, I, 3, sería sólo una disposición formal cuya lesión no fundaría la prohibición de valoración (¡discutible!).

bb) Con la admisibilidad, en general, del AE no se ha dicho nada todavía acerca de las acciones que le están permitidas en el ámbito de su actividad investigadora. Actualmente es muy discutida la cuestión de la constitucionalidad del § 110c, 1ª frase, según el cual el AE tendría permitido el ingreso a un domicilio "bajo la utilización de una identidad alterada", con el "consentimiento del inculpado"[14]. Correctamente se debe decir que el § 110c, 1ª frase, es contrario a la Constitución (ROXIN, StrV 98, 43), debido a que el ingreso del funcionario de policía en el domicilio significa una injerencia en el ámbito protegido por el art. 13, GG. Ese carácter lesivo de la actuación policial no es neutralizado tampoco por el "consentimiento" de quien tiene el derecho de admisión; pues existe un error, referido al bien jurídico, del titular del derecho, si él es engañado acerca del verdadero motivo según el cual deja entrar al invitado en una esfera protegida constitucionalmente (a saber, para posibilitar una investigación estatal). Pero dado que tampoco existe un registro en el sentido del art. 13, II, GG (en contra ROGALL, JZ 87, 853, y WOLLWEBER, StrV 97, 507) o una acción de prevención en el sentido del art. 13, III, GG, resulta inadmisible que el AE (al igual que otros funcionarios policiales) se arrogue el ingreso a domicilios privados subrepticiamente. Para ello es necesaria una reforma de la GG, como, correspondientemente, fue necesaria para la "Ley de espionaje acústico".

cc) No es un AE el funcionario policial que no actúa abiertamente, sino que sólo toma parte en prácticas aisladas como aparente comprador mayorista (p. ej., en el escenario de las drogas). No rigen para él los requisitos de los §§ 110a y ss., pero ellos debe ser cumplidos si él, bajo su "identidad alterada", actúa durante un período de tiempo prolongado, con una o más personas, en la adquisición de estupefacientes, aun cuando el contacto con compañeros de negociación individuales sólo sea breve (BGHSt 41, 64; BGH NStZ 96, 450[15]). Con ello concuerda también el BGH (NStZ

[13] La constitucionalidad del § 110a, I, ha sido discutida por SCHMITZ, 1996, 61 y ss. (por falta de determinación); y la del § 110d, II, por HIEBL, 1994, 138 y ss. (por infracción al principio de protocolización completa).

[14] Recientemente dejado abierto en la sentencia BGH NStZ 97, 448; a favor de la inconstitucionalidad: WEIL, ZRP 92, 243; FRISTER, StrV 93, 151; ROXIN, StrV 98, 43; en contra: JÄHNKE, *Odersky-FS*, 1996, 437; KREY, 1993, 131, todos con más información.

[15] Comentario de KREY/JAEGER, NStZ 95, 517; WEßLAU, StrV 95, 506; ROGALL, JZ 96, 260; *idem*, NStZ 96, 451.

97, 448, con comentarios de HILGER, NStZ 97, 449; y WOLLWEBER, StrV 97, 507), pero ha dejado abierta la cuestión de si la intromisión de un comprador aparente (que no es AE) en un domicilio privado es admisible. Los mejores argumentos se inclinan por considerarla inadmisible (ROXIN, StrV 98, 43). *Supra* se ha dicho (bb) que la regulación del § 110c, 1ª frase, lesiona el art. 13, GG; pero si el ingreso a un domicilio por parte de un policía que se hace pasar por una persona particular, no está permitido sin una modificación de la Constitución, esto es algo que rige para todas las autoridades, sean AE o no lo sean. Pero, aun cuando se parta de la constitucionalidad del § 110c, se debe decir que la regulación de los §§ 110a y ss. (y, ante todo, la reserva judicial) no puede ser eludida permitiendo que funcionarios policiales que no sean AE se introduzcan, sin una autorización legal para ello, en domicilios ajenos.

Los conocimientos que sean adquiridos en violación de los principios ya expuestos no pueden ser valorados (más detalladamente, ROXIN, StrV 98, 44 y siguiente).

dd) Una cuestión especialmente discutida y hasta hoy no aclarada es, también, la intervención del AE como *agente provocador*, esto es, como persona que –sobre todo en el ámbito de los estupefacientes– induce a otros a cometer hechos punibles para, inmediatamente después, poder detenerlos. Originalmente, el BGH había reconocido la posibilidad de una extinción de la pretensión penal pública contra imputados que habían sido inducidos a cometer sus hechos punibles (mayormente delitos de estupefacientes) en forma contraria al Estado de Derecho, por agentes provocadores policiales[16]. De acuerdo con ello, se daba por supuesta una injerencia contraria al Estado de Derecho, sobre todo cuando el acusado, hasta entonces, no tenía antecedentes penales, o era drogodependiente o cuando la inducción era particularmente intensa; en cambio, la existencia de esa lesión era negada cuando el traficante de drogas se dirigió por sí mismo al agente provocador (BVerfG NJW 87, 1874). Tampoco fue considerado contrario al Estado de Derecho el caso de un policía que le preguntó a una prostituta si estaba lista para tener relaciones sexuales (BVerfG NStZ 85, 131, con comentario en contra, de LÜDERSSEN, StrV 85, 178). La extinción de la pretensión penal pública, para cuya fundamentación se recurrió, ante todo, a los principios jurídicos del § 136a (¡engaño!) y del *venire contra factum proprium* (el Estado no puede castigar a aquel a quien él mismo, precisamente, ha inducido a llevar a cabo un hecho punible), conducía, según esa jurisprudencia, a un impedimento procesal y a la imposibilidad de perseguir penalmente[17]. Frente a ello, la 1ª Sala Penal

[16] BGH NJW 80, 1761; 81, 1626; StrV 81, 276; NStZ 81, 70; 82, 126; MDR/H 82, 448; NStZ 83, 80; 84, 519; StrV 84, 4; BVerfG NStZ 85, 131, con comentario de K. MEYER.

[17] Como tal fue considerado por el BGH, posiblemente existente, en NStZ 81, 70; 82, 126; 82, 156; 84, 519; StrV 84, 4; además, Düsseldorf StrV 83, 450; 85, 274; LG Stuttgart StrV 84, 197; LG Frankfurt StrV 84, 415; LG Berlin StrV 84, 457.

(BGHSt 32, 345; similar FOTH, NJW 84, 221; en contra TASCHKE, StrV 84, 178) ha hecho valer la actuación contraria al Estado de Derecho de un agente provocador sólo como "causa considerable de atenuación de la pena"; para ello también debe ser admisible remitirse a la pena mínima establecida legalmente (BGH StrV 94, 169). Contra la aceptación de un impedimento procesal se objeta, ante todo, que "los bienes jurídicos cuya protección se confía al Estado no pueden ser puestos a disposición de un agente provocador policial". Además, un impedimento procesal debería estar vinculado a hechos predeterminados desde un comienzo y no podría surgir sólo de una valoración "con motivo de un examen exhaustivo hecho en el juicio oral". También otras lesiones contra el Estado de Derecho, en el proceso penal, conducirían a un vicio del procedimiento, pero no a un impedimento procesal. Ponderaciones críticas sobre la sentencia y sobre la discusión entre TASCHKE y FOTH: BRUNS, StrV 84, 388. La 2ª Sala Penal (StrV 85, 309), con renuncia a su jurisprudencia anterior, ha adherido a la 1ª Sala. Según el BGH GrS (BGHSt 33, 356), la interpretación de que la influencia inadmisible de un agente provocador puede fundar un impedimento procesal, ya no es sostenida en la jurisprudencia del BGH. Por ello, entretanto, se ha dado un vuelco completo en la jurisprudencia (cf., por último, BGH StrV 89, 518), mientras que en la doctrina el problema sigue siendo extremamente discutido.

La discusión no ha terminado. El problema ha sido tratado científicamente, en primer lugar, por LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Peters-FS*, 1974, 349. En la actuación del agente provocador lo correcto es rechazar tanto la violación de los arts. 1, 2, GG, como de los principios del § 136a, y también debe ser negado un *venire contra factum proprium* (de otra opinión, KATZORKE, *Die Verwirkung des staatl. Strafanspruchs*, 1989, 77). El provocado conserva la libre decisión, así que la autonomía de su personalidad no resulta lesionada; el agente provocador tampoco se comporta contradictoriamente, sino que trabaja, fiel a su objetivo, para probar la culpabilidad de un sospechoso. El problema real reside en la cuestión acerca de si la actividad del agente provocador está comprendida en el marco de las tareas generales preventivas y represivas de la policía (§ 163, cláusula general policial) o si requiere una norma especial de autorización. En tanto que el agente provocador se limite a "provocar" a los sospechosos, ello podrá considerarse cubierto por el § 163 (y los preceptos preventivos correspondientes), sin importar que esa actuación sea vista como "injerencia" o no lo sea; pues sólo las intervenciones coactivas o las injerencias en derechos fundamentales (cf. *supra* antes de a), que aquí no existen, requieren una autorización amplia. Distinto es el caso en el que se actúa contra una persona que no es sospechosa y siempre que el agente provocador ejerza una presión especial; pues en el primer supuesto faltan los requisitos de la atribución de competencias policiales (la actuación contra personas no sospechosas cae fuera del ámbito de tareas de la policía), mientras que en el segundo supuesto la improcedencia del comportamiento del agente provocador policial resulta de

la lesión del principio de proporcionalidad que domina todo el Derecho público. La concepción aquí defendida coincide en los resultados (¡no en la fundamentación!) con la jurisprudencia originaria del BGH, de modo tal que la solución del problema no se consigue solamente con la ayuda de la medición judicial de la pena. Sin embargo, en los casos de actuación inadmisible de agentes provocadores no debe reconocerse un impedimento procesal, sino un motivo de exclusión de la pena del Derecho material; dado que el comportamiento del Estado contrario al Estado de Derecho no afecta al proceso, sino ya al acaecimiento del hecho, impide, por ello, el nacimiento de la pretensión penal[18].

El texto sigue, en lo fundamental, el trabajo de IMME ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 1988, 2ª ed., 1995 (de la misma opinión BEULKE, StrV 90, 183). Salvo lo ya mencionado, lo nuevo en la doctrina es: FRANZHEIM, NJW 79, 2014; MACHE, StrV 81, 600; SIEG, StrV 81, 636; BERZ, JuS 82, 416; DENCKER, *Dünnebier-FS*, 1982, 447; BRUNS, NStZ 83, 49; SEELMANN, ZStW 95 (1983), 797 (830 y s.); MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß*, 1984; SCHÜNEMANN, StrV 85, 424; LÜDERSSEN (comp.), *V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat*, 1985; K. MEYER, NStZ 85, 134; SCHLEGEL, *Der verführte Dritte*, 1985; H. SCHUMANN, JZ 86, 66; CREUTZ, ZRP 88, 415; BECK, *Bekämpfung der Organisierten Kriminalität usw.*, 1990; FISCHER/MAUL, NStZ 92, 7; KAIAFA-GHANDI, *Bemmann-FS*, 1997, 560.

La cuestión acerca de hasta qué punto rigen los §§ 136 y 136a para los AE no ha sido definitivamente aclarada. Sin embargo, del sentido y del fin de la regulación se puede deducir que los §§ 110a y ss. han establecido una excepción a la prohibición de engañar del § 136a y del deber de informar al imputado del § 136, II, 2, así que los "engaños condicionados por la 'identidad alterada'" están permitidos. A pesar de ello, estas excepciones requieren una interpretación restrictiva porque se trata de injerencias en posiciones protegidas por derechos fundamentales (en esta dirección, LAGODNY, StrV 96, 172).

ee) Junto al AE trabajan también para la policía "colaboradores libres", que no son funcionarios, las llamadas "personas de confianza" (informantes).

Se trata aquí de gente que trabaja en gastronomía, conductores de taxis y también gente del ambiente criminal. La actividad de esta "gente de confianza" es considerada por la jurisprudencia y también por el legislador, desde siempre, como admisible, sin las limitaciones previstas en los §§ 110a y ss. (BGHSt 41, 42, con comentario de LILIE/RUDOLPH, NStZ 95, 514). En la fundamentación de la OrgKG se dice expresamente (BT-Druchs. 12/989, 41): "del hecho de que el proyecto se decida exclusivamente por la regulación del órgano 'agente encubierto' no se puede ni se debe inferir que toda convocatoria de testigos (informantes, personas de confianza) será inadmisible en el futuro". Esto es cuestionable, porque la gente de confianza

[18] De acuerdo, BEULKE, núm. marg. 288: "Causa de exclusión de la culpabilidad"; de otra opinión WOLFSLAST, 1995, 216 y ss., y 266, quien desarrolla una "clase especial de prohibición procesal", esto es, un obstáculo procesal con raíz en el Derecho constitucional, según el cual la pretensión punitiva estatal puede extinguirse en caso de un comportamiento abusivo del derecho (¿punible?) por parte del Estado.

lleva a cabo injerencias similares a las del AE. Se debe exigir urgentemente que también para la intervención de personas de confianza exista un fundamento legal; pues, de otro modo, los presupuestos restrictivos de los §§ 110a y ss. serían dejados de lado fácilmente, porque la policía pondría, en lugar de los agentes encubiertos, antes bien, personas de confianza. Difícilmente se pueda discutir que la intervención de personas de confianza tiene carácter de injerencia y que, como tal, requiere ser establecida legalmente (como aquí también, en los resultados, SCHMITZ, 1996, 152 y ss.; cf., también, LILIE, 1996; DUTTGE, JZ 1996, 556).

g) Otros métodos de averiguación

La OrgKG no ha regulado, en modo alguno, todos los métodos de investigación que, según la opinión mayoritaria, requieren autorización legal. A este grupo pertenecen la vigilancia permanente, por la policía, de personas sospechosas (observación), el procesamiento de datos personales en registros y la utilización de información obtenida preventivamente con fines represivos[19].

La sentencia BGH NStZ 92, 44, expresa dudas acerca de que una observación prolongada de la puerta de acceso a una vivienda de un sospechoso, a través de una grabación de vídeo, sea admisible, sin la base de una autorización legal de intervención; pero parece aceptarlo para un período transitorio en tanto la vigilancia responda a razones policiales preventivas. Esta sentencia ha hallado gran resonancia y opiniones diversas[20]. Mientras que la procedencia de la utilización de video-cámaras para vigilancia se ajusta hoy al § 100c, I, nº 1, a, la OrgKG, como tal, respecto de la cuestión sobre la admisibilidad de una observación prolongada, no ha brindado claridad alguna, de modo que las consideraciones del BGH sobre este punto pueden todavía señalarse como vigentes (cf. también RIEß, NJ 92, 497, nota al pie 98).

La necesidad de una reglamentación legal exhaustiva de todo método de investigación policial ha sido promovida, ante todo, por la jurisprudencia del BVerfG sobre "el derecho a la autodeterminación informativa". ROGALL, 1992, y PERSCHKE, 1997, 57 y ss., ofrecen un análisis detallado de los fundamentos de Derecho constitucional de la discusión y de sus consecuencias para el Derecho procesal penal.

ROGALL pone en duda tanto la corrección como la necesidad de un derecho fundamental autónomo a la "autodeterminación informativa", en el marco de los arts. 1 y 2, I, GG (cit., especialmente 44 y ss. y 57 y siguientes). Frente a ello, PERSCHKE (1997, 64 y s.) se remite al efecto vinculante de las decisiones del BVerfG acerca de la existencia y alcance de este derecho fundamental según el § 31, I, BVerf GG; sobre la base del principio de reserva de la ley él desarrolla, en el cuño de la jurisprudencia del BVerfG, un catálogo de criterios con el cual somete a examen la actividad de investigación concreta de las autoridades de la persecución pe-

[19] A favor de su admisibilidad restringida, BGH NStZ 96, 601, con comentario crítico de WELP; KÖHLER, StrV 96, 186.

[20] A favor de la admisibilidad de una vigilancia por vídeo prolongada, con fundamento en el § 163, HIPPEL/WEIß, JR 92, 316 y KRAMER, NJW 92, 2732; básicamente de conformidad con el BGH, ROGALL, NStZ 92, 45; crítico, en cambio, GUSY, StrV 91, 499; HASSEMER, Jus 92, 161; AMELUNG/KERCKHOFF, Jus 93, 196; en contra, finalmente, MERTEN, NJW 92, 354, MALEK, StrV 92, 342 y WOLTER, Jura 92, 520.

nal para saber si ella está legitimada, en cada caso, por los §§ 161, 1ª frase, y 163, I, o si requiere, en cambio, una autorización expresa del legislador (91 y siguientes).

Además, cf.: SCHOREIT, DRiZ 87, 464; LISKEN, DRiZ 87, 184; RIEGEL, *Meyer-GS*, 1990, 345; DEUTSCH, 1992, 261 y ss.; LORENZ, JZ 92, 1000; GEIGER, 1994, acerca de la problemática de los métodos modernos de investigación para el Estado de Derecho. Sobre "el procesamiento y utilización adecuada de la información en el proceso penal", cf. el libro de ERNST, 1993, del mismo nombre.

2. Ante todo, la policía emprende su investigación con motivo de una *instrucción* de la fiscalía. Esta instrucción se llama "requerimiento", si es dada a las autoridades policiales generales, y, en cambio, "orden", cuando se dirige a los funcionarios auxiliares de la fiscalía. En ambos casos es obligatoria (§ 161, 2ª frase; para el proceso preliminar, de otra opinión –sin razón–, BENFER, NJW 81, 1245).

3. Si concurren medidas de prevención y de persecución penal, la fiscalía y la policía deben actuar cuanto antes y de común acuerdo. Si ambas tareas entran en conflicto, se debe decidir si el fin superior es la persecución penal o la prevención de un peligro. En los casos de urgencia impostergable debe decidir la policía (RiStBV, Anexo A). Se discute si la fiscalía puede prescribir a la policía no sólo que intervenga como tal, sino también la forma concreta de realización de la medida (p. ej., intervenir con armas de fuego). Esto con referencia a los §§ 161, 2ª frase, StPO, 7 UZwG (Sartorius, 115) y 81c, VI, 2, StPO (a *contrario sensu*) en tanto se trate de una medida procesal-penal (en contra, KREY, ZRP 71, 224; de conformidad BEULKE, núm. marg. 109). En caso de que la medida, en cambio, esté fundada en una norma de autorización policial, la facultad de dar instrucciones de la fiscalía tampoco se puede justificar en el criterio de la conexión objetiva, meramente temporal, con la actividad de persecución penal. En lo esencial concordante RiStBV, Anexo A (sobre ello RÜPING, núm. marg. 90). Ver, acerca de las situaciones complejas en la "combinación" del Derecho policial con el Derecho procesal penal, más detalladamente *AK*-ACHENBACH, § 161, núms. margs. 17-19; § 163, núm. marg. 11[21]. Acerca de la protección jurídica contra medidas de persecución penal de la policía, ver *infra*, § 29, D, I, 3, y II, 3.

III. Relaciones policía-fiscalía

De acuerdo con la concepción del legislador (sobre la historia, GÖRGEN, 1973, 35; RÜPING, 1983) la dirección de las investigaciones está totalmente en manos de la fiscalía; sólo se la delega a la policía para medidas de investigación particulares y limitadas. En la *praxis*, el procedimiento de investigación es dejado cada vez más a cargo de la policía (más detalladamente, BRÄUTIGAM, DRiZ 92, 214). Frecuentemente, ella conduce las investigaciones autónomamente y sólo cuando están terminadas eleva el expediente a la fiscalía, la que entonces sólo decide si sobresee el procedimiento o promueve la acusación. Esto resulta cuestionable, porque afecta la conducción del procedimiento de investigación por las autoridades judiciales.

[21] Especialmente sobre las relaciones de Derecho administrativo entre policía y fiscalía, L.-H. SCHRÖDER, 1996.

Las *líneas rectoras sobre la nueva configuración de la relación policía-fiscalía*, presentadas por una comisión conjunta de los ministerios de Interior y Justicia, contienen propuestas para una regulación legal que fueron aprobadas en 1975 (el informe conjunto de la comisión está publicado en: *Polizei und Justiz*, 147-149; además, sólo las líneas rectoras, en DRiZ 76, 266). Dichas líneas recomiendan, en el marco de la estructura básica fijada por el Derecho vigente –especialmente de un procedimiento de investigación unificado–, adaptar la regulación jurídica, en detalle y enérgicamente, al desarrollo de la realidad[22].

Aquí se muestra, no obstante, una tendencia cuestionable –inconciliable con la posición de la fiscalía como guardián de la ley– a trasladar las tareas estatales de investigación al Ejecutivo (más detalladamente, ROXIN, DRiZ 97, 120). Pero tampoco el modelo contrario, que anteriormente defendí (DRiZ 69, 388), de un dominio unilateral del proceso por la fiscalía a través de la creación de una rama policial propia, puede ser realizado bajo las circunstancias actuales (rechazándolo también, GÖSSEL, 1980; RÜPING, 1983, 908); pues el Ministerio del Interior no estaría dispuesto, por motivos políticos, a entregar una parte de la policía al Ministerio de Justicia; además, las actuaciones preventiva y represiva de la policía no pueden ser separadas fácilmente en modo alguno, como lo requiere un modelo de esa naturaleza. Mejoramientos en el control de la fiscalía podrían ser obtenidos, a pesar de todo, a través de la creación de comisiones especiales de la fiscalía, a través de la posibilidad de un acceso directo a las bases de datos almacenados por la policía[23] y a través de la introducción vigorosa del deber policial de informar a la fiscalía (expresamente, ROXIN, DRiZ 97, 120).

IV. Autoridades federales

De acuerdo con la GG, la institución y organización de la policía es cuestión que corresponde, en principio, a los estados federados. Así, pues, la policía está limitada a cada Estado federado y, básicamente, sólo puede trasponer los límites de su Estado, de acuerdo con el § 167, GVG, en la persecución de prófugos (acerca de esto, B. HEINRICH, NStZ 96, 361).

La federación, en razón de la competencia primaria de los estados federados, tiene, sólo limitadamente, sus propios órganos policiales.

1. La *Oficina federal para la protección de la Constitución* ha sido instituida con motivo de la Ley sobre el trabajo conjunto entre la federación y los estados federados, en ocasión de la protección de la Constitución (Sartorius 80), y sirve a la lucha contra los delitos políticos (fundamento jurídico: art. 73, nº 10 y 87, I, GG). Sin embargo, tiene únicamente la misión de "recolectar y valorar informaciones, noticias y otros documentos" sobre aspiraciones contrarias al orden constitucional (§ 2 de la ley mencionada). Esta autoridad no dispone de facultades de injerencia policiales propias.

[22] En particular ver GÖRGEN, ZRP 76, 59; DriZ 76, 296; KUHLMANN, DRiZ 76, 265; GEMMEN y WENDISCH, en: *Polizei und Justiz* 23 (1977), 13 y 19; ULRICH y RUFFRECHT, ZRP 77, 158 y 275.

[23] Acerca del procesamiento de datos policiales en conflicto de competencia entre el Derecho policial y el Derecho procesal, SIEBRECHT, JZ 1996, 711.

2. De especial importancia es la *Oficina Criminal Federal* (BKA), cuyas tareas y facultades están reguladas ahora (sobre el estatuto legal anterior, cf. la 24ª ed.) en la ley *sobre la oficina Criminal Federal y el trabajo conjunto de la Federación y los estados federados en asuntos de policía criminal* (*BKAG* del 1/8/1997; Sartorius 450; fundamento jurídico: art. 73, nº 10 y 87, I, GG). Esta oficina, como dependencia central para la recolección de informaciones y datos policiales, colabora con las policías de la Federación y de los estados federados en el descubrimiento y persecución de hechos punibles de importancia especial, supra-estadual o internacional (§ 2, I). La oficina, que actúa en común con las oficinas centrales de las policías locales (oficinas criminales de los estados federados), especialmente, debe reunir y valorar todas las informaciones requeridas para el cumplimiento de las tareas mencionadas, conservar las instalaciones y registros necesarios para el conocimiento de dichas informaciones, llevar adelante investigaciones criminalísticas, desarrollar análisis y estadísticas de policía criminal y expedir los dictámenes que le exijan los órganos de la persecución penal (§ 2). La especial importancia de la nueva BKAG reside en la aplicación de las medidas para la obtención y procesamiento de datos personales establecidas en la sentencia sobre el censo de población del BVerG; para ello fueron creadas normas facultativas especiales (§§ 7 y siguientes). Según el § 1, II, la lucha preventiva contra el delito y la persecución de los hechos punibles permanecen en manos de los estados federados. Sin embargo, este principio no rige en los tres casos siguientes: la Oficina Criminal Federal asume por sí misma las tareas policiales en el ámbito de la persecución penal de delitos de criminalidad organizada internacional, como tráfico de armas o drogas y falsificación de moneda (§ 4, I, nº 1), en caso de atentados contra la vida o la libertad de miembros de los órganos constitucionales de la República Federal de Alemania y de sus visitantes oficiales extranjeros o diplomáticos acreditados en Alemania (en particular, ver § 4, I, nº 2), como también en los casos de terrorismo extranjero o internacional (§ 4, I, nº 3 y 4); esto evita los conflictos de competencia. Además, la Oficina Criminal Federal puede asumir por sí misma las tareas policiales a petición de una autoridad estadual, por orden del Ministerio Federal del Interior –que sólo puede existir por "motivos gravísimos"– o en procedimientos preliminares que correspondan a la competencia del Procurador General Federal (§ 4, III). En la mayoría de esos casos la Oficina Criminal Federal está también obligada a proteger a los testigos (§ 6). Siempre que un hecho punible afecte a más de un Estado federado, la Oficina está facultada a asignar todas las tareas policiales en el ámbito de la persecución penal a uno de los estados federados afectados, de conformidad con un fiscal general y la autoridad superior de ese Estado (§ 18, I). En los casos citados, tanto las autoridades federales de ejecución como las estaduales pueden tomar decisiones oficiales en todo el territorio federal; en lo que a ello respecta ellas son autoridades auxiliares de la fiscalía competente (§ 19, I). La acción conjunta de esta oficina con las oficinas criminales de los estados federados está asegurada por una serie de disposiciones adicionales (ver, especialmente, §§ 1, II, y 13). Además, la Oficina asume la protección de los órganos constitucionales de la federación y sus huéspedes (§ 5, I). Por otra parte, la Oficina es la dependencia central nacional de la Organización Internacional de la Policía Criminal (Interpol[24]) en la RFA (§ 3, I). La Oficina está obligada, en principio, a la colaboración internacional con las autoridades de otros estados para el descubrimiento y persecución de hechos punibles; sin embargo, también las policías de los estados federados pueden mantener directamente tal relación de servicio, p. ej., en el marco de la realización de medidas concentradas en un ámbito regional (§ 3, II y III).

3. La Oficina Criminal Federal es también la autoridad nacional competente de *Europol* (*Policía Europea*), que fue creada por el Tratado Europol del 26/7/1995 (BGBl. II, 1997, 2153), con fundamento en el art. K, 3, del Tratado de la Unión Europea. Tiene su sede en La Haya. El Tratado Europol fue ratificado por el Parlamento alemán con la ley Europol del 16/12/1997 (BGBl. II, 1997, 2150). Actualmente, la misión de la Europol consiste exclusivamente en la coordinación del trabajo de las autoridades policiales nacionales, en el ámbito del combate del terrorismo, del tráfico de drogas y de otros delitos graves en el terreno de la criminalidad organizada (cf. art. 2, I, del Tratado Europol), como también la recolección, análisis e intercambio de los datos necesarios para ello (cf., sobre estas tareas de la Europol, Bull, DRiZ 98, 32). Es discutido, ante todo, el hecho de que las autoridades de Europol deban recibir inmunidad de acuerdo al deseo de numerosos países miembros de la Unión Europea (cf., al respecto, B. Hirsch, ZRP 98, 10); esto sería altamente objetable desde el punto de vista del Estado de Derecho, si a las autoridades de Europol le fueran concedidas facultades investigativas propias. Sin embargo, éste no es el caso, en tanto no existen Derecho penal ni Derecho procesal penal europeos, de modo que se debe esperar todavía un desarrollo ulterior (Bull., DRiZ 98, 34).

[24] Fundada en 1923 como Comisión de Policía Criminal Internacional fue redenominada por una reforma de 1956. Su sede fue trasladada de París a Lyon en 1989.

C. El juez de la investigación

I. Su relación con la fiscalía

1. El fiscal tiene el señorío del procedimiento de investigación; debe tomar las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la pretensión punitiva estatal. Sin embargo, hay una serie completa de medidas –casi siempre especialmente graves– que la fiscalía no puede tomar porque la ley las reserva para el juez. Para realizar esas medidas ya en el procedimiento de investigación, sin quitarle a la fiscalía el señorío sobre esa etapa del proceso, la ley prevé la institución del *juez de la investigación*: la fiscalía solicita la adopción de los actos de instrucción judiciales que ella crea necesarios al juez del AG de la jurisdicción en la que el acto deba ser realizado, § 162, I, 1 (acerca de la competencia en el caso de que deban ser tomadas medidas judiciales en varias jurisdicciones, cf. § 162, I, 2 y 3, y II). El juez debe, exclusivamente, examinar la admisibilidad de la medida requerida, § 162, III (p. ej., la proporcionalidad de la conducción forzada solicitada, Zweibrücken NJW 81, 534, o de la indagación de datos personales, LG Verden, StrV 86, 427). Sin embargo, cuando sobre la admisibilidad impera la discreción judicial, permanece ese imperio (p. ej. en los §§ 65, 94, 102 y ss., y 112). Empero, el juez de la investigación no puede, en caso alguno, examinar la utilidad de la medida solicitada. Así, p. ej., el juez no puede negarse al interrogatorio judicial solicitado por la fiscalía con el fundamento de que es superfluo o de que puede ser realizado por la fiscalía misma[25]. En esta vinculación del juez a las determinaciones de la fiscalía no existe lesión alguna de la independencia judicial (art. 97, GG), pues el juez de la investigación no ejerce en esto una actividad jurisdiccional, sino administrativa y opera exclusivamente para la fiscalía en la función de asistencia que la Constitución exige (art. 35, GG; BVerfGE 31, 43). Según Schellenberg (NStZ 91, 72; en contra, Rieß, 1991), una solicitud de interrogatorio arbitraria o por moti-

[25] Rieß, 1991; KG JR 65, 268 y, sobre esta sentencia, Fuhrmann, JR 65, 253; LG Tübingen MDR 89, 1015; LG Freiburg NStZ 93, 146; LG Offenburg NStZ 93, 506 (también en caso de investigaciones preliminares); de otra opinión LG Köln NStZ 89, 41; con una posición intermedia, con confusa fundamentación en la proporcionalidad, Düsseldorf NStZ 90, 144. En cambio, Prechtel, 1995, 301, sólo admite el rechazo de lo requerido por la fiscalía cuando la desproporción de la medida solicitada "está firmemente establecida".

vos impertinentes de la fiscalía debería, por ello, poder ser rechazada, con independencia del § 162, III, como requerimiento de asistencia jurídica improcedente.

El juez de la investigación no puede realizar investigaciones propias; si los documentos presentados ante él por la fiscalía para justificar, p. ej., una orden de detención o de registro no son suficientes, debe requerir de la fiscalía otros materiales o investigaciones complementarias. Si éstas no demuestran la pertinencia de lo solicitado, el requerimiento debe ser denegado (LG Stuttgart, NStZ 83, 520, con comentario de RIEß). Sin embargo, el juez de la investigación, según el § 166, debe realizar las medidas probatorias requeridas, en su descargo, por un imputado interrogado por él, en tanto las considere relevantes y si, de lo contrario, fuera de temer la pérdida de esas pruebas o si su adquisición pudiera conducir a la liberación del inculpado (más detalladamente, SCHLOTHAUER, StrV 95, 158).

2. En las *causas por delitos contra la seguridad del Estado* pueden intervenir, junto al juez municipal de la jurisdicción, también los jueces de la investigación del OLG o del BGH, cuya competencia se extienda a todo el ámbito federal (en particular ver §§ 169, StPO, y 166, II, GVG). Se debe reconocer que en las causas por delitos contra la seguridad del Estado existe la necesidad de tal concentración de competencia, ya en el procedimiento preliminar; sin embargo, el traslado de "los jueces de la investigación del BGH al OLG" casi carece de sentido (así, FISCHER, NJW 69, 449; de otra opinión M. MARTIN, NJW 69, 713), pues acerca de los requerimientos del Procurador General Federal en el procedimiento preliminar podría decidir perfectamente el juez de la investigación del OLG.

II. Actividades del juez de la investigación

1. *A pedido* de la fiscalía (cf. RiStBV, nº 10), el juez de la investigación interviene:

a) cuando su participación está exigida:
- para la interrupción de la prescripción, § 78c StGB, y
- para el aseguramiento de medios probatorios, cf. §§ 251 y 254;

b) cuando su participación está prevista legalmente:
- para el interrogatorio bajo juramento de testigos y peritos (§§ 161a, I, 3, y 65);
- para la privación provisional del permiso de conducir (§ 111a, 1, 1) y, en casos determinados, para ordenar el secuestro (§§ 98, I, 2, y 111n, I, 1);
- para ordenar la prisión preventiva (§ 114, I) o la internación provisional (§ 126a I, II, 1, en relación con el § 114, I), como también la detención según el § 98b, II;
- para decidir sobre la admisibilidad y continuación de la privación de libertad con fines de establecer la identidad (§ 163c, I, 2);
- para ordenar exámenes corporales o pruebas de sangre en los casos del § 81c, III, 3 (§ 81c, V);
- por regla general, para ordenar el secuestro, el arresto (§§ 98, I, 1, 100, I, 111e, I, 111n, I, 2, 111o, III, 1, 111p, IV) y el registro (§ 105, I, 1 y 2);
- por regla general, para ordenar exámenes corporales (§§ 81a, II, y 81c, V);

- por regla general, para ordenar la vigilancia y grabación de telecomunicaciones (§ 100b, I, 1, 2), como también la utilización de medios técnicos en los casos del § 100c, I, nº 2 (§ 100d, I, 1);
- por regla, en determinados casos, para la aprobación de la intervención de un agente encubierto (§ 110b, II, 1 y 2);
- por regla general, para ordenar el establecimiento de puestos de control (§ 111, II), para la realización de una "búsqueda selectiva por ordenador" (§ 98b, I, 1, y II), para la utilización de una "red de búsqueda informática" (§ 163d, II, 1) o para someter a alguien a la observación policial (§ 163e, IV, 1 y 2), como también
- para, por regla general, ordenar medidas cautelares patrimoniales (§ 443, II, 1).

2. El juez, *a pedido de la fiscalía o del afectado*, también debe intervenir, en los casos en los cuales la fiscalía, sus funcionarios auxiliares u otros funcionarios policiales pudieron tomar previamente, por propia decisión, medidas y resoluciones –casi siempre por peligro en la demora–, cuando en la ley está prevista una confirmación o aprobación jurisdiccional posterior. A este grupo corresponden, p. ej., los casos de los §§ 98, II, 1 y 2; 98b, I, 2 y 3; 100, II; 100b, I, 3; 100d, I, 2, en relación con el 98b, I, 2; 100b, I, 3; 110b, II, 3; 111e, II; 111n, I, 3; 111o, III, 2 y 3; 111p, IV, en relación con el 111o, III, 2 y 3; 128; 163c, I, 2; 163d, II, 2, 3; 163e, IV, 3 y 4; 443, II, 2, 2ª oración. Si la intervención del juez, prevista por la ley, no es llevada a cabo tempestivamente, ello tiene como consecuencia, por regla general, la pérdida de validez de la medida tomada (una excepción la constituye, p. ej., la mera norma de deber del § 98, II, 1).

3. El juez de la investigación sólo puede actuar *por iniciativa propia* en caso de peligro en la demora. Actúa entonces en lugar del fiscal y es así llamado *"fiscal de emergencia"*. En estos casos, el juez debe llevar a cabo, de oficio, todos los actos de investigación que no sean postergables (§ 165) y puede, incluso de oficio, dictar orden de prisión (§ 125). Sin embargo, para asegurar el dominio de la fiscalía sobre el procedimiento de investigación, la ley determina que el juez debe dejar a cargo de la fiscalía la posterior disposición (§ 167).

D. El auxilio judicial

Según el § 160, III, 1, la fiscalía, ya en el procedimiento preparatorio, debe investigar todas las circunstancias "que sean relevantes para la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho". Entre esas circunstancias se cuentan, junto al hecho, también la personalidad del autor y sus relaciones sociales; ellas son decisivas, p. ej., para la individualización judicial de la pena, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la advertencia con reserva de pena y otras medidas análogas (cf. §§ 46, 56, 59 y s., StGB; nº 15, I, 1, RiStBV). No obstante ello, las circunstancias personales sólo pueden ser establecidas parcialmente por la fiscalía y la poli-

cía, dado que los medios de los que disponen son demasiado básicos y que trabas psicológicas obstaculizan tales investigaciones. Por ello, el § 160, III, 2, prevé que la fiscalía se pueda servir del auxilio judicial. Este auxilio no es ni una "ayuda unilateral al acusado" (DALLINGER/LACKNER, JGG, 1965, 2ª ed., § 38, comentario 6), ni debe constituir prueba de la culpabilidad del imputado. En lugar de ello, su función es que fiscalía y tribunal, como "auxiliares de la investigación", logren una "visión lo más completa posible" de la personalidad del autor y de sus relaciones sociales[26].

La importancia que el auxilio judicial ha ganado en el Derecho procesal penal moderno impone que la ley federal regule su introducción, su estructuración institucional y su actividad. Lamentablemente, en contra de lo sucedido con el auxilio judicial en el juicio de menores (cf. §§ 38 y 70, JGG), el legislador parece no haber sacado estas conclusiones. El § 160, III, 2, deja a discreción de la fiscalía si ella se servirá del auxilio judicial, y el art. 294 de la EGStGB deja en los estados federados la introducción y regulación de todas las particularidades.

Lo insatisfactorio de esa regulación se verifica ya en la actual situación del auxilio judicial: donde se ha creado el auxilio judicial por ordenanza administrativa casi siempre se lo ha incorporado a la fiscalía (en Berlín y Hamburgo, por el contrario, pertenece a las autoridades de la justicia). Por lo demás, en general, el auxilio judicial actúa sólo en casos de delitos y crímenes de la criminalidad media, causas de protección de jóvenes, delitos que pertenecen a la criminalidad de jóvenes y ancianos, como hechos punibles de tales personas que, por causa de circunstancias especiales, se han vuelto punibles. Todo esto es, decisivamente, escaso. En vista de la importancia de la investigación de la personalidad para el moderno Derecho penal resocializador, es preciso establecer criterios aplicables comunes de unidad federal. Para ello, el auxilio judicial debería ser estructurado como autoridad de la justicia, e integrado por funcionarios superiores con formación social-pedagógica.

En extenso sobre el auxilio judicial, BOTTKE, MSchrKrim. 81, 62; acerca de la importancia del auxilio judicial en la práctica, RENSCHLER-DELCKER, 1983; además, SONNEN y THIER, *StA-Schleswig-Holstein-FS*, 1992, 431 y 447; GEITER/SCHULDZINSKI/WALTER, *Bewährungshilfe* 94, 425.

[26] BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 1985, 2ª ed., 293; RAHN, NJW 76, 838; STÖCKEL, *Bruns-FS*, 1978, 299.

Capítulo 2
Los principios del Derecho procesal penal

§ 11. Panorama

Bibliografía: *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, III, 2, 1959, 983; *Krauß*, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverf., en: Müller-Dietz (comp.), Strafrechtsdogmatik u. Kriminalpolitik, 1971, 153; *Plötz*, Die gerichtl. Fürsorgepflicht im Strafverf., tesis doctoral, Mannheim, 1979; *Heubel*, Der "fair trial" ein Grundsatz des Strafverf.?, 1981; *Rieß*, Prozeßmaximen u. Ermittlungsverf., Rebmann-FS, 1989, 381; *Eser*, Funktionswandel strafrechtl. Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatisierung" des Strafverf.?, ZStW 104 (1992), 361; *Volk*, Die Prozeßprinzipien und das Chaos, Schüler-Springorum-FS, 1993, 505; *Hamm*, Die Entdeckung des "fair trial" usw., Salger-FS, 1995, 273; *Steiner*, Das Fairneßprinzip im Strafprozeß, 1995; *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998.

I. El Derecho procesal penal alemán vigente en la actualidad está dominado por los siguientes principios:

1. Principios de la *iniciación del procedimiento*:

a) el principio de la persecución penal por el Estado (principio de oficialidad);

b) el principio acusatorio;

c) la obligación de perseguir y acusar (el principio de legalidad); y

d) el principio del juez establecido por la ley.

2. Principios de la *realización del procedimiento*:

a) el principio de investigación (principio de instrucción, principio de averiguación y principio de la verdad material);

b) el principio de ser oído conforme a la ley;

c) el principio de celeridad; para el juicio oral, el principio de concentración.

3. *Principios probatorios*:

a) el principio de investigación, ver también *supra* 2, a;

b) el principio de inmediación de la producción de la prueba;

c) el principio de la libre valoración de la prueba; y

d) el principio "*in dubio pro reo*".

4. Principios referidos a la *forma*:

a) oralidad,

b) publicidad.

II. De estos principios sólo los siguientes están expresados explícitamente en la *ley*:

1. en la ley fundamental:

el principio de ser oído conforme a la ley, art. 103, I, GG;

el principio del juez establecido por la ley, art. 101, GG (cf. también § 16, GVG);

2. en la GVG: el principio de publicidad, § 169, GVG;

3. en la StPO:
- el principio acusatorio, §§ 151, 155 y 264;
- el principio de oficialidad, § 152, I;
- el principio de legalidad, § 152, II; y
- el principio de instrucción, §§ 155 y 244, II.

Los restantes principios no están formulados expresamente en la ley pero pueden ser *derivados* de su contexto de sentido y de disposiciones particulares determinadas. Así, el principio de oralidad está contenido en los §§ 261 y 264, el principio de inmediación en el § 250 y el de concentración en el § 229. Por último, el principio *in dubio pro reo* se infiere de la presunción de inocencia subyacente en el art. 6, II, MRK.

El contenido material de la *presunción de inocencia* –prescindiendo de la "disposición central" del principio *in dubio*– es hasta hoy discutido (cf., p. ej., las interpretaciones contrarias de SAX, 1959, y KRAUß, 1971). Las medidas de coerción del proceso penal, fundadas en la mera *sospecha* (ver *infra* Capítulo 6), deben ser, en todo caso, compatibles con ella, así como la gradación de las facultades de intervención del Estado debe responder al grado de la sospecha sobre la comisión del hecho punible. Según la investigación fundamental de STUCKENBERG, 1998, la presunción de inocencia debe ser incluida como manifestación específica del principio del Estado de Derecho, en el mandato de un procedimiento llevado a cabo con lealtad. De ella se infiere, ante todo, que la pena no puede ser anticipada, esto es, impuesta antes de que se haya condenado a esa consecuencia jurídica. Las decisiones sobre las costas tampoco pueden servir para desmerecer el resultado del procedimiento con posterioridad. Por ello, STUCKENBERG considera a los §§ 46, I y IV, y 471, III, nº 2, como violaciones de la presunción de inocencia.

Por lo demás, las autoridades no pueden calificar de culpable a alguien que todavía no ha sido condenado por sentencia firme; sólo está permitido el dar a conocer públicamente la sospecha (con mayores detalles, FROWEIN, *H. Huber-FS*, 553). Sobre la repercusión de la presunción de inocencia en el fallo sobre las consecuencias jurídicas, HABERSTROH, NStZ 84, 289.

Si no se ha llegado a una condena (p. ej., en caso de absolución y sobreseimiento), la exteriorización de la sospecha no atenta todavía contra la presunción de inocencia, pero sí lo haría la constatación de la culpabilidad o de la probabilidad de culpabilidad en los fundamentos (con mayores detalles KÜHL, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, 1983; *idem*, NJW 84, 1264; *idem*, NJW 88, 3233; BVerfG NStZ 90, 598). También se lesiona la presunción de inocencia cuando el tribunal sobresee un procedimiento por delito de acción privada de acuerdo al § 383, II, y, allí, da por supuesta la culpabilidad del acusado, sin haber desarrollado el procedimiento hasta el momento en que es posible la declaración de culpabilidad (BVerfGE 74, 358; sobre esto KREHL, NJW 88, 3254; NIERWETBERG, NJW 89, 1978). Si la causa es sobreseída conforme al § 383, II, las costas no pueden ser impuestas al imputado en su totalidad en virtud de la presunción de inocencia; empero, en caso de que la acción promovida sea hipotéticamente plausible, le son impuestas siempre en parte (BVerfG NStZ 91, 93). No obstante, según la jurisprudencia, la presunción de inocencia no prohíbe fundar la decisión acerca del reembolso de los gastos, según el § 467, IV, en ponderaciones acerca de la sospecha sobre la comisión del hecho punible (BVerfG NStZ 90, 598); por el contrario, tratándose de decisiones según el § 467, III, 2, nº 2, la culpabilidad no puede ser afirmada antes de la oportunidad prevista para su declaración (BVerfG NStZ 92, 289). Un auto de sobreseimiento conforme al § 153a no admite la conclusión de que el hecho punible está probado (BVerfG MDR 91, 891, p. ej., como en el caso, en un procedimiento administrativo a causa de la revocación de la autorización estatal para ejercer una profesión*).

* N. del T.: En el caso BVerfG MDR 1991, 891, una autoridad administrativa había fundado la revocación de la autorización estatal para ejercer la profesión a un veterinario, en que éste había sido acusado de la comisión de un hecho punible que atentaba contra su confiabilidad en el ejercicio de su profesión. El veterinario no había sido condenado por el tribunal penal, pero el procedimiento en su contra había sido sobreseído, con su aquiescencia, en virtud del § 153a, StPO. En relación a ello, el BVerfG explicó en la sentencia mencionada que ni la declaración del acusado mediante la cual aceptaba el sobreseimiento, por aplicación del principio de oportunidad citado, ni el auto de sobreseimiento en virtud del § 153a, StPO, significaban demostración alguna acerca de su culpabilidad en el hecho punible por el cual fue acusado, sobre la base de la presunción de inocencia.

En cuanto a la fundamentación constitucional de la presunción de inocencia FRISTER, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, 1988. Sobre su "contenido limitador del procedimiento", GROPP, JZ 91, 804. La investigación de STUCKENBERG, 1998, ofrece un excelente resumen sobre el Derecho comparado.

III. Estos principios son, en parte, *rígidos* (no admiten excepciones), como el principio acusatorio y el principio de investigación, y, en parte, *flexibles*, así los restantes, p. ej., el principio de legalidad o de publicidad.

IV. Cada uno de estos principios tiene su *antítesis teórica*, p. ej.:

1. el principio de oficialidad (sólo el Estado puede acusar), en la acción popular y en la acción privada;
2. el principio acusatorio (el tribunal sólo puede actuar a partir de una acusación), en el principio inquisitivo (acusación y sentencia residen en la misma autoridad);
3. el principio de investigación (principio de instrucción), en la máxima de la autonomía de la voluntad;
4. el principio de la libre apreciación de la prueba, en la regulación legal de la prueba.

V. Finalmente, el mandato superior del Derecho procesal penal en su totalidad es el principio del proceso justo. Esta máxima en forma de cláusula general es una consecuencia de las decisiones valorativas fundamentales del Estado de Derecho y del Estado social (art. 1, 20 y 28, GG)[1] y, según la opinión dominante, ha sido positivizada por el art. 6, I, 1, MRK[2].

Según el texto del art. 6, I, 1, MRK, por cierto, toda persona tiene únicamente el derecho a que su causa sea oída en forma justa[3]. Empero, la opinión dominante considera garantizado el principio jurídico angloamericano del *fair trial* a través del art. 6, MRK, y precisamente de manera amplísima, que, sobre todo, debe asegurar al imputado la oportunidad de de-

[1] BVerfGE 26, 66, 71; 38, 105, 111; 39, 238, 243; 40, 88, 99; 41, 246, 249; 46, 202, 210.

[2] *Kl/M*, Introducción, núm. marg. 19; SCHÄFER, *LR*, 24ª ed., Int. al Cap. 6, núm. marg. 18; GEPPERT, Jura 92, 597; BGHSt 24, 131; STEINER, 1995, 122.

[3] Cf. GÜRADZE, *Die MRK*, 1968, art. 6, comentario nº 15; SCHORN, *Die MRK*, 1965, art. 6, comentario nº 68; detalladamente BISCHOFSBERGER, *Die Verfassungsgarantien der MRK in ihrer Einwirkung auf das schweizer. Strafprozeßrecht*, tesis doctoral, Zürich, 1972.

fenderse en las mejores condiciones posibles frente a la autoridad de acusación, superior a él en medios (cf. EKMR, NJW 63, 2247; BGHSt 24, 24; *Kl/M*, art. 6, MRK, núm. marg. 4, con mayores informaciones). Opiniones críticas señalan que una aplicación extensiva del mandato de lealtad elude las valoraciones de la ley común a través de una cláusula general superior (FRISCH, *Bruns-FS*, 1978, 391) y, por último, el mandato del *fair trial* conduce a una "sobrejusticialización" y, con ello, contribuye a la dilatación temporal y a la complejidad del proceso penal (KUNKIS, DRiZ 93, 185 y siguientes). Esta crítica no obliga, de modo alguno, a calificar de inútil al principio del *fair trial* (así, sin embargo, HEUBEL, 1981, en especial 73, 122 y 141).

La idea del procedimiento llevado a cabo con lealtad se debe comprender correctamente como principio en sentido técnico-jurídico, que exige la *mayor optimización posible* de los valores constitucionales (STEINER, 1995, 140 y ss., con más informaciones). Así, p. ej., se contribuye a la realización de la *dignidad humana*, en las mejores condiciones posibles, cuando el imputado no es degradado a mero objeto del procedimiento. Esto se evita, p. ej., nombrando un defensor de oficio en los "casos graves" en el juicio ante el tribunal de casación (BVerfGE 46, 202; cf. *infra* § 19, B). Si un defensor no comparece al juicio oral, el tribunal debe posponerlo cuando aquél ha dado aviso de un retraso causado por circunstancias adversas; si se diera el caso, el tribunal debe esperar a un defensor que está retrasado, cf. *infra* § 19, C, 2. También le debe permitir la lectura de las actas durante un tiempo razonable antes del juicio oral (KG StrV 82, 10). Las declaraciones de un testigo de oídas deben ser valoradas con especial cuidado (BVerfGE 57, 250).

A través de la transparencia del desarrollo del procedimiento se contribuye, en gran medida, a la *protección de la confianza* del imputado, consagrada por el principio del Estado de Derecho. Si el tribunal no quiere atenerse a un acuerdo con el defensor debe indicarlo (cf. *infra* § 15, A, II). Una escucha telefónica (aun cuando no haya dado resultados) debe ser dada a conocer al imputado (cf. *infra* § 19, E, IV). El mayor respeto posible de la *libertad personal* del imputado se alcanza evitando formas de comportamiento abusivas del Derecho por parte de las autoridades de la persecución penal. Los medios de prueba que han sido obtenidos afectando de forma consciente las normas procesales son invalorables (cf. BGHSt 24, 125, así como *infra* § 24, D, IV, 1, c, aa). En el marco del *deber de asistencia*, a quien no conoce las leyes se le debe indicar sus derechos de petición (cf. PLÖTZ, 1979, 36, con mayor información).

Finalmente, el *mandato de igualdad* exige una posición lo más equilibrada posible de los intervinientes en el procedimiento en virtud del "*principio de igualdad de armas*", aun cuando la expresión "igualdad de armas" sea, al menos, engañosa, ya que una verdadera igualdad de armas no sería compatible con nuestra estructura de procedimiento (cf. *infra* § 17, C), ni tampoco sería realizable en un proceso de partes puro (¿debe acaso el imputado tener el derecho de conducir él mismo el examen corporal de un testigo de descargo, según el § 81c?)[4]. Sin embargo, el mandato del *fair trial* puede prohibir, p. ej., una limitación de los derechos de información y de participación del imputado o de su defensor, no cubiertas por las diferencias lógico-objetivas entre el papel del acusador y el del defensor (cf., en particular, KOHLMANN, *Peters-FS*, 1974, 311 y ss.), sin que con ello se haga alusión a una "*igualdad de armas* en sentido formal".

En particular, sobre igualdad de armas: E. MÜLLER, NJW 76, 1063; SANDERMANN, *Die "Waffengleichheit" im Strafprozeß*, tesis doctoral, Köln, 1975.

Las consecuencias jurídicas que son derivables de una lesión del mandato de lealtad han generado discusiones controvertidas. Con frecuencia, fundarán un motivo de casación. En el caso concreto, la pretensión penal estatal podría extinguirse directamente en su totalidad (discutido), cuando un agente de policía ha provocado de modo inadmisible que el imputado se aparte del camino del Derecho (cf. *supra* § 10, B, II, 1, f, bb) o cuando la desidia de la autoridad judicial ha retrasado excesivamente el procedimiento (§ 16, C).

Si la fiscalía consigue conocer la estrategia de la defensa a través de una acción de secuestro inadmisible, de esa violación al principio del *fair trial* no se deriva ningún impedimento procesal pero sí, si hubiere lugar a ello, un motivo de casación (BGH NStZ 84, 419, con comentario de GÖSSEL y RIER, JR 85, 45). La inobservancia de la promesa de la fiscalía de dejar de perseguir un hecho determinado en caso de desistimiento del recurso interpuesto por el acusado en otra causa, es una infracción al principio del *fair trial* y debe constituir "una circunstancia importante de atenuación de la pena" en una condena posterior (BGHSt 37, 10, con comentario de WEIGEND, JR 91, 257); sería más razonable la aceptación de un impedimento procesal.

Las investigaciones conscientemente unilaterales y desleales de la fiscalía tampoco constituyen, sin más, un impedimento procesal (Karlsruhe StrV 86, 10). Tampoco se origina un impedimento procesal en el hecho de que la policía intente provocar una condena "a cualquier precio" (BGHSt 33, 283). Del mismo modo, el principio del *fair trial* todavía no llega a ser lesionado por la realización de dos juicios orales simultáneos contra el imputado por distintos tribunales, si a él le queda suficiente tiempo para prepararse para cada una de las audiencias (BGH NStZ 84, 274). En particular, el principio del *fair trial* aguarda, sin duda, la elaboración que lo concrete. Sobre el deber de asistencia judicial como expresión de la idea del *fair trial*, cf. *infra* § 42, D, V.

§ 12. El principio de la persecución penal a cargo del Estado (principio de oficialidad)

A. Historia

I. El principio según el cual el Estado persigue el delito de oficio no puede ser hallado en los *Derechos antiguos*; antes bien, el antiguo Derecho romano desarrolló la acción popular y el Derecho germano la acción privada.

[4] Cf., en su totalidad, ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977, 113; contra el principio de igualdad de armas también KREY, II, núm. marg. 259.

1. En el caso de la *acción privada* el procedimiento penal era iniciado por acción del ofendido o de su familia. Esta regulación halló su fundamento en que originariamente no se distinguía entre consecuencias jurídicas civiles y penales de un hecho y, por consiguiente, tampoco entre procedimiento civil y penal: si se puede indemnizar un daño corporal a través del pago de una enmienda al lesionado o un homicidio pagando un importe de dinero a la familia del muerto (sistema de composición), entonces no hay mucho interés público en la causa y el procedimiento penal transcurre de un modo similar a un proceso civil en el cual, a causa de una acción no permitida, se reclama una reparación del daño.

2. La *acción popular* consiste en que toda persona (*quivis ex populo*) puede ejercer la acción penal. Sólo tiene sentido cuando cada ciudadano se siente corresponsable del mantenimiento del Derecho penal.

II. Con el fortalecimiento del concepto de Estado –ya relativamente temprano en Roma y, al norte de los Alpes, primero en *Francia*– nace un interés público en la prevención y castigo de los delitos. Por ello, con el transcurso del tiempo, la enmienda (según la actual terminología del Derecho privado) se transforma en una pena del Derecho público a cuya imposición le siguió un procedimiento estatal de persecución penal. El Derecho canónico ha contribuido mucho a este desarrollo.

III. En la *Peinliche Gerichtsordnung*, la *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) del Emperador Carlos V, del año 1532, que en los siglos siguientes determinó el proceso penal alemán, hallamos a la persecución por parte del Estado (principio de oficialidad), todavía, junto a la acción de los particulares; pero, en realidad, la acción privada estaba ya en vías de extinción.

IV. En el *Estado absoluto*, que es el que más enérgicamente expresa la idea de Estado, el principio de oficialidad es llevado a cabo rigurosamente; el Estado persigue al criminal de oficio.

V. En *Inglaterra*, la acción popular constituye todavía hoy el punto de partida teórico, por más que la persecución penal privada esté sometida a numerosas excepciones y limitaciones. En la práctica, la persecución es realizada, la mayoría de las veces, por la policía.

B. El Derecho alemán vigente

En el Derecho alemán actual rige el *principio de oficialidad*, es decir que la persecución penal se realiza de oficio (*ex officio*). Así, bajo persecución penal se entiende, en sentido estricto, la actividad de la fiscalía hasta la formulación de la acusación, pero en un sentido más amplio, aquí tomado como base, la actividad estatal íntegra (comprendido el tribunal) hasta la sentencia (con mayores detalles SCHROEDER, GA 85, 485). Sin embargo, el principio de oficialidad no rige absolutamente sin restricciones.

I. El *principio* enuncia lo siguiente:

El Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. Él realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido; interviene de oficio en todos los hechos punibles. El ofendido puede presentarse como denunciante o puede ser testigo en el proceso; pero ni siquiera esto es necesario. De todos modos, él no tiene, en principio, ninguna influencia en cuanto a si se llevará a cabo un procedimiento penal (p. ej., el comerciante que ha sido robado por un empleado bien puede prescindir de la denuncia y, con ello, con frecuencia, hacer imposible en la práctica el procedimiento penal y, así, el castigo; pero si la causa llega a conocimiento de los órganos de la persecución penal estatal, p. ej., de la policía, a través de la denuncia de otro empleado o de cualquier otro modo, el hecho punible es perseguido –si no se trata de un caso del § 248a, StGB–). La razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución. Muchas veces los particulares no están dispuestos o no se hallan en la situación de ejercer la acción por sí mismos; sobre todo pueden estar dispuestos a prescindir de una denuncia penal por temor a la venganza o a algún otro inconveniente.

II. El axioma de que el Estado interviene sin consideración a la voluntad del ofendido sufre dos *limitaciones* y la *excepción* que siguen:

1. Hay hechos punibles –la mayoría delitos insignificantes– en los que la persecución siempre, o por lo menos en general, se efectúa únicamente a instancia del ofendido (los llamados delitos dependientes de instancia privada; antítesis: delitos perseguibles de oficio).

a) A los delitos dependientes de instancia privada, en los que la persecución puede efectuarse exclusivamente a instancia del ofendido, pertenecen en especial el allanamiento de morada (§ 123, StGB), hurto entre parientes o personas que viven juntas (§ 247, StGB), estafa entre parientes o personas que viven juntas (§ 263, IV, StGB, en relación con el § 247, StGB) y estupro (§ 182, StGB); fuera del StGB, p. ej., los §§ 12, 15, 17 y s. en relación con el § 22, UWG, y los §§ 106 y ss., UrhG. En todos estos delitos la fiscalía no puede ejercer la acción pública y el tribunal no puede dictar un auto de apertura en tanto no se haya ejercido la instancia de persecución penal.

No obstante, la fiscalía puede hacer averiguaciones ya antes de que se ejerza la instancia de persecución penal; incluso es admisible una orden judicial de prisión o una detención provisional (§§ 127, III, y 130); de otro modo, con posterioridad al ejercicio de la instancia muchas veces ya no sería posible el esclarecimiento del caso o el autor se habría fugado. Por otra parte, el ejercicio de la instancia de persecución penal presupone que el hecho ya ha sido cometido; una instancia de persecución penal ejercida "por precaución" antes de la comisión del hecho es inadmisible por falta de un "hecho" (OTT, StrV 82, 45).

A través de la exigencia de la instancia de persecución penal se toma en consideración el interés del ofendido. O bien el ofendido no tiene inte-

rés en la persecución debido a la insignificancia, entonces menos interés tendrá el Estado; o lo que sucede es que el ofendido puede estar interesado directamente en que la persecución penal no se lleve a cabo (así se explica, p. ej., la necesidad de instancia de persecución penal en caso de hurto entre parientes o personas que viven juntas, § 247, StGB, que rige también para el hurto calificado, § 244, StGB, y en el abuso sexual de menores, § 182, II, III, StGB; ¡hasta 1976 incluso en el caso de violación!), cf. sobre esto MAIWALD, GA 70, 33 y siguientes.

La instancia de persecución penal no reemplaza a la acusación fiscal; antes bien, la primera debe adherirse a la segunda.

Si falta la instancia del ofendido, el procedimiento debe ser sobreseído (en ciertas circunstancias también en el juicio oral, § 260, III); al contrario, ante la existencia de la instancia de persecución penal la fiscalía no está obligada a ejercer necesariamente la acción; antes bien, la fiscalía tiene todavía la obligación de probar si existe la sospecha suficiente; si no es así, el procedimiento debe ser sobreseído.

b) Por otra parte, existen delitos dependientes de instancia privada en los que excepcionalmente no es necesaria la instancia de parte cuando la autoridad de la persecución penal considera conveniente una intervención de oficio debido al especial interés público en la persecución. Ello es así, desde la Ordenanza del 2/4/1940, para las lesiones corporales dolosas simples y en todas las lesiones culposas (§ 230, I, StGB), que antes habían sido delitos dependientes de instancia privada puros. Del mismo modo, en el hurto y en la defraudación de cosas de poco valor (§ 248a, StGB), adquisición fraudulenta de cosas insignificantes (§ 263, IV, StGB, en relación con el § 248a, StGB) y desde 1986 conforme al § 303c, StGB, también el daño en las cosas (§ 303, StGB), así como los delitos recientemente introducidos: modificación de datos (§ 303a, StGB) y sabotaje de computadoras (§ 303b, StGB).

La manifestación de la fiscalía sobre la existencia de un interés público especial en la persecución penal constituye una decisión discrecional y, según la opinión dominante (BVerfGE 51, 176; BGHSt 16, 225; BayObLG NJW 91, 1765), el control judicial está descartado. Por el contrario, según una opinión últimamente en expansión, el tribunal debe comprobar, en el marco del auto de apertura, si no se han traspasado los límites debidos de la discrecionalidad (dicho de otra manera: del ámbito de juego del juzgamiento) (KÜHNE, núm. marg. 135.1). Con frecuencia, la existencia de un interés público es considerada también como un presupuesto del procedimiento que debe ser apreciado independientemente por el tribunal y, aun en contra de la opinión de la fiscalía, su existencia también puede ser negada (LG München StrV 90, 400, con mayores informaciones; KRÖPIL, NJW 92, 654). La afirmación del interés público también puede ser declarada tácitamente, a través del ejercicio de la acción (discutible) y todavía puede ser ejercida en la instancia de la casación (BGHSt 6, 282). Con ello, estos delitos se aproximan mucho a los delitos perseguibles de oficio, en cierto modo son delitos de acción pública para los que rige el principio de oportunidad (sobre esto, ver *infra* § 14)[1].

[1] Cf., sobre todo esto, detalladamente: KALSBACH, *Die gerichtl. Nachprüfung von Maßnahmen der StA im Strafverf.*, 1967, 31-59 y 126-132; KELLER, GA 83, 511; FEZER, 1/63-69. Acerca del interés público en la persecución de lesiones corporales en el deporte, H. KAUFMANN, *Kleinknecht-FS*, 1985, 203.

c) La exigencia de instancia de parte ha experimentado un tratamiento especial en la injuria (§§ 185 y ss., StGB) y en la difamación de la memoria del muerto (§ 189, StGB) en el § 194 I, II, StGB: estos delitos, por regla general, sólo son perseguidos por instancia de parte. Sin embargo, la instancia no es necesaria cuando el interesado fue víctima del nacionalsocialismo o de otra dictadura o régimen autoritario y la injuria o la calumnia está relacionada con ello. Pero tampoco en estos supuestos el hecho puede ser perseguido de oficio en caso de oposición (¡irretractable!) del facultado a ejercer la instancia.

d) Sobre el derecho a la instancia de persecución penal, por lo demás, cf. los manuales y comentarios de Derecho penal. Además M.-K. MEYER, *Zur Rechtsnatur und Funktion des Strafantrags*, 1984; ZIELINSKI, *H. Kaufmann-GS*, 1986, 875; BRÄHMER, *Wesen und Funktion des Strafantrags*, 1994.

2. Otra limitación está constituida por los *delitos sujetos a antejuicio o a una autorización especial para la persecución* (§§ 90, 90b, 97, 194, IV, y 353b, StGB). La necesidad de una autorización para la persecución penal queda en manos del poder discrecional de los órganos políticos competentes y depende de ello si en los hechos penales de importancia política la persecución penal se debe llevar a cabo a toda costa o si, antes bien, no debe realizarse. La autorización no está sujeta a plazo o forma algunos y se ejerce de oficio. Tratándose de hechos penales contra estados extranjeros (§§ 102 y ss., StGB) es necesaria, además, la *instancia penal* del gobierno extranjero (§ 104a, StGB).

3. Los *delitos de acción privada* constituyen una *excepción*, pues estos hechos punibles son, la mayoría de las veces, los menos importantes o los que afectan con menor gravedad el interés público. Con respecto a ellos, el ofendido no sólo permite la acusación, como en los delitos dependientes de instancia privada, sino que, también, la ejerce por sí mismo y puede actuar en el procedimiento penal. Originariamente, ellos sólo estaban representados por las injurias y las lesiones únicamente perseguibles a instancia de parte; en 1921 fueron añadidas las lesiones corporales graves, allanamiento de morada, amenazas, daño en las cosas, lesión del secreto epistolar, así como competencia desleal y otros semejantes (§ 374). Mientras que los delitos de acción privada han constituido, originariamente, un círculo más restringido dentro de los delitos perseguibles a instancia de parte, ya no es ése el caso, dado que las amenazas y lesiones graves no son delitos perseguibles a instancia de parte; actualmente, entonces, los delitos perseguibles a instancia de parte y los delitos de acción privada constituyen dos círculos separados.

La acción privada está restringida a cierta clase de delitos antes mencionados; el Derecho procesal penal alemán actual no posee una acción general subsidiaria del ofendido (es decir, una facultad del lesionado de ejercer la acción, en todos los casos –p. ej., también en el hurto o delitos sexuales– cuando la fiscalía lo rechaza). Cuando la acción privada finalmente es admitida, ella no es subsidiaria, es decir, no es necesario el requerimiento previo y superfluo a la fiscalía para el ejercicio de la acción

pública. La acción privada tampoco es exclusiva, esto es, su admisión no le impide a la fiscalía ejercer la acción pública o asumir la persecución en el desarrollo posterior del procedimiento (§§ 376 y siguiente).

§ 13. El principio acusatorio

A. Preliminares

Cuando la persecución penal se deja a cargo de particulares, el proceso penal es un proceso de partes que comienza necesariamente con el ejercicio de la acción de un actor contra un demandado. Por el contrario, cuando el Estado se hace cargo por sí mismo de la persecución penal, existe una doble posibilidad de configurar el procedimiento penal: proceso inquisitivo o acusatorio.

1. En el *proceso inquisitivo* el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado, sino solamente el juez (el inquisidor) –que investiga y juzga– y el objeto de su actividad (el inquirido). En la historia, el reconocimiento del principio de oficialidad ha conducido, en un primer momento, a esta forma de procedimiento penal. Sin embargo, contra esta configuración del proceso existen serios inconvenientes: por un lado, en el proceso inquisitivo, el juez no es imparcial, sino que se siente preponderantemente un órgano de la persecución penal y, por otro lado, el inquirido está prácticamente indefenso; no puede defenderse de modo suficiente.

2. La otra posibilidad consiste en conformar el proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad, como *proceso acusatorio*, por tanto, unir las ventajas de la persecución penal estatal con las del proceso acusatorio que consisten, precisamente, en que juez y acusador no son la misma persona. Esto sólo puede suceder si el Estado asume tanto la tarea del acusador como la del juez, separando esa función en dos autoridades estatales distintas –una autoridad de acusación y el tribunal–.

Esto sólo es posible a través de la creación de una autoridad de acusación estatal especial, la fiscalía.

B. El Derecho vigente

I. En el Derecho vigente *rige soberanamente el principio acusatorio formal*; la apertura de una cognición jurisdiccional (por tanto, del procedimiento principal) está condicionada a la interposición de una querella (§ 151).

1. El *tribunal* no puede actuar *jamás de oficio*, incluso tampoco cuando un hecho punible (p. ej., un perjurio o un homicidio) se comete en la audiencia, ante los ojos del tribunal (cf., sin embargo, § 183, GVG: comunicación a la fiscalía). Rige el axioma: "donde no hay acusador no hay juez".

El precepto según el cual el juez municipal en caso de peligro inminente de demora puede practicar de oficio los actos instructorios indispensables (§ 165) contiene una excepción tan sólo aparente. Sin embargo, aquí el juez municipal es sólo "fiscal de emergencia". La disposición posterior le corresponde al fiscal (§ 167).

2. El *tribunal tampoco* puede extender un procedimiento, en el que él conoce, a *otras personas* o a *otros hechos* jurídicamente independientes del mismo autor. La StPO determina expresamente que la cognición y la decisión se extienden sólo al hecho descripto en la querella y a las personas imputadas en ella (§ 155). Esto es una consecuencia del principio acusatorio.

La posibilidad de una *acusación suplementaria*, en la que el fiscal extienda la acusación *en el juicio oral* a otros hechos del acusado (§ 266) –ver *infra* § 46, B, II–, no es una excepción al principio acusatorio, sino su confirmación; es sólo una excepción del principio según el cual la acusación debe ser interpuesta por escrito.

II. La *interposición de la acusación* le corresponde al Estado. Para ello, está representado por la fiscalía. Ella tiene, en principio, el monopolio de la acusación; la única excepción, precisamente, son los casos de acción privada (ver *infra* § 61).

III. Si se niega la sujeción de la fiscalía a la jurisprudencia del tribunal (cf. *supra* § 10, A, III, 4), esto repercute también en la comprensión del principio acusatorio. Es que si la fiscalía decide, bajo su propia responsabilidad, sobre la punibilidad e impunibilidad de un comportamiento determinado, se coloca así, junto a los tribunales, como órgano independiente de la administración de justicia. Su función no se agota en evitar la parcialidad del juez inquisidor, sino que ella se convierte, junto al tribunal y con idénticas facultades que él, en "guardián de la ley" (ver SAVIGNY).

De este modo, una condena presupone que *dos* autoridades –fiscalía y tribunal– consideran, de forma coincidente, que un comportamiento es punible, aun cuando no necesariamente en el mismo estadio del procedimiento.

IV. El principio acusatorio está salvaguardado formalmente a lo largo de todo el procedimiento penal alemán. No obstante, materialmente sufre una excepción en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (cf. para ello *infra* § 39).

§ 14. La obligación de perseguir y acusar (principio de legalidad)

Bibliografía: *Kohlhaas*, Unzulässige Durchbrechung des Leg.prinzips, GA 56, 241; *Dünnebier*, Die Grenzen der Dienstaufsicht gegenüber der StA, JZ 58, 417; *Eb. Schmidt*, Rechtsauffassung der StA und Leg.prinzip, MDR 61, 269; *Heyden*, Begriff,

Grundlagen und Verwirklichung des Leg.prinzips und des Opportunitätsprinzips, 1961; *Wagner*, Zum Leg.prinzip, FS für den 45. DJT, 1964, 149; *Cramer*, Ahndungsbedürfnis und staatl. Sanktionsanspruch, Maurach-FS, 1972, 487; *Naucke*, Der Begriff der geringen Schuld (§ 153 StPO) im Straftatsystem, Maurach-FS, 1972, 197; *Dreher*, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Welzel-FS, 1974, 917; *Baumann*, Minima non curat praetor, Peters-FS, 1974, 3; *Schroeder*, Leg.- und Opportunitätsprinzip heute, *ibidem*, 411; *Zipf*, Kriminalpolit. Überlegungen zum Leg.prinzip, *ibidem*, 487; *Jeutter*, Sinn und Grenzen des Leg.prinzips, tesis doctoral, München, 1976; *Kleinknecht*, Das Leg.prinzip nach Abschluß des gerichtl. Strafverf., Bruns-FS, 1978, 475; *Ahrens*, Die Einstellung in der Hauptverhandlung gem. §§ 153 II, 153 a II, 1978; *Loos*, Probleme der beschränkten Sperrwirkung strafproz. Entsch., JZ 78, 592; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, 1978; *Rieß*, Vereinfachte Verf.arten für die kleinere Kriminalität, en: Schreiber, Strafprozeß und Reform, 1979, 113; *Hirsch*, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der BRD, ZStW 92 (1980), 218; *Kausch*, Der StA - ein Richter vor dem Richter? 1980; *Kunz*, Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die StA, 1980; Rieß, Die Zukunft des Leg.prinzips, NStZ 81, 2; *Peters*, Die Problematik der vorläufigen Einstellung nach § 154 II StPO, StrV 81, 411; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtl. Auslegungsregel, GA 82, 333; *Gössel*, Überlegungen zur Bedeutung des Leg.prinzips usw., Dünnebier-FS, 1982, 121; *Rieß*, Leg.prinzip - Interessenabwägung - Verhältnismäßigkeit, *ibidem* 149; *Ulrich*, Die Durchsetzung des Leg.prinzips usw., ZRP 82, 169; *Hobe*, "Geringe Schuld" und "öffentl. Interesse" in den §§ 153 und 153 a StPO, Lferenz-FS, 1983, 629; *Dauster*, Absehen von der Strafverfolgung in Hinsicht auf ausländ. Strafverf. gem. § 154 StPO, NStZ 86, 145; *Waller*, Empfiehlt es sich, § 153 a StPO zu erweitern?, DRiZ 86, 47; *Jung*, Leg.prinzip oder Opportunitätsprinzip im Strafverf., en: Recht und Gesetz im Dialog III, 1986, 55; *Mertes*, Leg.prinzip oder Opportunitätsprinzip im Strafverf., *ibidem*, 73; *Hohendorf*, § 153 a I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der "Massen-Bagatellkriminalität"?, NJW 87, 1177; *Fünfsinn*, Die "Zumessung" der Geldauflage nach § 153 a I Nr. 2 StPO, NStZ 87, 97; *Bandemer*, Einstellung hinter der Einstellung, NStZ 88, 297; *Paschmanns*, Die staatsanwaltschaftl. Verf.einstellung wegen Geringfügigkeit nach §§ 153, 153 a StPO, 1988; *Dölling*, Strafverfolgung mit begrenzten Mitteln, Kriminalistik 89, 626; *Hellmann*, Wiederaufnahme des Verf. zugunsten des Beschuldigten bei der Einstellung gegen Auflagen?, MDR 89, 952; *Müller/Wache*, Opportunitätserwägungen bei der Verfolgung von Straftaten gegen die äußere Sicherheit, Rebmann-FS, 1989, 321; *Rieß*, Überlegungen zur künftigen Ausgestaltung der Verf.einstellung gegen Auflagen, Koch-FG, 1989, 215; *Schmidt-Jortzig*, Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgerischen Leg.prinzips bei der Polizei, NJW 89, 129; *Ambs*, Das Leg.prinzip auf dem Prüfstand der Rechtswirklichkeit usw., Meyer-GS, 1990, 7; *Bottke*, Grundlagen des polizeil. Leg.prinzips, JuS 90, 81; *idem*, Polizeil. Ermittlungsarbeit und Leg.prinzip, Meyer-GS, 1990, 37; *Justizministerium Baden-Württemberg* (comp.), Ist das Leg.prinzip noch zeitgemäß?, 1990; Schoreit, Gefahrenabwehr - vorbeugende Verbrechensbekämpfung - Leg.prinzip, DRiZ 91, 320; *W. Hassemer*, Legalität und Opportunität im Strafverf., StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 529; *Lorenzen*, Leg.- und Opportunitätsprinzip, *ibidem*, 541; *Männlein*, Empir. u. kriminalpolit. Aspekte zur Anwendung der Opportunitätsvorschriften §§ 153, 153 a StPO durch die StA, tesis doctoral, Bielefeld, 1992; *Wick*, Gefahrenabwehr - vorbeugende Verbrechensbekämpfung - Leg.prinzip, DRiZ 92, 217; *Plückhahn*, Die Beamten des Polizeidienstes (§ 163 StPO) und das Leg.prinzip, Die Polizei 93, 11; *Fezer*, Vereinfachte Verf. im Strafprozeß, ZStW 106 (1994), 1; *Erb*, Die Möglichkeiten einer abschließenden Erledigung von Seriendelikten in einem einzigen Verfahren, GA 95, 430; *Karl*, Entstehen eines Verfahrenshindernisses nach § 153 a I 4 StPO trotz notwendiger, aber fehlender Zustimmung des Gerichts, NStZ 95, 535 (sobre esto crítico, *Schroeder*, NStZ 96, 319); *Groß*, Gegen den Mißbrauch strafrechtlicher Ermittlungen zur Vorbereitung eines Zivilverfahrens, GA 96, 151; *B. Heinrich*, Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen der StA im Zusammenhang mit der Anklageerhebung, NStZ 96, 110; *Pott*, Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154 a StPO, 1996; *Terbach*, Einstellungserzwingungsverfahren nach §§ 153, 153 a StPO, 1996; *M.-K. Meyer*, Das "Fehlen des öffentlichen Interesses" in § 153 I StPO..., GA 97, 405; *Weigend*, Das "Opportunitätsprinzip" zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, ZStW 109 (1997), 103.

Sobre el *procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública* y sobre la *acción privada*, cf. las indicaciones *infra*, previas al § 39 y al § 61.

A. Introducción

El *principio de legalidad* enuncia, por un lado, que la fiscalía debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, que está obligada a formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente (BVerfG NStZ 82, 430). Su antítesis teórica está constituida por el *principio de oportunidad*, que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible.

El principio de legalidad ha sido impuesto, con la promulgación de la StPO, para alcanzar la seguridad de que la fiscalía, como parte del ejecutivo, subordinada al monarca y, por ello, observada con desconfianza, perseguiría cada hecho punible sin consideración a la persona. Responde a la idea de retribución, entonces completamente dominante, según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales, que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva. No obstante, en la actualidad no ha sido dejado de lado; pues la democracia, el Estado de Derecho, el principio de certeza (art. 103, II, GG) y también el principio de igualdad (art. 3, GG) exigen que el legislador determine por sí mismo, de un modo general, los presupuestos de la sanción del Derecho penal y que no deje a cargo de las autoridades de la persecución penal la decisión de quién debe ser castigado en el caso concreto. Las excepciones al principio de legalidad resultan del principio constitucional de proporcionalidad, esto es, de la idea de que en el caso particular se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen (con mayores detalles Rieß, 1981, 5 y siguiente). Sin embargo, en el Derecho vigente, no se ha alcanzado hasta ahora una concepción total orientada hacia estos principios.

La comisión de delitos en masa en el marco de una disputa pública no es, en principio, un motivo para prescindir de la persecución penal –o para retrasarla– ni debe ser convertida,

a la inversa, en el fundamento de medidas de persecución especialmente rigurosas; cf., detalladamente, RIEß, 1982, 149; ULRICH, 1982.

Para la policía rige el principio de legalidad sin las excepciones que existen para la fiscalía (§§ 153 y siguientes). Las tendencias hacia la relativización del deber de persecución policial deben ser resistidas (KREY, II, núms. margs. 238 y siguientes).

B. El Derecho vigente en particular

I. La obligación de acusar

En la StPO sigue rigiendo como *máxima* el principio de legalidad: la fiscalía está obligada, en principio, a practicar las investigaciones a consecuencia de todo hecho punible y perseguible, en tanto existan indicios materiales suficientes (§ 152, II); si las investigaciones ofrecen motivos suficientes para ello, debe promover también la acusación (§ 170, I). Junto al monopolio de la acusación (principio acusatorio, *supra* § 13) se coloca la obligación de perseguir y de acusar.

El principio de legalidad es asegurado por el *procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública*, §§ 172-177, y por la grave *amenaza penal* del § 258a, StGB (encubrimiento personal cometido por funcionario público). También el derecho de dar instrucciones del Ministro de Justicia encuentra su límite en ese tipo penal.

II. Excepciones a la obligación de acusar

1. Sin embargo, el principio mencionado es quebrantado por tantas excepciones que en el ámbito de la criminalidad más leve y, en gran parte, también en el de la criminalidad media, rige, en la práctica, el principio de oportunidad. No obstante, ello sólo es correcto para la fiscalía; la policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige de forma ilimitada. La StPO distingue en la actualidad cuatro grandes grupos en los cuales el procedimiento penal puede ser sobreseído pese a existir la sospecha del hecho:

a) cuando el reproche por el hecho es *insignificante* y no existe ningún interés en la persecución penal;

b) cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo;

c) cuando a él le son opuestos intereses estatales prioritarios; o

d) cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.

2. El sobreseimiento está vinculado, en particular, a los siguientes presupuestos:

a) *casos de insignificancia*. Estos hechos se distinguen debido a que a través de ellos los intereses de la administración de justicia penal alemana son afectados sólo en pequeña medida.

aa) En los casos de *insignificancia absoluta*, en los cuales la culpabilidad del autor es reducida y el hecho en general insignificante, un procedimiento judicial complicado aparece en muchos casos como poco conveniente. Por ello, la ley atenúa la obligación de perseguir tratándose de delitos (§ 153) si la culpabilidad del autor fuera considerada insignificante y no existe ningún interés público en la realización de la persecución penal[1], así como en los casos en los cuales el tribunal podría prescindir de la pena (§ 153b), p. ej., en el caso del § 60, StGB (para ello RANFT, § 47, C, III, 2, con mayores informaciones), § 46a, StGB o § 157, StGB. A través del texto literal del § 153 ha quedado ahora en claro que el sobreseimiento por insignificancia no presupone la comprobación completa de la culpabilidad, sino sólo la probabilidad de la condena.

bb) En los casos de *insignificancia relativa* se puede prescindir de la persecución penal cuando la pena o la medida de seguridad que se espera carecen de importancia en comparación con una pena o medida de seguridad ya impuesta en forma firme o que se espera (§§ 154, I, nº 1, y 154a). El § 154 presupone así que existen varios hechos independientes, mientras que el § 154a concierne a varias partes separables de un hecho o a una de varias lesiones a la ley a través del mismo hecho (p. ej., en un accidente de tránsito con fuga del lugar, § 142, StGB, frente al § 315c, StGB). Más allá de ello, tratándose de la persecución de varios hechos procesales independientes según el § 154, I, nº 2, también se puede prescindir de la persecución penal cuando a causa de ese hecho no se debe esperar una sentencia en un plazo razonable y si la pena que se espera, o la ya impuesta, aparece como suficiente para actuar sobre el autor y para la defensa del ordenamiento jurídico.

La StVÄG 1979 ha ampliado de forma considerable las posibilidades de sobreseimiento según los §§ 154 y 154a en comparación con la regulación jurídica anterior. Dado que ahora el sobreseimiento, en el caso normal, sólo queda excluido cuando la consecuencia jurídica que se espera tiene "gran" importancia, esto es, sólo si la condena o la infracción legal por el hecho a sobreseer conduciría a una agravación importante de la pena única a decidir, según los §§ 54 y 55, StGB, los procedimientos penales pueden concentrarse, por ello, en mayor medida que antes, en los puntos esenciales de la acusación. Aun cuando un hecho sea de una importancia como la recién tratada, el nuevo § 154, I, nº 2, concebido ante todo para el peligro de retraso en los procedimientos complejos, permite, sin embargo, según las circunstancias, una concentración todavía de mayor trascendencia de la materia procesal. Es de esperar que en la práctica estas disposiciones tengan un uso que permita poner fin a la duración apenas tolerable de algunos procedimientos penales. Después de que la figura jurídica del delito continuado fue abandonada por la jurisprudencia (BGHSt 40, 138), el § 154 es también el único recurso en caso de urgencia para concluir con la instrucción de los hechos punibles en serie, por motivos de economía procesal (sobre esto ERB, GA 95, 430). Por el contrario, POTT, 1996, 151, considera a los §§ 154 y 154a como contrarios a la Constitución por atentar contra el mandato de certeza y, por otra parte, critica también el retroceso del principio de legalidad.

La valoración dentro del marco de la medición de la pena de los delitos que fueron excluidos conforme al § 154 o § 154a es objetable, porque la comisión de esos hechos no ha sido comprobada suficientemente (de otra opinión, SCHLÜCHTER, StPR, 121). Según la jurisprudencia del BGH, en los casos en los cuales el *tribunal* ha participado en el sobreseimiento –ya sea según el § 154, II (BGHSt 30, 197), § 154a, II (BGH StrV 83, 184), o indirectamente al admitir, dentro del marco del auto de apertura según el § 207, II, nº 2 y 4, la limitación de la persecución efectuada en un sobreseimiento fiscal dispuesto por el § 154a (BGHSt 30, 147)–, en la medición de la pena o en la valoración de la prueba, se debe admitir la valoración de los delitos excluidos, en tanto el acusado haya sido instruido al respecto en el juicio oral. Según el BGH, JR 86, 165, con comentario de PELCHEN, la advertencia puede ser omitida cuando el acusado no tenía motivos para confiar en que la materia procesal excluida tampoco sería utilizada en su contra en la valoración de la prueba. También se exige una advertencia análoga en caso de que la fiscalía sobresea según el § 154, I[2]. Sobre la problemática de la compatibi-

[1] Sobre la interpretación de estos conceptos HOBE, 1983. M.-K. MEYER, GA 97, 405, con razón, considera superflua la reserva del "interés público" junto a la de la "culpabilidad reducida"; pues es poco claro en qué debería consistir ese interés y tampoco es lo suficientemente objetivable.

[2] TERHORST, JR 82, 247; BGH StrV 82, 523; de otra opinión BGHSt 30, 165, con comentario de BRUNS, StrV 82, 18, que, en este caso, consideran admisible la valoración sin advertencia legal.

lidad con la presunción de inocencia de una valoración que agrave la pena de los delitos excluidos, VOGLER, *Kleinknecht-FS*, 1985, 429. Con razón, en contra de una valoración agravante de la pena de los delitos dejados de lado, a cuyo respecto no ha sido practicada prueba alguna completa de la culpabilidad, BEULKE, núm. marg. 340.

Según el § 154a, III, el tribunal puede incluir nuevamente las partes excluidas de un hecho en cualquier estado del procedimiento; a pedido de la fiscalía está incluso obligado a ello (BGHSt 32, 84; BGH NStZ 85, 515). No obstante, ello ya no rige en la instancia de casación, si a través de ello se impidiera una decisión definitiva sobre el recurso (BGHSt 21, 326; BGH NJW 84, 1365).

cc) En los casos que tienen *puntos de contacto con el extranjero*, el interés en la persecución penal es, por esa razón, especialmente reducido, ya sea porque el hecho punible ha sido cometido en el extranjero (ver en particular § 153c, I, nº 1 y 2) o porque a causa del hecho ya ha sido ejecutada una pena contra el imputado en el extranjero (§ 153c, I, nº 3). Por tanto, en ese caso, el procedimiento penal alemán no estaría excluido por el *ne bis in idem*. El § 154b se basa en una idea semejante: en caso de expulsión o extradición del imputado, la justicia penal alemana carece de interés en la persecución del autor.

dd) De conformidad con el § 31a, BtMG, la fiscalía puede prescindir de la persecución en caso de infracciones al § 29 I, II y IV, BtMG, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada leve, no exista ningún interés público en la persecución penal y los estupefacientes sólo sirvan para el consumo propio. En la llamada "decisión del hachís" (NJW 94, 1577, con comentario de KREUZER, *loc. cit.*, 2400), el BVerfG, haciendo referencia a una prohibición exagerada, ha interpretado el § 31a, BtMG, en el sentido de que, en el futuro y de forma unificada para la toda la Federación, en caso de posesión y compra de pequeñas cantidades de productos de *cannabis*, debe ser dictado el sobreseimiento del proceso.

b) El EGStGB, a través de la introducción del § 153a, ha creado la posibilidad de sobreseer también la persecución de delitos insignificantes cuando, por cierto, en un primer momento, existe un interés en la persecución penal que, sin embargo, puede ser suprimido imponiéndole al imputado *condiciones e indicaciones*. Éstas consisten, entre otras, en la reparación de los daños y el pago de una suma de dinero en favor de una institución de utilidad pública o del fisco; no pueden ser ordenadas otras condiciones ni indicaciones que las mencionadas en el § 153a, I, nº 1-4 (Stuttgart NJW 80, 1009). Si el imputado cumple con las condiciones e indicaciones, el hecho ya no puede ser perseguido como delito (impedimento procesal, § 153a, I, 4, y II, 2); por "hecho" debe comprenderse el acontecimiento histórico completo, en el sentido del § 264 (Nürnberg NJW 77, 1787; Loos, JZ 78, 597; cf. *infra* §§ 20, B, I, 2, y 50, B, II, 4), aun cuando posteriormente resulte un contenido mayor de culpabilidad (Düsseldorf StrV 97, 344). El auto de sobreseimiento dictado según el § 153a y la declaración de conformidad del imputado no constituyen prueba alguna de la comisión del hecho sobreseído (BVerfG MDR 91, 891).

Esta disposición, que ya antes de su introducción ha sido criticada enérgicamente desde el punto de vista de una "comercialización de la administración de justicia penal" (cf. SCHMIDHÄUSER, JZ 73, 529; HANACK, *Gallas-FS*, 1973, 339), se ha impuesto en la práctica y ha resultado un instrumento eficaz para solucionar los casos de criminalidad leve (con más detalles RIEß, ZRP 83, 93; FEZER, 1/80 y siguientes). Sin embargo, esto no cambia nada en cuanto a las objeciones fundamentales que se ha levantado en su contra (HOHENDORF, 1987). Resulta especialmente peligroso que el cumplimiento de las condiciones e indicaciones, que en teoría es voluntario, en la práctica sea impuesto como una coacción alcanzada por el § 136a, en tanto no aceptarlas conlleva la amenaza de la realización del procedimiento penal (DENCKER, JZ 73, 149). Además, existen también graves reparos constitucionales contra esta disposición. Ella infringe el art. 103, II, GG (mandato de certeza), a causa de la indeterminación de las condiciones del sobreseimiento, y lesiona el principio de división de poderes (arts. 20, III, y 92, GG); pues, en la práctica, una parte considerable de los casos es asignada para su decisión a la fiscalía (con mayores detalles KAUSCH, 1980). Investigaciones empíricas han demostrado que en la praxis desarrollada hasta la fecha la posición social del imputado favorece el sobreseimiento, no directamente, pero sí si la estrategia defensiva resulta acertada (KAISER, NStZ 84, 343). Lamentablemente, la ley de descongestión de la administración de justicia (cf. *infra* § 72, E, VI, 3) ha aumentado todavía más las posibilidades de sobreseimiento según el § 153a, puesto que ahora ya no se exige más una "culpabilidad disminuida", sino solamente que "la gravedad de la culpabilidad no lo impida".

La solución correcta sería describir detalladamente los motivos de sobreseimiento y ampliar los impedimentos procesales (así ya ZIPF, 1974, 499); con ello, la fórmula vacía del "interés público" se debería disolver en criterios objetivos como la medida del daño, el carácter primario del autor o su situación social (sobre todo esto, ROXIN, en: *Kriminologie u. Strafverf.*, 1976, 18 y ss. y 20 y s.; RIEß, 1979, 113, 122, 127 y 133). El proyecto alternativo de una ley complementaria a la StPO (1980) propone derogar el § 153a y reemplazarlo por un procedimiento judicial no público (cf. *infra* § 45, A).

c) El gran grupo de *interés disminuido en la persecución penal* se divide en cuatro subgrupos:

aa) En ello es de especial importancia *el principio de oportunidad para las causas por delitos contra la seguridad del Estado* introducido por la 8. StrRÄndG del 25/6/1968 (BGBl. I, 741). Según el *§ 153d, I*, se puede prescindir de la persecución de los hechos punibles de tal naturaleza cuando la realización del procedimiento generaría el peligro de una grave desventaja para la RFA, o cuando otros intereses preponderantes se opusieran a la persecución (cf. también § 153d, II). Con ello se tiene en cuenta el hecho de que, tratándose de determinados delitos, como, p. ej., traición (*Landesverrat*), la realización del procedimiento representaría una amenaza mayor para la seguridad del Estado que la del hecho mismo.

bb) El *§ 153e, I*, recompensa el arrepentimiento activo en determinados delitos contra la seguridad del Estado. Si el autor (el "agente arrepentido") ha evitado un peligro para el Estado a través de su contribución, el procedimiento puede ser sobreseído.

cc) En el *§ 154c* la posibilidad de sobreseimiento pretende fomentar la disposición a denunciar de la víctima extorsionada o coaccionada. Se presenta un caso semejante cuando un delincuente sexual es extorsionado por sus acciones desviadas. Para mayor seguridad es conveniente para la víctima hacerse garantizar la prescindencia de la persecución penal para el caso en que denuncie, a través de un abogado que no dé a conocer quién es su mandante (KREY, II, núm. marg. 234).

dd) Por último, el *§ 154d* pretende, en primer lugar, disminuir el peligro de decisiones judiciales contradictorias y, en segundo lugar, evitar que el denunciante utilice el procedimiento penal gratuito como medio de presión o para la preparación de otro procedimiento, p. ej, cuando alguien inicia un procedimiento por pesca furtiva (§ 293, StGB) para determinar su derecho de pesca. La primera finalidad se basa también en el § 154e, según el cual los juicios por falsa denuncia o por injuria deben ser realizados regularmente sólo después de la finalización de un procedimiento penal o disciplinario contra el sospechoso.

ee) Se discute si a la fiscalía se le debe otorgar la posibilidad de garantizar impunidad a un partícipe en el hecho, con el fin de utilizarlo como testigo principal de cargo contra sus cómplices (el llamado *testigo de la corona*)[3]. Sin embargo, la mayoría de las veces, el valor pro-

[3] Cf. BAUMANN, JuS 75, 371; JAHRREISS, *Lange-FS*, 1976, 765; JUNG, *Straffreiheit für den Kronzeugen?*, 1974; MIDDENDORF, ZStW 85 (1973), 1102; WEIGEND, *Jescheck-FS*, 1985, 1333; JAEGER, *Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG*, 1986; HASSEMER, StrV 86, 550; BUTTEL, *Kritik der Figur des Aufklärungsgehilfen im Betäubungsmittelstrafrecht, § 31 BtMG*, 1988; BERNSMANN, JZ 88, 539; DENNY, ZStW 103 (1991), 269; HÄUSLER, *Der Kronzeuge usw.*, en: 14. Strafverteidigertag 1990, 1991, 45; HOYER, JZ 94, 233.

batorio de las declaraciones "compradas" y la adecuación al Estado de Derecho de los medios así utilizados son dudosos[4]. También es insostenible someter a un imputado que hace uso de su derecho de abstenerse de declarar, a la continuación de las medidas de persecución penal en su contra, mientras que su coimputado es liberado de la persecución por aportar pruebas de cargo. Además, un quebrantamiento del principio de legalidad en los hechos punibles más graves perturbaría demasiado la consciencia jurídica general y, con ello, produciría un fomento de la criminalidad. En cambio, HOYER, JZ 94, 233, justifica la regla sobre los testigos de la corona como una disposición de necesidad "para intereses de prevención que son conflictivos recíprocamente".

Sin embargo, el § 31, BtMG, prevé, desde 1981, una especie de regulación sobre los testigos de la corona (pero no a través del sobreseimiento, sino de una dispensa judicial de la pena o de una atenuación) para el ámbito de la criminalidad de estupefacientes (ver en particular JAEGER y BUTTEL, cit. nota 2).

La StrRÄndG del 9/6/1989 ha introducido en el art. 4 una regla sobre los testigos de la corona, limitada en principio hasta el 31/12/1992, para los hechos punibles terroristas. Conforme a ello, el Procurador General Federal, con el consentimiento de una sala penal del BGH, puede prescindir de la persecución cuando la importancia de lo revelado lo justifica en relación con el hecho propio y en miras al impedimento de futuros hechos punibles. Tratándose de la autoría de delitos de homicidio consumados sólo es admisible una atenuación de la pena de hasta tres años (arts. 4 y 5, que pueden ser vistos en la edición dtv de la StPO, bajo el nº 1, a). La regulación ha sido cuestionada también después de su entrada en vigor. Sobre su aplicación práctica en el caso Lotze, cf. las decisiones BayObLG NStZ 91, 388, y BGH NStZ 92, 126, que han sido declaradas por el BVerfG NStZ 92, 379, como "no objetables desde el punto de vista de la Constitución". Sobre ellas (y sobre Stuttgart JZ 92, 536) también LAMMER, JZ 1992, 510, quien llega a la conclusión de que la regulación no ha aportado ninguna utilidad. GROPP emite una opinión diferenciada en: HIRSCH, HOFMANSKI y otros (comps.), *Deutsch-Polnisches Strafrechtskolloquium 1995*, 1996, 459. WEIGEND, ZStW 109 (1997), 103, propone formular los casos de testigos de la corona en el Derecho material como motivos para prescindir de la pena y, al mismo tiempo, sustraerlos del § 153b. En cambio, a favor de una institucionalización general del testigo de la corona (ante todo en la lucha contra la criminalidad organizada del medio ambiente y económica), BEHRENDT, GA 91, 337. La regulación de los testigos de la corona ha sido prorrogada ahora nuevamente por la ley del 19/1/1996 hasta el 31/12/1999.

d) Los *delitos de acción privada* constituyen, ante todo, una excepción al principio de oficialidad (cf. *supra* § 12, B, II, 3). Además, para esos delitos rige también el principio de oportunidad (cf. §§ 376 y 377). Depende de la decisión discrecional de la fiscalía si asume la persecución de esos delitos.

3. La *regulación de la competencia*

a) En muchos casos, la fiscalía *misma* –sin participación judicial– puede sobreseer el procedimiento o bien prescindir de la persecución: §§ 153, I, 2; 153a, I, 6 (pero aquí sólo con consentimiento del imputado), 153c, I y II; 153d, I; 154, I; 154a, I; 154b, I-III; 154c; 154d; y 154e.

b) En los otros casos, hasta la interposición de la acusación, la fiscalía necesita el consentimiento del tribunal competente para la decisión sobre

[4] Cf. MIDDENDORF y WEIGEND, cit. nota 3, con mayores informaciones sobre la práctica estadounidense, así como DENNY, cit. nota 3, 269, con mayores detalles sobre la práctica de Irlanda del Norte.

la apertura del procedimiento principal, o bien del tribunal competente para el juicio oral (§§ 153, I, 1; 153a, I, 1; 153b, I; 153e, I). En el caso del § 153a es necesario, además, el consentimiento del imputado.

c) Una vez interpuesta la acusación, en la mayoría de los casos (excepciones ver *infra* d y e), *únicamente* el *tribunal* puede todavía sobreseer el procedimiento (sin embargo, sólo con el consentimiento o a pedido de la fiscalía; además, en el caso del § 153, II, por lo general, sólo con el consentimiento del procesado) (§§ 153, II; 153e, II; 154, II; 154a, II; y 154b, IV) y, por cierto, en cualquier estado del procedimiento, esto es, mientras no exista una sentencia firme. La denegación del consentimiento por la fiscalía no puede ser impugnada según los §§ 23 y ss., EGGVG (Hamm MDR 85, 785).

d) Deben ser destacadas las siguientes particularidades:

aa) El § 153b, II, prevé la posibilidad de un sobreseimiento por el tribunal sólo hasta el comienzo del juicio oral; el § 153a, II, hasta el final del juicio oral, en el que las comprobaciones fácticas pueden ser examinadas por última vez. En ambos casos es necesario el consentimiento de la fiscalía y del procesado.

bb) En los casos de los §§ 153c, 154c y 154d, únicamente la fiscalía tiene la posibilidad de dictar el sobreseimiento, no le incumbe esa facultad al tribunal.

cc) En los casos del § 153, I, 1, el tribunal es llamado expresamente por la ley para compartir la responsabilidad. En consecuencia, en este caso se decide incluso sobre la existencia de un interés público, probablemente en contra de la opinión de la fiscalía (acertado WEBER, NJW 66, 1243; ver, en particular, KALSBACH, *Die gerichtl. Nachprüfung von Maßnahmen der StA im Strafverf.*, 1967, con mayores informaciones).

e) Una *excepción* a las reglas de la competencia expuesta en c) ha sido introducida por la 8. StrRÄndG. Según los §§ 153c, III, y 153d, II, tratándose de *delitos contra la seguridad del Estado*, la fiscalía puede desistir de la acción incluso después de la interposición de la acusación, en cualquier estado del procedimiento, *sin* participación del tribunal, y sobreseer el procedimiento. En ello reside el quebrantamiento del principio de irrectractabilidad (ver *infra* III), según el cual no es posible el desistimiento de la acción luego de la apertura del procedimiento principal.

4. *Impugnabilidad* y *cosa juzgada* del sobreseimiento del proceso

a) Según el § 153, II, 4, el auto de sobreseimiento del tribunal no puede ser impugnado; asimismo, es inimpugnable, conforme al § 153a, II, 4, el auto del tribunal que sobresee provisionalmente el procedimiento. No obstante, excepcionalmente, se puede interponer un recurso de queja cuando falta el consentimiento de la fiscalía, necesario según los §§ 153, II, 1, y 153a, I, II, 1 (*Kl/M*, § 153, núm. marg. 34, § 153a, núm. marg. 57; Hamm MDR 77, 749), a menos que, en el caso de un sobreseimiento provisional, dictado de conformidad con el § 153a, ya se haya cumplido con las condiciones impuestas (Karlsruhe NStZ 87, 42). La situación jurídica es dudosa cuando, ante la existencia de un crimen, se ha sobreseído erróneamente (cf. sobre esto KRÜMPELMANN, NJW 66, 1977, y Celle NJW 66, 1329).

b) Si la fiscalía ha sobreseído el procedimiento con consentimiento del tribunal, según el § 153, I, ella puede reiniciarlo en todo momento. Para ello, no son necesarios nuevos medios de prueba o hechos. Está poco claro y se discute si y cómo pueden ser revisadas las decisiones de la fiscalía que abusan de su poder discrecional. Si la fiscalía, de manera ilegítima, sobresee un procedimiento sin consentimiento del tribunal, como lo manda el § 153, o, cuando no es necesario tal consentimiento, sobresee sin un motivo de los mencionados en el § 153, se deberá abrir la vía legal en aplicación analógica del § 23, EGGVG, a pesar de que exista un acto procesal y no un acto administrativo judicial (con mayores detalles B. HEINRICH, NStZ 96, 110).

c) Por el contrario, según el § 153, II, el auto de sobreseimiento *judicial* constituye cosa juzgada limitada o meramente formal. En analogía con los §§ 211 y 174, II, StPO, § 47, I, nº 2, en relación con el § 45, II, nº 2, y § 47, III, JGG, se debe exigir que sólo con motivo de la aparición de nuevas circunstancias o elementos de prueba pueda ser interpuesta nuevamente la acusación. En cambio, no es necesaria una modificación del punto de vista jurídico (p. ej., una lesión más grave de la ley)[5]; sin embargo, si en lugar de un delito se trata de un crimen, esto sería, por supuesto, suficiente, aun sin nuevas circunstancias o medios de prueba, para proseguir el procedimiento (asimismo Hamm GA 93, 231; BEULKE, núm. marg. 336). En el § 154, III y IV, ha sido establecida una regulación especial para aquellos casos en los que el procedimiento había sido sobreseído en virtud de una pena o medida de seguridad ordenada ulteriormente o que todavía se esperaba.

La reanudación del procedimiento se dispone por auto del tribunal, para el que no es necesario el requerimiento de la fiscalía (cf. § 154, V, que en contraposición con el § 154, II, no alude al requerimiento de la fiscalía, y BGHSt 13, 447). El auto que ordena la reanudación es inimpugnable, igualmente la denegación del recurso de revisión (Düsseldorf JR 83, 471, con comentario a favor de MEYER-GOßNER; controvertido). Se discute si la fiscalía tiene derecho a queja cuando el tribunal le rechaza su requerimiento de reinclusión (en contra, Frankfurt NStZ 85, 39, con diferencias, comentario de RIEß).

En caso de una limitación de la persecución penal conforme al § 154a, las partes separadas pueden ser incluidas nuevamente en cualquier momento (§ 154a, III); esto rige también cuando la fiscalía había sobreseído equivocadamente según el § 154, en lugar de hacerlo según el § 154a (BGHSt 25, 388). Si del juicio oral resulta que debería dictarse la absolución por los puntos principales de la acusación, antes debe ser incluida

[5] Así, acertado KLEINKNECHT, JR 65, 350; de otra opinión BayObLG JR 65, 350, así como LOOS, JZ 78, 598, quien, en aplicación analógica del § 153a, I, 4, sólo considera admisible un nuevo procedimiento por el mismo hecho ante la sospecha de comisión de un crimen.

nuevamente la parte separada del hecho para que por lo menos ella llegue a juzgamiento (BGHSt 22, 105; 29, 315; 32, 84, con comentario en contra de MAIWALD, JR 84, 479). Para la inclusión se necesita un auto formal del tribunal, al igual que lo estipulado por el § 154, V (BGH NJW 75, 1748).

d) Sobre el impedimento procesal del § 153a, I, 4, ver *supra* 2, b.

III. El principio de irretractabilidad

Del principio de legalidad se deriva el llamado *principio de irretractabilidad*, según el cual la acción pública de la fiscalía ya no puede ser desistida cuando el tribunal que decide ha abierto el procedimiento principal (§ 156). Por consiguiente, si el procedimiento penal pende ya ante un tribunal y éste ha dispuesto su apertura, la fiscalía ya no puede sustraerlo del tribunal (de lo contrario la obligación de acusar carecería de valor; Frankfurt GA 86, 230). Del mismo modo, no está permitido el desistimiento de la acción tras el rechazo de la apertura dentro del plazo de queja (Frankfurt JR 86, 470, con comentario a favor de MEYER-GOßNER; discutible).

En el procedimiento por mandato penal (§ 411, III; ver *infra* § 66, B, III, 1) y en las causas por delitos contra la seguridad del Estado (ver *supra* II, 3, e) rige una excepción a este principio.

Sobre la posibilidad de desistimiento de una acción privada ver *infra* § 61, F, IV, 1.

§ 15. Los principios probatorios (principios de investigación, inmediación, libre valoración de la prueba e *in dubio pro reo*)

Bibliografía: Sobre el *principio de investigación*, cf. las indicaciones previas al § 43, sobre *inmediación*, las indicaciones previas al § 44. Cf., además, las indicaciones del § 24.

Libre valoración de la prueba:

Stein, Das private Wissen des Richters, 1893; *Krieter*, Histor. Entwicklung des "Prinzips der freien Bew.würd. im Strafprozeß", tesis doctora, Gött, 1926; *Sachs*, Bew. würd. und Strafzumessung, 1932; *Bohne*, Zur Psychologie der richterl. Überzeugungsbildung, 1948; *Bockelmann*, Strafrichter und psycholog. Sachverständiger, GA 55, 321; *Wessels*, Schweigen und Leugnen im Strafverf., JuS 66, 169; *Sarstedt*, Bew.regeln im Strafprozeß, E. Hirsch-FS, 1968, 171; *Ziegler*, Zweckmäßigkeitstendenzen in der höchstrichterl. Auslegung des Bew.rechts im Strafverf., 1969; *Hanack*, Zur Austauschbarkeit von Bew.mitteln im Strafprozeß, JZ 70, 561; *Rödig*, Die Theorie des gerichtl. Erkenntnisverf., 1973; *Volk*, 'Anscheinsbew. und Fahrlässigkeit im Strafprozeß, GA 73, 161; *Fincke*, Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit, GA 73, 266; *Käßer*, Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 1974; *Arzt*, Zum Verhältnis von Strengbew. und freier Bew.würd., Peters-FS, 1974, 223; *Krause*, Grenzen richterl. Bew.würd. im Strafprozeß, *ibidem*, 323; *Heescher*, Untersuchungen zum Merkmal der freien Überzeugung, 1974; *Kasper*, Freie Bew.würd. und moderne Kriminaltechnik, 1975; *Hanack*, Maßstäbe und Grenzen richterl. Überzeugungsbildung im Strafprozeß, JuS 77, 727; *Rogall*, Der Beschuldigte als Bew.mittel gegen sich selbst, 1977; *Günther*, Die Schweigebefug-

nis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverf. aus verfassungsrechtl. Sicht, GA 78, 193; *Rieß*, Zur Revisibilität der freien tatrichterl. Überzeugung, GA 78, 257; *Greger*, Bew. und Wahrscheinlichkeit, 1978; *Walter*, Freie Bew.würd., 1979; *Stürner*, Strafrechtl. Selbstbelastung und verf.förmige Wahrheitsermittlung, NJW 81, 1757; *Albrecht*, Überzeugungsbildung und Sachverständigenbew. in der neueren strafrechtl. Judikatur zur freien Bew.würd., NStZ 83, 486; *Peters*, "Übergänge" im Strafprozeß usw., Gmür-FS, 1983, 311; *Niemöller*, Die strafrichterl. Bew.würd. in der neueren Rspr. des BGH, StrV 84, 431; *Küper*, Histor. Bemerkungen zur "freien Bew.würd." im Strafprozeß, Peters-FG II, 1984, 23; *Meurer*, Bew. und Bew.regel im deutschen Strafprozeß, Oehler-FS, 1985, 357; *idem*, Bew.erhebung und Bew.würd., H. Kaufmann-GS, 1986, 947; *Kühl*, Freie Bew.würd. des Schweigens usw., JuS 86, 115; *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, 1987; *Herdegen*, Bemerkungen zur Bew.würd., NStZ 87, 193; *Kindhäuser*, Das Bew.maß des Strafverf., Jura 88, 290; *Lampe*, Richterl. Überzeugung, Pfeiffer-FS, 1988, 353; *Meurer*, Bew.würd., Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, Tröndle-FS, 1989, 551; *Schneider*, Die strafproz. Bew.würd. des Schweigens von Beschuldigten und angehörigen Zeugen, Jura 90, 572; *Stern*, Der Geständniswiderruf als forens. Erkenntnisproblem, StrV 90, 563; *Herdegen*, Die Überprüfung der tatsächl. Feststellungen durch das Revisionsgericht auf Grund der Sachrüge, StrV 92, 527; *Jerouschek*, Wie frei ist die freie Bew.würd.?, GA 92, 493; *B. Schmitt*, Die richterl. Bew.würd. im Strafprozeß, 1992; *idem*, Über das Verhältnis der Kriminalistik zur strafrichterl. Bew.würd., Archiv f. Kriminologie 92, 129; *J. Schulz*, Sachverhaltsfeststellung und Bew.theorie, 1992; *Grasnick*, Wahres über die Wahrheit - auch im Strafprozeß, Pötz-FS, 1993, 55; *Grünwald*, Das Bew.recht der StPO, 1993; *Hoyer*, Der Konflikt zwischen richterl. Bew.würd.freiheit und dem Prinzip *in dubio pro reo*, ZStW 105 (1993), 523; *Pelz*, Die revisionsgerichtl. Überprüfung der tatrichterl. Bew.würd., NStZ 93, 361; *Luther*, Freie Bew.würd. und ihre revisionsgerichtl. Überprüfung im Strafverf., NJ 94, 294, 346; *Puppe*, "Naturgesetze" vor Gericht, JZ 94, 1147; *Richter II*, Reden - Schweigen - Teilschweigen, StrV 94, 687; *A. Schmidt*, Grundsätze der freien richterl. Bew.würd. im Strafprozeß, 1994; *Schneider*, Bew. und Bew.würdigung, 5ª ed., 1994; *Fezer*, Tatrichterlicher Erkenntnisprozeß "Freiheit" der Beweiswürdigung -, StrV 95, 95; *G. Schäfer*, Freie Beweiswürdigung und revisionsrechtliche Kontrolle, StrV 95, 147; *Stein*, "Gewißheit" und "Wahrscheinlichkeit" im Strafverfahren - Entscheidungsnormen als Teil des Verhaltensnormensystems -, Rudolphi-S., 1995, 233; *Denicke*, Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß, 1997.

In dubio pro reo:

Weng, In dubio pro reo, Tüb., tesis doctoral inédita, 1947; *Stree*, In dubio pro reo, 1962; *Holtappels*, Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes "in dubio pro reo«, 1965; *Sax*, Zur Anwendbarkeit des Satzes *in dubio pro reo* im strafproz. Bereich, Stock-FS, 1966, 143; *Frisch*, Zum Wesen des Grundsatzes *in dubio pro reo*, Henkel-FS, 1974, 273; *Stdanke*, Die Entscheidung bei Zweifeln über das Vorhandensein von Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernissen im Strafverf., 1974; *Wolter*, Contra *in dubio pro reo*, MDR 81, 441; *Michael*, Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverf.recht, 1981; *Lehmann*, Die Behandlung des zweifelhaften Verf.verstoßes im Strafprozeß, 1983; *Montenbruck*, In dubio pro reo aus normtheoretischer und strafverf.rechtl. Sicht, 1985; *Hruschka*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-FS, 1985, 191; *Löffeler*, "In dubio pro reo" usw., JA 87, 77; *Alwart*, Darf ein Angekl. aus Mangel an Beweisen verurteilt werden?, GA 92, 545; *Arzt*, In dubio pro reo vor Bundesgericht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 129 (1993), 1; *Corboz*, In dubio pro reo, *ibidem*, 403; *Heine*, Beweislastumkehr im Strafverfahren?, JZ 95, 651; *Foth*, Bemerkungen zum Zweifelssatz (in dubio pro reo), NStZ 96, 423.

Los principios probatorios son: el principio de investigación, la inmediación, la libre valoración de la prueba y el principio *in dubio pro reo*.

A. El principio de investigación

I. Diferencias entre el proceso civil y el penal

En el *proceso civil*, puesto que sólo están involucrados intereses privados, y en tanto ello sea así, rige el llamado *principio dispositivo*, esto es, las partes tienen que proporcionar los antecedentes materiales necesarios para dictar la sentencia y cargan con la responsabilidad exclusiva de hacerlo (JAUERNIG, § 25); de este modo, el poder de disposición de las partes, que existe ya con respecto al *objeto del proceso* en virtud de la *máxima de disposición*, se hace extensivo también a la *obtención de la prueba* (en forma distinta que en el proceso administrativo). Por ello, de acuerdo con el principio dispositivo, el juez sólo puede basar su sentencia en aquello que las partes han afirmado y puesto a prueba, y en aquello que han probado:

a) Las manifestaciones coincidentes de las partes vinculan al juez. Así, el juez está vinculado por la confesión (§ 288, ZPO), que es tomada por base de la sentencia sin comprobarla. Además, las afirmaciones fácticas que no han sido rebatidas, rigen como correspondientes a la verdad (§ 138, III, ZPO; consecuencia de este principio son los procedimientos contumacial y monitorio).

b) Por cierto, los hechos controvertidos necesitan ser probados; pero el tribunal no procura por sí mismo los medios de prueba, sino que se limita a la utilización de los elementos probatorios que las partes señalan (esto es, las partes deben "ofrecer las pruebas", § 282, ZPO). Sin embargo, este principio es, en gran parte, inobservado.

Por consiguiente, en el proceso civil rige el "principio de la verdad formal".

En contraposición al proceso civil, en el *proceso penal* rige el *principio de investigación*, también llamado principio de la verdad material o *principio de instrucción* o *inquisitivo*.

El principio de investigación *supone* que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa ("instruye" por sí mismo) y, en ello, no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso. En la StPO esto está expresado por el § 155, II: "Dentro de esos límites (es decir: de los límites trazados por la acción) los tribunales están facultados y obligados a ejercitar por sí solos la actividad que les es propia" y por el § 244, II: "El tribunal tiene que extender de oficio la recepción de la prueba para la investigación de la verdad a todos los hechos y medios de prueba que tengan importancia para la decisión". El principio de investigación significa, en particular, lo siguiente:

1. El tribunal no está vinculado por las afirmaciones de las partes del proceso, en especial, por la confesión del acusado; es plenamente libre frente a ella (ver *infra* C).

2. En el proceso penal –en contraposición al proceso civil– no puede haber procedimiento en rebeldía, en el cual, por el hecho de que el acusado no comparece, se extrae, sin más, la conclusión de que se reconoce culpable y de que es culpable.

El § 329, I, contiene una suerte de excepción para la apelación y el § 391, II, para el acusador privado. Además, contra el acusado absolutamente ausente se puede realizar un proceso para asegurar la prueba (cf. *infra* § 60).

3. El tribunal no está limitado por los requerimientos de prueba: puede y debe recurrir de oficio a otros medios de prueba no solicitados ni por la fiscalía ni por el acusado. Esto rige para todas las etapas del procedimiento, para el procedimiento intermedio, para la preparación del juicio oral y, particularmente, para el juicio oral mismo.

II. Acuerdos en el proceso penal

El principio de investigación ha entrado en crisis debido a que, por la sobrecarga de trabajo de las autoridades de la persecución penal, *praeter legem* se ha desarrollado la práctica de terminar cada vez más procedimientos penales en la etapa de investigación o, incluso, sólo en el juicio oral, a través de un *acuerdo* (negocio procesal, *deal*), puesto que, p. ej., ante una confesión se sobresee, se renuncia a la persecución de hechos punibles accesorios o se atenúa la pena. El BVerfG (NStZ 87, 419, con comentario de GALLANDI) ha declarado admisible esta práctica en virtud de los arts. 1, 2 y 3, GG, y del principio del Estado de Derecho, siempre que de ese modo no sean menoscabados el principio de investigación, el principio de culpabilidad, el principio de igualdad, así como la libertad de la voluntad de decisión (fundamento jurídico del § 136a). De acuerdo con ello, las formas de procedimiento expuestas son admisibles, siempre que las ventajas derivadas de la confesión también estuvieran permitidas procesalmente sin un acuerdo y fueran razonables. Por el contrario, no sería admisible, p. ej., recompensar la confesión de una lesión corporal seguida de muerte con la promesa de que no se seguirá investigando la sospecha de asesinato existente en relación al mismo hecho, pues eso atenta contra el principio de investigación.

Después de muchos esfuerzos a tientas, y en parte contradictorios, el BGHSt 43, 195, en forma probablemente orientadora para la jurisprudencia futura, ha intentado armonizar la práctica de los acuerdos con los principios rectores del procedimiento penal[1]. El tribunal, en contra de la crítica especialmente enérgica expuesta por SCHÜNEMANN[2], parte del presupuesto de que tales acuerdos no son inadmisibles en general, por atentar contra principios rectores de nuestro procedimiento penal. Esto resulta, ante todo –según el tribunal–, del § 153a, según el cual es posible un sobreseimiento con imposiciones en caso de que exista consentimiento del acusado y de la fiscalía, de modo que en ello está presupuesto el acuerdo del legislador. Sin embargo, el BGH tiene en cuenta la crítica a la práctica precedente, crítica en muchos aspectos justificada, al sujetar la admisibilidad de los acuerdos a límites conformes al Derecho procesal. Las afirmaciones de la sentencia pueden ser resumidas en siete reglas:

1. El *principio de investigación* debe quedar salvaguardado. Por consiguiente, el tribunal no puede, p. ej., fundar la sentencia, sin más, en una confesión prestada en el marco de un acuerdo. Antes bien, debe examinar su credibilidad y, dado el caso, incorporar otros elementos de prueba.

2. El *principio nemo tenetur* (según el cual nadie está obligado a incriminarse a sí mismo) y el § 136a también deben quedar salvaguardados en caso de que sean practicados acuerdos. Por tanto, p. ej., no se puede prometer "salidas transitorias" en la ejecución a cambio de una confesión, pues el tribunal actuante no es competente para la concesión de un beneficio semejante. Sí puede, en cambio, ofrecer una atenuación de la pena para el caso de una confesión; pues eso es legítimo conforme a los principios generales de la medición de la pena.

3. El *principio de publicidad* debe ser observado. Por consiguiente, el acuerdo debe ser examinado en el juicio oral y asentado en el acta. Pero ello no excluye las conversaciones previas entre los intervinientes, que son llevadas a cabo antes o fuera del juicio oral.

4. El *principio de inmediación* no puede ser lesionado. Por tanto, es inadmisible que el tribunal haga una promesa vinculante sobre la cantidad de pena a imponer; pues ante una anticipación tal de la sentencia el tribunal ya no podría extraer su decisión de la "totalidad del debate" (§ 261). Por el contrario, el tribunal puede establecer un límite máximo de la pena que sea vinculante en general porque, de otro modo, el acusado no obtendría ventaja alguna del acuerdo (cf. sobre esto también punto 6).

5. El *principio de culpabilidad* debe ser respetado. Por ello, el tribunal no puede pagar una confesión con una atenuación de la pena que se halle muy por debajo del límite proporcional a la culpabilidad. Sin embargo, la confesión es un motivo fundamental de atenuación de la pena y, por cierto, también cuando no es prestada por contrición y arrepentimiento, sino por razones de táctica procesal, para la obtención de una sentencia más favorable; pues también de este modo el acusado asume la responsabilidad de su acto y favorece a uno de los fines del proceso, la paz jurídica.

6. El *principio del procedimiento leal* debe ser observado siempre. Así, normalmente, el tribunal está vinculado al límite máximo de pena establecido por él. Sin embargo, cuando con posterioridad resultan circunstancias graves que elevan la culpabilidad (p. ej., en vez de tratarse de un delito, el hecho se presenta ahora como un crimen o aparecen antecedentes penales graves del acusado), el tribunal debe poder exceder excepcionalmente el límite máximo fijado para la pena, en atención al principio de culpabilidad (cf. punto 5). Empero, en ese caso, el tribunal debe advertir sobre esa posibilidad al acusado en el juicio oral y público, con explicación de las nuevas circunstancias (§ 265, I y II, StPO). Esto se presenta como un compromiso tolerable porque, en un caso semejante, el acusado conocía desde un principio las circunstancias que elevan la culpabilidad y al callarlas quiso obtener un beneficio injustificado.

[1] Las decisiones anteriores del BGH sobre acuerdos (cf. sobre esto 24ª ed., § 15, núms. margs. 6 y 7) son referidas en esta sentencia y, por ello, ya no son expuestas aquí.

[2] En su dictamen para las 58ª Jornadas de los juristas alemanes de 1990 (cf. además, del mismo autor, *Baumann-FS*, 1992, 361). Por el contrario, tanto las ponencias (de BÖTTCHER, SCHÄFER y WIDMAIER) como las conclusiones (NJW 90, 2992 y ss.) de las Jornadas de los juristas habían declarado la admisibilidad de los acuerdos con ciertas restricciones.

7. En el marco de un acuerdo, el tribunal no puede hacer prometer la renuncia a los recursos por parte del acusado, pues la facultad para interponer un recurso es independiente de la medida de la pena y no puede estar vinculada a esa medida. Tampoco se puede exigir al acusado que antes de que conozca la sentencia renuncie a la posibilidad de control que significa la interposición de un recurso.

Bibliografía: *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverf., 1986, proporciona una primera monografía. Cf., además, *idem*, NJW 82, 1017; Richterakademie Trier-FS, 1983, 193; StrV 86, 355; NStZ 88, 302; DRiZ 90, 321; *Hassemer/Hippler*, StrV 86, 360; *Widmaier*, StrV 86, 357; *Baumann*, NStZ 87, 157; *Gallandi*, MDR 87, 801; *Hanack*, StrV 87, 500; *Rückel*, NStZ 87, 297; *Bode*, DRiZ 88, 281; *Dahs*, NStZ 88, 153; *Dencker/Hamm*, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988; *Haas*, NJW 88, 1345; *Nestler-Tremel*, DRiZ 88, 288; *Seier*, JZ 88, 683; *Cramer*, Rebmann-FS, 1989, 145; *Gatzweiler*, NJW 89, 1903; *Hassemer*, JuS 89, 890; *Massaro*, StrV 89, 454; *Schünemann*, NJW 89, 1895; *Siolek*, DRiZ 89, 321; *Hamm*, ZRP 90, 337; *Kintzi*, JR 90, 309; Lüderssen, StrV 90, 415; *Niemöller*, StrV 90, 34; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990; *Wagner/Rönnau*, GA 90, 387; *idem*, RuP 90, 161; *Weigend*, JZ 90, 774; *Wolfslast*, NStZ 90, 409; *Beulke*, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen - BGHSt 42, 191, JuS 91, 1072; *Böttcher/ Widmaier*, JR 91, 353; *Bussmann*, Die Entdeckung der Informalität, 1991; *Gallandi*, wistra 91, 47; Gutterer, Zur verbindl. Zusage des Gerichts in der Hauptverhandlung, eine bestimmte Verurteilung nach Geständnis des Angekl. auszusprechen, tesis doctoral, Tübingen, 1991; *Ranft*, núm. marg. 1222; *Wagner/Rönnau*, RuP 91, 31; *Zschockelt*, NStZ 91, 305; *Donatsch*, FS SKG, 1992, 159; *Gerlach*, Absprachen im Strafverf., 1992; *Kintzi*, DRiZ 92, 245; *Schlüchter*, Spendel-FS, 1992, 737; *Schünemann*, Baumann-FS, 1992, 361; *Böttcher/Dahs/Widmaier*, NStZ 93, 375 (fuerte crítica a esto en Schünemann, StrV 93, 657; *Zschockelt*, Salger-FS, 1995, 435: "Der Richter ist kein Handelspartner"); *Siolek*, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993; *Kremer*, Absprachen zwischen Gericht und Verf.beteiligten im Strafprozeß, tesis doctoral, Bonn, 1994; *Sinner*, ZRP 94, 478; *Bussmann/Lüdemann*, Klassenjustiz oder Verfahrensökonomie?, 1995; *Friehe*, Der Verzicht auf Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, 1997; *Janke*, Verständigung und Absprachen im Strafverfahren, 1997. Cf., también, en especial, las actas del 58. DJT 1990, t. I: Dictamen B de *Schünemann* (Absprachen im Strafverf.? Grundlagen, Gegenstände u. Grenzen); t. II: ponencias de *Böttcher*, *Schäfer* y *Widmaier*; desarrollo de las jornadas y conclusiones: NJW 90, 2987 s. y 2992 ss.

B. El principio de inmediación importa que el juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba (§ 261); así, p. ej., la declaración de los testigos no puede ser reemplazada, en principio, por la lectura de un acta que ha sido labrada por un juez comisionado o por exhorto (§ 250).

Este principio rige sólo para el juicio oral; por ello, se debe tratar allí (*infra* § 44).

C. El principio de la libre valoración de la prueba tiene importancia, y por cierto primordial, para la decisión a la que se llegará con motivo del juicio oral; sin embargo, rige en todo el procedimiento y para todos los órganos de la administración de justicia penal, por consiguiente, también para la fiscalía y para la policía. Por ello, debe ser discutido aquí.

I. Historia

El Derecho alemán antiguo y el proceso penal alemán común han trabajado con *reglas de prueba legal*; por tanto, han tenido un "Derecho probatorio formal". Estas reglas ordenaban al juez, bajo determinadas condiciones, considerar probado un hecho. Así, p. ej., conforme al Derecho común, se obtenía una prueba plena con la *confesión* del acusado o de *dos* testigos intachables. A través de *un* testigo intachable sólo se producía semiplena prueba que, sin embargo, autorizaba al interrogatorio bajo tormento, esto es, a la aplicación de la tortura. Por medio de tales reglas el legislador tenía la esperanza de excluir la arbitrariedad judicial. Empero, el medio era inadecuado para alcanzar ese fin. Las reglas probatorias legales, y no sólo la indagación con tormento, se basaban en los errores psicológicos más graves. Los orígenes de la libre valoración de la prueba se encuentran en Prusia, con motivo de las Ordenanzas de los tribunales camerales de 1740 y 1754, que suprimieron la tortura. Pero prescindiendo de ello, la libre valoración de la prueba sólo se abrió paso en Alemania en el siglo XIX, en relación con la introducción del jurado (con mayores detalles KÜPER, 1984, JEROUSCHEK, 1992).

II. El Derecho vigente

1. a) El *principio* del Derecho vigente reza: "sobre el resultado de la recepción de la prueba" –por tanto, sobre los hechos– "decide el tribunal según su libre convicción extraída de la totalidad del juicio" (§ 261). Esto significa que el juez debe considerar cierto un estado de cosas determinado, sin duda alguna (cf. HENKEL, 351). Según el BGHSt 10, 209, la certeza personal así obtenida es indispensable para la condena, pero también suficiente. Esa convicción del juez tampoco es reemplazada por la comprobación objetiva de una probabilidad rayana en la seguridad; pues "así como al juez del hecho no se le puede impedir que saque conclusiones posibles, aunque no obligatorias, de determinados hechos, tampoco le puede ser prescripto bajo qué condiciones debe llegar a una consecuencia y a una convicción determinadas" (BGHSt 10, 210; 29, 18, con comentario de PETERS, JR 80, 169; BGH NStZ 84, 180). Estos principios del BGH merecen aprobación, en tanto prohíben imponer al juez determinada convicción. Pero, por otra parte, se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado (BGH NStZ 88, 236). El acusado también debe ser protegido de los errores de valoración del juez en la formación de la convicción. Por ello, es exigible que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces[3] y que no se base en

[3] De modo similar PETERS, 266; como aquí STREE, 1962, 40; similar también BGH NStZ 81, 33; StrV 82, 256; NStZ 86, 373.

meras suposiciones (BGH NStZ 87, 473; 90, 501). La probabilidad objetiva, por lo menos alta, de la hipótesis del tribunal de mérito sobre los hechos tiene que estar acompañada de una convicción subjetiva del juez[4]. Los motivos que dan lugar a "dudas razonables" en una cuestión relevante para el fallo de culpabilidad se oponen a una condena (BGH NStZ 90, 402, 603). Por tanto, el juez no es tan "libre" en la formación de su convicción como parece enunciar el texto del § 261 (sobre esto, fundamentalmente, JEROUSCHEK, 1992).

El juez también debe comprender suficientemente los hechos. Esto rige además, en especial, cuando existen declaraciones contradictorias[5]; por ello, p. ej., una declaración testimonial de cargo no puede ser considerada creíble solamente porque el testigo se encuentra bajo la amenaza penal de los §§ 153 y ss., StGB. Antes bien, un eventual motivo para una imputación falsa debe ser controlado cuidadosamente (BGH StrV 94, 526). El juez tampoco puede fundamentar su convencimiento sólo en una interpretación posible y dejar de lado las otras posibilidades, sin ningún comentario (BGH StrV 82, 508). Además, no puede basar su convicción en reglas de la experiencia que no sean fundables objetivamente (BGH JR 83, 83; NStZ 88, 236). Así, p. ej., las relaciones personales del acusado con un testigo no son suficientes para, desde un principio, negarle todo valor probatorio a esa declaración (BGH StrV 94, 173, con otras informaciones). Tampoco las mentiras del acusado prueban, sin más razón, su culpabilidad, ya que no es extraño que un inocente tenga la expectativa de poder mejorar su situación a través de mentiras (BGH StrV 85, 356). De la comprobación de haber participado en un hecho no se puede inferir, sin más, la participación en otro (Zweibrücken StrV 85, 358). La nueva jurisprudencia del BGH acentúa en medida creciente, con razón, este componente objetivo de la formación de la convicción, a cuya función de control –comparada con la convicción subjetiva de la época anterior– no se puede renunciar (detalladamente, ALBRECHT, 1983). NIEMÖLLER, 1984, ofrece un instructivo panorama sobre toda la nueva jurisprudencia del BGH. Por otra parte, no es necesaria "una seguridad absoluta, que excluya obligatoriamente otras posibilidades de desarrollo del hecho"; es suficiente la "certeza personal" de los jueces –con las limitaciones mencionadas– (BGH NStZ 83, 277). Las dudas sólo posibles teóricamente no conducen a una

[4] Resumidamente BGH StrV 95, 435; HERDEGEN, 1987 y 1992. STEIN, 1995, también propone reemplazar el juicio irracional de certeza de la convicción subjetiva por un sistema de normas de decisión fundado normativamente y controlable racionalmente, a cuyo efecto, en referencia a FREUND, 1987, diferencia entre riesgos tolerados e intolerables de una condena errónea y, de este modo, tiende un puente hacia la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal material. Esto requerirá una reflexión profunda.

[5] BGH NStZ 92, 347; StrV 94, 349; 95, 5; 95, 6; 95, 63; 95, 115; 95, 340; 96, 249

absolución (BGH NStZ 91, 399). BENDER/NACK, *Richterakademie Trier-FS*, 1983, 263, realizan ásperas críticas a las "relaciones de los juristas con la probabilidad". J. SCHULZ, 1992, analiza modelos probatorios y criterios de verdad y, a partir de ello, desarrolla una teoría de la constatación judicial de los hechos.

La objetivización expuesta de la "libre" valoración de la prueba es también especialmente importante, ya que a través de la consideración puramente subjetiva de la formación de la convicción se deja de lado el principio *in dubio pro reo*: puesto que ese axioma sólo interviene cuando el juez duda, pierde su acción de protección si el juez también en caso de una pequeña probabilidad puede declararse convencido de modo incontrolable. Sobre esto, más detalladamente, HOYER, 1993, 555, quien trabaja con exigencias de probabilidad concretas: "En caso de por lo menos un 96 por ciento de probabilidad de culpabilidad... el acusado debe ser condenado, en los restantes casos debe ser absuelto".

La prueba que surge de las primeras apariencias (la llamada *prueba prima facie*), en la cual, en lugar de la certeza, entra en consideración la probabilidad garantizada por un desarrollo típico de lo sucedido, sólo es admisible en el proceso civil, pero en el proceso penal está excluida (ver LOUVEN, MDR 70, 295) –aspecto que en la jurisprudencia de tránsito automotor no siempre es observado suficientemente (sobre esto pormenorizadamente VOLK, 1973; BACH, MDR 76, 19)–. Así, de la condición de poseer un automóvil no se puede derivar, sin más, que el propietario conducía el vehículo en el momento del accidente (BGHSt 25, 365, con comentario de GOLLWITZER, JR 75, 381; cf., en cambio, en el caso de la posesión de aviones, Frankfurt MDR 74, 688).

El valor probatorio de los expedientes del *Stasi** no es muy alto. Según el BGHSt 38, 276 (con comentario de BAUMANN, NStZ 92, 449, y comentario de SCHROEDER, JZ 92, 977) las informaciones tomadas de esos expedientes necesitan un examen especialmente crítico, ya que el método de trabajo del Ministerio para la Seguridad del Estado de la ex RDA no ha satisfecho las exigencias del esclarecimiento de los hechos conforme al Estado de Derecho.

b) En particular, el principio de la libre valoración de la prueba importa (sin embargo, con respecto a los ejemplos mencionados en *aa-cc* siempre deben ser observadas las limitaciones mencionadas precedentemente en el apartado *a)*:

aa) En la valoración de las *declaraciones testimoniales* el tribunal es libre, esto es, no está vinculado a reglas probatorias legales. También conserva libertad frente a una declaración testimonial bajo juramento. Incluso en caso de contradicción entre una declaración bajo juramento y una no jurada, el juez puede dar credibilidad a esta última y negársela a la primera. De la credibilidad general de un testigo no se puede concluir, sin más, la credibilidad especial en el caso concreto (BGH StrV 94, 64). El tribunal tampoco está vinculado a *dictámenes periciales*, aun cuando se tra-

* N. del T.: *Staatssicherheitsdienst:* servicio de seguridad del Estado; llámase así al servicio de inteligencia de la antigua República Democrática Alemana.

te de cuestiones técnicas, químicas o psiquiátricas. El tribunal puede, p. ej., condenar al acusado en contra del dictamen del perito psiquiatra que lo declara incapaz de culpabilidad, o a la inversa. Sin embargo, el tribunal debe luego reproducir las explicaciones del dictamen y fundar su opinión contraria (BGH StrV 94, 359).

bb) El juez puede dar credibilidad a la *declaración del acusado* frente a una mayoría de testigos de cargo juramentados. Él tampoco está vinculado por los *documentos*; cuando, p. ej., en un proceso por falso testimonio, un acta indica que "al testigo se le tomó juramento", a pesar de ello el juez puede considerar no probada la prestación de juramento. Mientras que antiguamente la *confesión* tornaba superflua y aun inadmisible toda otra prueba, actualmente en Alemania también la confesión está sujeta a la libre valoración de la prueba. Normalmente la confesión tendrá una importante fuerza probatoria, y en determinadas circunstancias tan grande que se puede renunciar totalmente a otros medios de prueba; por ello, también es posible, y de ningún modo extraño, un juicio oral sin testigos. Pero la confesión no produce una prueba absolutamente segura; puede ser falsa por los motivos más diversos, p. ej. porque el imputado no es normal o porque es apático, porque quiere ir a prisión o conseguirse una coartada para otro hecho más grave o porque quiere ser penado en lugar del autor real. El juez también es completamente libre ante la *retractación de una confesión* –caso que sucede no pocas veces–. De todos modos, la confesión retractada puede ser un indicio de la autoría del acusado (BGH StrV 95, 341).

cc) Por lo demás, la convicción del tribunal puede estar fundada en una *prueba indiciaria*, esto es, en virtud de hechos que permiten llegar a una *conclusión* sobre la base de circunstancias directamente graves. Una prueba indiciaria, en particular una prueba con medios probatorios materiales, en ciertas circunstancias puede, incluso, proporcionar una prueba más segura que las declaraciones de los testigos del hecho. El fracaso de la prueba de una coartada (BGH StrV 82, 158) o la refutación de una afirmación de descargo (BGH NStZ 86, 325) todavía no pueden ser valoradas por sí solas como indicio de la autoría del acusado (resumidamente BGHSt 41, 153). En cambio, es posible que numerosos indicios, de los cuales cada uno individualmente no alcanza para probar la autoría, en su conjunto le puedan proporcionar al juez la convicción de la culpabilidad del acusado (BGH NStZ 83, 133).

2. El principio de la libre valoración de la prueba rige, desde un principio, sólo en el marco que le es trazado al procedimiento probatorio judicial a través de las reglas estrictas del Derecho probatorio procesal penal (cf. *infra* § 24) (concluyente KRAUSE, 1974; de otra opinión ARZT, 1974). Más allá de ello, este principio experimenta *restricciones* y *excepciones* en tres sentidos, a saber, por determinados conocimientos de las ciencias naturales (a), a través de criterios procesales superiores (b) y a través de normas positivas legales (c).

a) También en la libre valoración de la prueba el juez se halla sujeto a las leyes del pensamiento y de la experiencia. Por ello, "no existe margen alguno para la formación de la convicción judicial allí donde una circunstancia está verificada por el conocimiento *científico*" (BGHSt 10, 211). Antes bien, el juez debe fundar su juicio en una circunstancia que fue inequívocamente averiguada por alguna de las vías generalmente reconocidas por la ciencia específica, incluso cuando ese hecho, personalmente, le parece incomprobable o dudoso. Esto rige, p. ej., para la exclusión de la paternidad a través de dictámenes sobre el tipo sanguíneo (BGHSt 6, 72; pero ver también Celle NJW 60, 2258), para la comprobación de la incapacidad para conducir en razón de un determinado contenido de alcohol en la sangre (BGHSt 21, 159; sobre ello crítico HAFFKE, JuS 72, 448) y para el caso de la medición de velocidad a través de un radar (siempre y cuando todas las fuentes de errores pensables estén descartadas, cf. Hamburg, Hamm y Braunschweig NJW 63, 505, 602 y 1120). Los detalles del procedimiento de medición no deben estar incluidos en la sentencia (BGHSt 39, 291). También los juicios de probabilidad estadísticos, asegurados científicamente (p. ej., capacidad de culpabilidad disminuida en un 2,0), deben ser incluidos como fundamento por el juez en favor del acusado, en tanto ellos, en el caso particular, no estén refutados por indicios en contra, asegurados de forma semejante (BGHSt 37, 231). Los análisis de ADN (cf. *infra* § 33, A, II, 1) pueden excluir la autoría con fuerza probatoria absoluta, pero para su comprobación positiva sólo proporcionan probabilidades estadísticas (BGH NStZ 94, 554).

Por el contrario, las relaciones causales *no* aseguradas por las ciencias naturales no pueden ser incluidas como fundamento de la sentencia; no es admisible reemplazar la prueba objetiva de las ciencias naturales, de la que se carece, por la convicción subjetiva del juez[6]. En cambio, el BGHSt 41, 206 (caso "Holzschutzmittel") sostiene ahora la opinión de que el juez, después de oír a los peritos, también puede fundar su convicción en suposiciones discutibles científicamente. Sin embargo, de este modo se socava en forma peligrosa el principio *in dubio pro reo*. En cuestiones científicas controvertidas, la determinación por opiniones mayoritarias, cuando ellas constituyen el fundamento de una condena, es, desde un principio, problemática, debido a que, en el caso de las relaciones causales aún poco dilucidadas, tales opiniones podrían variar rápidamente. Por consiguiente, una ley de la causalidad sólo debería ser admitida si no existe duda alguna de su seriedad científica[7].

b) El principio de la libre valoración de la prueba puede entrar en colisión con el criterio de la *no exigibilidad* de una declaración, que ha encontrado expresión en el derecho a guardar silencio del imputado y en el de-

[6] Así, correctamente, ARMIN KAUFMANN, JZ 71, 572, en contra de la sentencia del LG Aachen JZ 71, 516, en la cuestión de si la talidomida puede provocar deformaciones en el embrión.

[7] Como aquí también VOLK, NStZ 96, 105; Hamm, StrV 97, 159; de otra opinión PUPPE, JZ 94, 1147.

recho de abstenerse de declarar del testigo. Con ello surge el problema de a cuál de esos criterios del procedimiento le corresponde la preminencia.

aa) Está controvertido el hecho de si el *silencio del imputado* puede ser utilizado en su contra como indicio. La opinión dominante anteriormente consideraba del todo admisible esta posibilidad (cf. BGHSt 1, 366). Una parte de la literatura todavía hoy está de acuerdo con ello con el argumento de que la StPO no posee ninguna prohibición de valoración probatoria que sustraiga el silencio del acusado del ámbito de aplicación del § 261. Sin embargo, al silencio del acusado le corresponde poca fuerza probatoria (así GÜNTHER, JR 78, 89). En cambio, el punto de partida correcto, conforme al principio del *fair trial,* consiste en afirmar que nadie debe colaborar por sí mismo en la tarea de probar su culpabilidad. El derecho a guardar silencio del imputado tiene incluso rango constitucional, como emanación del principio del Estado de Derecho (cf. BVerfG NJW 81, 1431; STÜRNER, 1981). En particular rige:

α) Cuando el imputado *se rehúsa a toda declaración* o se limita a negar su autoría (BGHSt 34, 326), su silencio no puede ser valorado probatoriamente en modo alguno. Esto vale aun cuando aparezca como sumamente ajeno a la vida real el hecho de que una persona completamente inocente guarde silencio y, p. ej., permita, sin oponer resistencia, la extracción de una prueba de sangre (Düsseldorf MDR 88, 796) o se deje detener sin decir nada y sin oponerse (BGH StrV 1989, 383). De otro modo, su derecho a guardar silencio estaría amenazado con convertirse en ilusorio (cf. §§ 136, I, 2; 163a, III; 243, IV). Lo mismo rige cuando no ha declarado en una etapa anterior del procedimiento, p. ej., cuando en el procedimiento de investigación se abstuvo de toda respuesta ante la policía[8], o cuando luego de guardar silencio inicialmente ha formulado una respuesta de descargo sólo después de la declaración análoga de un coimputado (BGH StrV 88, 239), luego de una entrevista con su defensor (BGH StrV 94, 413) o después de tres meses (BGH StrV 94, 238). Tampoco se puede extraer consecuencias desfavorables de la negativa a informar los datos personales (BayObLG NJW 81, 1385). Las meras formulaciones jurídicas del imputado que no se refieren a la veracidad del hecho que se le imputa, no son aún una declaración sobre la causa (BayObLG MDR 88, 882). Aun cuando el acusado ha dicho que es consciente acerca de que debe expresarse sobre aquello que se le reprocha, ello no significa, todavía, ni siquiera una respuesta parcial mientras no se haya manifestado verdaderamente (BGH NStZ 97, 147). Si el imputado, luego de una confesión inicial espontánea –que puede ser valorada, cf. *infra* § 24, D, III–, en adelante guarda silencio, tampoco esto puede ser valorado en su perjuicio (Köln NStZ 91, 52). Si el imputado ha guardado silencio, las manifestaciones del defensor sobre la

[8] BGHSt 20, 281; 25, 368; 32, 144; 34, 325; 38, 305; BGH StrV 83, 321; en el sentido del BGH también BVerfG NStZ 95, 55.

causa sólo pueden ser juzgadas como declaraciones del acusado, si queda en claro que él ha querido entenderlas como propias (BGH NStZ 90, 447; 94, 352). Cuando el imputado guarda silencio tampoco se puede recurrir a su mímica y gestos para utilizarlos en su contra (BGH StrV 93, 458). Si guarda silencio, tampoco se puede inferir de su condición de dueño que él ha conducido el vehículo (BVerfG StrV 94, 3); cf. *supra* § 15, C, II, 1, a.

β) En cambio, si el imputado presta declaración y únicamente *no declara sobre puntos particulares*, se convierte "él mismo, por libre decisión, en un medio de prueba y, con ello, se somete a la libre valoración de la prueba" (BGHSt 20, 300; discrepa ROGALL, 1977, 250 y ss.; KÜHL, 1986, 115; SCHNEIDER, 1990, 578). Es por eso que su silencio *parcial* puede ser valorado en su contra[9]. No obstante, cuando un acusado declara sobre un hecho, su silencio no puede ser utilizado en su perjuicio con respecto *a otro hecho* (BGHSt 32, 140, con comentario de VOLK, NStZ 84, 377, y PELCHEN, JR 85, 71; además KÜHL, 1986).

γ) Si el imputado es interrogado en otro procedimiento como testigo sobre la inculpación que se dirige contra él y se rehúsa a declarar conforme al § 55, ese silencio no puede ser valorado en su contra (BGHSt 38, 302, con comentario de ROGALL, JR 93, 380, y DAHS/LANGKEIT, NStZ 93, 213; Stuttgart NStZ 81, 272; cf. *infra* § 26, B, II, 4).

Sobre las consecuencias de la abstención de declarar en particular: WESSELS, JuS 66, 171; STREE, JZ 66, 593; SPENDEL, NJW 66, 1105; ESER, ZStW-Beiheft Teheran, 1974, 159; DINGELDEY JA 84, 413.

bb) La *abstención de declarar testimonialmente, autorizada* por la ley, no puede ser interpretada en perjuicio del acusado (opinión dominante, controvertido; cf. KG NJW 66, 605) y, por cierto, tampoco cuando el testigo se ha manifestado sobre los puntos de poca importancia (BGH JR 81, 432, con comentario crítico de HANACK) o cuando después de la abstención inicial de declarar testimonialmente, más tarde ha declarado (BGH NStZ 85, 87). La opinión contraria desconoce que la posibilidad de la apreciación de la prueba significaría una coacción indirecta para declarar y que ella terminaría en una consideración inadmisible de los motivos de la abstención de prestar declaración testimonial (cf. BGHSt 6, 279); ella también ha sido abandonada por el BGH (BGHSt 22, 113 contra BGHSt 2, 351). Asimismo, una abstención autorizada de declarar testimonialmente no puede ser invocada para demostrar la inverosimilitud de la declaración posterior del autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente (BGH NJW 80, 794; NStZ 87, 187; BayObLG NJW 69, 200). Si el testigo que está autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente guarda silencio

[9] BGHSt 20, 298; Braunschweig NJW 66, 214; Hamm NJW 74, 1880, donde se diferencia amplia y discutiblemente el silencio parcial del temporal.

en el juicio oral, de ello tampoco se puede deducir que su anterior declaración de cargo ante el juez de la investigación fuera auténtica (BGH StrV 91, 450). En cambio, cuando un testigo dispuesto a declarar sólo guarda silencio ante preguntas concretas, ello está sujeto a la libre valoración de la prueba; en esto rige lo dicho para el caso del silencio parcial del acusado (BGHSt 32, 140; discrepa KÜHL, 1986). Del mismo modo, la inverosimilitud de la comprobación de la coartada de la esposa puede ser deducida del hecho de que ella ha declarado desde un principio y ha alegado la supuesta coartada sólo en el juicio oral (BGHSt 34, 324); distinto es el caso, sin embargo, si el pariente autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente, al que se no recurrió como testigo, guarda silencio primero y sólo aparece en el juicio oral con una coartada para el acusado (BGH NStZ 89, 281; StrV 92, 97). Por ello, consecuentemente, en la valoración de una declaración realizada por un testigo autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente también es admisible considerar que él ha imposibilitado el examen de su declaración al negarse a una extracción de una prueba de sangre (§ 81c, III) (BGHSt 32, 140). Prescindiendo de ello, siempre se podrá valorar ilimitadamente la abstención de declarar testimonialmente o de someterse a un examen, si esa apreciación resulta a favor del acusado (KÜHL, 1986).

c) El principio de la libre valoración de la prueba es dejado de lado en el procedimiento penal sólo por tres *disposiciones legales* positivas:

aa) por el § 190, StGB, que establece reglas para la prueba de la verdad en determinados casos de injuria;

bb) por el § 274, StPO. De acuerdo con ello, para la cuestión de si han sido observadas las formalidades fundamentales del juicio oral rige como válido el contenido del acta de la audiencia mientras no esté demostrada su adulteración; la prueba de una mera inexactitud objetiva no puede afectar la fuerza probatoria del acta.

Sin embargo, esta regla probatoria legal no rige cuando un hecho es importante *para el Derecho material*; así, p. ej., el tribunal podría absolver a un imputado de la acusación de perjurio con el fundamento de que no se considera demostrado que al acusado se le haya tomado juramento como testigo, aun cuando eso conste en el acta de la audiencia (ver *supra* C, II, 1, b, bb);

cc) por el § 51, I, BZRG, que prohíbe la valoración como agravante, en un nuevo procedimiento penal, de una condena anterior del imputado ya declarada caduca o que llena las condiciones para ser declarada tal (cf., también, *infra* § 24, D, III, 2). Según la opinión dominante, la aplicación analógica de esta disposición a los sobreseimientos y a las absoluciones debe ser rechazada (detalladamente, SCHWENCKENDIECK, NStZ 94, 418).

3. El principio de la libre valoración de la prueba, conforme al § 262, I, rige también para las *cuestiones prejudiciales de otros ámbitos del Derecho* (p. ej., referidas a la propiedad de una cosa), con lo cual resulta del § 154d que, conforme al sentido del § 262, también rige para cuestiones prejudiciales de Derecho público (p. ej., en materia de nacionalidad). Según ello, por cierto, el tribunal no está obligado, pero sí autorizado, para interrumpir la investigación y fijar un plazo a uno de los intervinientes (al acusador privado o al imputado) para la interposición de una acción ante el tribunal ordinario o ante el tribunal administrativo, o bien para aguardar la decisión de un procedimiento que ya está pendiente allí[10]. Pero *tampoco* en ese caso el juez penal está vinculado, en principio, a la decisión de otros tribunales (BGHSt 5, 106). Algo diferente rige únicamente cuando, según la ley, la punibilidad depende de una determinada sentencia *constitutiva de derechos* (*efecto* de la decisión del Derecho civil *sobre el tipo penal*: p. ej., en el § 238, II, StGB, la nulidad o revocación de la sentencia) o cuando por una estandarización legal análoga fuera del StGB (cf., p. ej., §§ 1593, 1600a, BGB; sobre esto BGHSt 26, 111) al tribunal civil le es asignada una competencia definitiva para decidir.

D. El principio *in dubio pro reo*

Un último principio probatorio del proceso penal, no por ello menos importante, es aquel según el cual ante la duda se debe decidir en favor del acusado (*in dubio pro reo*). No obstante, el principio *in dubio* no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica sólo después de la finalización de la valoración de la prueba (EISENBERG, BewR, núm. marg. 118). Este principio no está formulado de forma expresa en la ley, pero se puede derivar indirectamente del principio de culpabilidad en conexión con el § 261, pues si, de acuerdo con él, una condena exige que el tribunal esté convencido de la culpabilidad del acusado, toda duda en ese presupuesto debe impedir la declaración de culpabilidad. También el art. 6, II, MRK ("Hasta la prueba legal de su culpabilidad se presume que el acusado es inocente"), contiene el principio *in dubio pro reo*. El BVerfG NJW 88, 477, ha dejado abierta la cuestión de si a este principio le corresponde rango constitucional; de todos modos, el principio no está lesionado cuando, según la opinión del condenado, el juez tendría que haber dudado, sino tan sólo cuando ha condenado a pesar de la existencia real de una duda (BVerfG, *loc. cit.*).

1. Importancia

La importancia de este principio fundamental, propio del Estado de Derecho, consiste, p. ej., en que el imputado no debe probar su coartada (latín: *alibi* = en otro lugar) o hacerla creíble, sino que, al contrario, a él le debe ser probado que en el momento del hecho estuvo en el lugar del crimen o que ha participado en el hecho en otra forma[11]. También cuando

[10] Sobre la posibilidad de una obligación de interrupción JÖRGENSEN, *Die Aussetzung des Strafverf. zur Klärung außerstrafrechtl. Rechtsverhältnisse*, 1991, 110 y siguientes.

[11] Lleva a error y da lugar a interpretaciones falsas BGHSt 25, 285, y BGH JR 78, 348, con comentario en contra de TENCKHOFF, según el cual el principio "ante la duda a favor del

subsiste la duda sobre la existencia de causas de exclusión de la punibilidad (como defensa necesaria o enajenación mental) o de excusas absolutorias (como, según la opinión dominante, el desistimiento voluntario de la tentativa; ver también BGH StrV 95, 509), esto tiene que repercutir en la decisión en favor del imputado (cf. sobre la defensa necesaria putativa BGH StrV 86, 6). En el supuesto de que existan varios imputados, el principio puede conducir a que, en favor de cada uno de ellos, se deba suponer, en cada situación particular, que es el otro el que ha cometido el hecho, de modo tal que, dado el caso, todos deben ser absueltos a pesar de ser seguro que uno de ellos es el autor (BGH StrV 96, 81).

2. Historia

No está claro cuán lejos se remonta la *vigencia histórica* del principio *in dubio pro reo*. Su validez en el Derecho romano y en el proceso penal de la recepción, hasta ahora aceptada, ha sido puesta en duda por nuevos trabajos (cf. HOLTAPPELS, 1965, y SAX, 1966). El Derecho común desarrolló incluso para el caso de incertidumbre probatoria la pena de sospecha y la *absolutio ab instantia* (cf. *infra* § 69, B), para impedir la absolución exigida verdaderamente. La lucha de la Ilustración contra esas instituciones preparó el terreno para la aceptación del principio *in dubio pro reo*. Él es Derecho consuetudinario, indiscutiblemente afianzado sólo a partir de la introducción en el siglo XIX del principio de la libre valoración de la prueba; sin embargo, aún hoy es puesto en duda en ocasiones desde el punto de vista científico (como, p. ej., por MONTENBRUCK, 1985, y ARZT, 1993).

Recientemente, el principio *in dubio pro reo* parece haber entrado en crisis también por el desarrollo de la criminalidad económica y de la criminalidad organizada; pues aquí, en algunas situaciones, fracasa la posibilidad de probar la culpabilidad de alguien, generalmente a causa de inconvenientes probatorios insuperables; eso puede llevar a una paralización del Derecho penal. P. ej., con frecuencia, se exige la inversión de la carga probatoria para el tipo penal del lavado de dinero; en ese caso, el sospechoso debería justificar la procedencia legal de su patrimonio. HEINE, JZ 1995, 661, proporciona una muy buena exposición de ese desarrollo y de distintas alternativas para la solución.

3. Ámbito de aplicación

a) En primer lugar, este principio rige para las *cuestiones de la culpabilidad y de la punibilidad*; cuando, p. ej., no está desvirtuado que un homicida ha sido provocado a cometer su hecho, conforme al § 213, StGB, se debe aceptar la existencia de las circunstancias atenuantes. Y aun cuando sólo exista la posibilidad de que el acusado por injuria haya sido injuriado antes, el tribunal puede declararlo impune en razón del § 199, StGB (BGHSt 10, 373 = JZ 58, 373, con comentario de KERN). Cuando no se puede determinar si, en el momento del hecho, el adolescente tenía todavía el mismo nivel de madurez que un joven o si se trataba del caso contrario, se debe aplicar el Derecho penal de menores (BGHSt 12, 116).

Ciertamente, el principio *in dubio pro reo* no obliga a considerar como irrefutable toda aserción de descargo del acusado, para cuya verdad o falsedad no existe ninguna prueba específica. La convicción del juez sobre la verdad o falsedad de la afirmación del acusado se puede formar a partir del resultado total de la recepción de la prueba, bajo la aplicación del principio de la libre apreciación de la prueba (cf., al respecto, BGH MDR/H 79, 637).

En la actualidad, el Derecho penal material *ya no* posee *presunciones de culpabilidad* que quebranten el principio *in dubio pro reo*. En los casos mencionados como ejemplos de ello, se trata, en realidad, sólo de excepciones aparentes. Así, el § 186, StGB, no contiene una presunción de culpabilidad, aunque la falta de producción de la prueba de la verdad termine perjudicando al acusado; antes bien, esa regulación probatoria resulta de la estructuración del tipo penal como delito de riesgo.

b) Es objeto de controversia si –o hasta qué punto– el principio rige también para *los presupuestos procesales*. En la práctica, se trata de los casos principales, en los que no se puede determinar claramente si un hecho está prescripto o amnistiado, si sobre él ya ha recaído una vez una decisión definitiva o si la instancia de persecución penal ha sido ejercida eficazmente. Si a raíz del desarrollo histórico se concibe al principio *in dubio pro reo* exclusivamente como reverso del principio de culpabilidad, en esos casos se debe condenar; pues la culpa del acusado no es incierta, sino sólo su perseguibilidad (así FEZER, 9/87). Distinto es cuando del principio del Estado de Derecho se deriva el axioma de mayor alcance de que nadie puede ser penado si no es seguro que su hecho (todavía) está sujeto al poder penal estatal. En ese caso, ante la duda, el procedimiento debe ser sobreseído (sobre esto, *infra* § 21, D).

El BGH, abandonando la jurisprudencia precedente, adhirió a esta segunda opinión, digna de aprobación, para el caso de la prescripción[12]. Además, ante la duda sobre la capacidad procesal del acusado, el juicio oral no puede ser realizado (BGH NStZ 84, 520, con explicaciones poco claras sobre la aplicabilidad del principio *in dubio*). No obstante, el BGH destaca expresamente que la validez del principio *in dubio pro reo* no puede ser admitida uniformemente para todos los presupuestos procesales, sino que sobre ellos sólo se puede decidir caso por caso (del mismo mo-

acusado" supuestamente no debe regir para la prueba de la coartada; en contra también STREE, JZ 74, 299, FOTH, NJW 74, 1572 y VOLK, JuS 75, 25; da claridad la sentencia BGH NStZ 83, 422, con comentario de VOLK; BGHSt 36, 286, a favor de la comprobación de la concentración de alcohol en la sangre.

[12] BGHSt 18, 274; asimismo, ante la duda sobre el agotamiento de la acción penal, BayObLG JZ 69, 153; Schleswig StrV 88, 56, y en caso de dudas sobre la tempestividad de la apelación interpuesta por la fiscalía Hamburg NJW 75, 1750, con comentario de FOTH, JR 76, 254.

do, KREY, I, núms. margs. 19 y siguientes). Esta diferenciación, que el BGH todavía no ha hecho efectiva en otros ejemplos, es poco convincente; pues el criterio propio del Estado de Derecho, arriba expuesto, difícilmente admita un trato diferente de los presupuestos procesales[13].

c) En forma distinta que para los presupuestos procesales, según la opinión dominante, el principio *in dubio pro reo no* debe regir para la prueba de *vicios del procedimiento*. Si un acusado funda su recurso de casación en que una declaración le ha sido arrancada por la fuerza a través de apremios (§ 136a), la jurisprudencia decide *contra reum* cuando la violación de la ley no pudo ser comprobada (BGHSt 16, 164). Si esto siempre es correcto (cf. también EB. SCHMIDT, JR 62, 109) parece dudoso al tratarse de la aplicación de reglas del Estado de Derecho; en vista de la importancia que *de lege lata* tiene la libre voluntad de decisión del imputado que presta declaración (cf. art. 1, I, GG) se debe apoyar la aplicación del principio *in dubio pro reo* para violaciones del § 136a (cf. MICHAEL, 1981, 154). También en otros casos, ante serias dudas, es más justo partir de la existencia de una infracción de las reglas del proceso en favor del acusado[14]. Cuando, p. ej., no queda claro si se ha realizado la advertencia necesaria que prevé el § 136 (el acta del interrogatorio no registra nada sobre una advertencia, aunque el funcionario afirma –posiblemente en forma falsa– haber advertido correctamente) se debería partir, en favor del acusado, de la existencia de una violación de las reglas del procedimiento que deriva en una prohibición de valoración (de otra opinión BGH NStZ 97, 609); pues cuando hay buenos motivos para afirmar la invalorabilidad no es justo fundar la condena en un medio de prueba tan dudoso.

d) El principio *in dubio pro reo* tampoco rige para el esclarecimiento *de cuestiones jurídicas dudosas*. "Sólo se refiere a la comprobación de hechos y no es aplicable en el ámbito de la interpretación de la ley..." (BGHSt 14, 73). Por consiguiente, ante la existencia de cuestiones jurídicas controvertidas, el tribunal debe adherirse a la opinión que es menos conveniente para el acusado cuando según los principios de interpretación generales ella aparece como la correcta.

[13] Como aquí EB. SCHMIDT, I, núm. marg. 198 y nota al pie 350; SCHLÜCHTER, núm. marg. 389; detalladamente sobre todo esto SULANKE, 1974; Michael, 1981, 149.

[14] Cf. LEHMANN, 1983; KÜHNE, núm. marg. 575; HAUF, MDR 93, 195; BAUER, wistra 93, 99, quien exige una "probabilidad preponderante" para la existencia de una infracción a las reglas del proceso.

§ 16. Los principios de la forma (oralidad y publicidad) y de celeridad

Bibliografía: *Hanack*, Zur überlangen Dauer von Strafverf., JZ 71, 705; *Herrmann*, Das Versagen des überlieferten Strafprozeßrechts in Monstreverf., ZStW 85 (1973), 255; *Kramer*, Die MRK und die angemessene Dauer von Strafverf. und U-Haft, tesis doctoral, Tübingen, 1973; *Peters*, Beschleunigung des Strafverf. und die Grenzen der Verf.beschleunigung, en: Schreiber (comp.), Strafprozeß und Reform, 1979, 82; *Berz*, Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung des Strafverf., NJW 82, 729; *Schroeder*, Grenzen der Rationalisierung des Strafverf., NJW 83, 137; *Rebmann*, Strafproz. Bewältigung von Großverf., NStZ 84, 241; *Ulsamer*, Art. 6 MRK und die Dauer von Strafverf., Faller-FS, 1984, 373; *Keller/Schmid*, Möglichkeiten einer Verf.beschleunigung in Wirtschaftsstrafsachen, wistra 84, 201; *Gollwitzer*, Gerechtigkeit und Prozeßwirtschaftlichkeit, Kleinknecht-FS, 1985, 147; *Kohlmann*, "Überlange Strafverf." - bekannt, bedenklich, aber nicht zu vermeiden?, Pfeiffer-FS, 1988, 203; *Hillenkamp*, Verf.hindernisse von Verfassung wegen, NJW 89, 2841; *Schroth*, Strafrechtl. und strafproz. Konsequenzen aus der Überlänge von Strafverf., NJW 90, 29; *Roxin*, Die Rspr. des BGH zum Strafverf.recht, en: Jauernig/Roxin, 40 Jahre BGH, 1991, 66; *Scheffler*, Die überlange Dauer von Strafverf., 1991; *Pfeiffer*, Das strafrechtl. Beschleunigungsgebot, Baumann-FS, 1992, 329; *Weiler*, Irreparable Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires rechtsstaatl. Strafverf. als Verf.hindernis?, GA 94, 561; *Wohlers*, Rechtsfolgen prozeßordnungswidriger Untätigkeit von Strafverfolgungsorganen, JR 94, 138; *Imme Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2ª ed., 1995; *Wolfslast*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995; *Barton*, Rechtstatsachen zur Dauer von Strafverfahren und zu deren Gründen, StrV 96, 690; *Huber*, Möglichkeiten der Beschleunigung von Wirtschaftsstrafverfahren, NStZ 96, 530; *Meyer-Goßner/Ströber*, Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen, ZRP 96, 354; *Barton*, Eine selbsterfüllende Prophezeiung: Die zunehmende Dauer von Strafverfahren, Bemmann-FS, 1997, 524; *Garde*, Verfahrensbeschleunigung im Spannungsfeld der Interessen verschiedener Prozeßbeteiligter, DRiZ 97, 251 (Darstellung anhand des dänischen Rechts); *Kempf*, Lange und überlange Strafverfahren..., StrV 97, 208; *Meyer-Goßner/Ströber*, Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen, StrV 97, 212; *Salditt*, Die Entlastungsspirale. Über Theorie und Praxis eines schlanken Strafverfahrens, Bemmann-FS, 1997, 614.

A. Principio de oralidad

Según el *principio de oralidad*, fundamento de una sentencia sólo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. Todo lo que sucede en el proceso, p. ej., el interrogatorio del acusado, la producción de la prueba, los alegatos, debe ser llevado a cabo oralmente (también la deliberación, la votación y el pronunciamiento de la sentencia). En contraposición con el principio escriturista *quod non est in actis, non est in mundo*, lo que no ha sido dicho no es tomado en cuenta, sino que es considerado como no sucedido o no existente. El principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido.

Dado que este principio rige sólo para el juicio oral, será tratado en particular al llegar allí y junto al principio de inmediación, al que está estrechamente emparentado (ver *infra* § 44).

B. Principio de publicidad

El *principio de publicidad*, regulado en la GVG, §§ 169-175, rige sólo para el juicio oral y, por tanto, también debe ser tratado sólo allí (ver *infra* § 45).

C. Principio de celeridad

Tomando en consideración que el proceso penal interviene sensiblemente en el ámbito de derechos de quien, posiblemente, es imputado culpado injustamente y que la calidad de los medios de prueba (a saber, la capacidad de memoria de los testigos) disminuye con el transcurso del tiempo, existe un interés considerable en contar con una *administración de justicia penal rápida*. Por otra parte, el esmero en la investigación no puede resultar muy perjudicado de este modo. Así, p. ej., sólo en casos excepcionales, particularmente sencillos, son admitidos "tribunales rápidos" (§§ 417 y ss.; sobre esto, ver *infra* § 59). En la StPO no está previsto un *principio de celeridad* general, pero se lo deduce de una serie de disposiciones particulares; especialmente la 1. StVRG, como así también las StVÄGe de 1979 y 1987, sirven al objetivo de la aceleración del procedimiento (en particular, ver *infra* § 72, D, I; y 72, E, IV y V).

A este ámbito pertenecen, p. ej., los §§ 115, 128 y s. (el detenido debe ser conducido sin demora ante el juez), 121 (limitación regular de la prisión preventiva a seis meses), 161a, 163a, III (obligación de imputados, testigos y peritos de obedecer las citaciones de la fiscalía), 163, II, 1 (la policía tiene que remitir sus actuaciones a la fiscalía sin demoras) y los §§ 222a, 222b (preclusión de la recusación del tribunal por estar integrado en contravención a la ley).

En las disposiciones sobre el juicio oral se puede reconocer *el principio de concentración*: todo el juicio oral debe ser realizado, en lo posible, de forma continua. Una interrupción puede durar, regularmente, diez días como máximo o hasta treinta como máximo en procedimientos muy prolongados (§ 229, I, II). El pronunciamiento de la sentencia tiene que ser efectuado, a más tardar, el undécimo día posterior a la clausura del juicio (§ 268, III, 2). El transcurso de todos estos plazos se interrumpe, por cierto, en caso de enfermedad del acusado, en procesos de duración prolongada (hasta un máximo de seis semanas; §§ 229, III, y 268, III, 3). Cf. *infra* § 42 C, I, II, 1.

Los plazos de los recursos, breves en comparación con los del proceso civil, contribuyen también a la aceleración del procedimiento. A pesar de todo ello, nuestros procesos penales tienen una duración cada vez mayor. Un motivo básico de ello reside también en que, ante todo, la fijación del término para el debate es frecuentemente aplazada a causa de la inconveniente sobrecarga de tareas de nuestros tribunales. En verdad, se deberá interpretar que el art. 6, I, 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("toda persona tiene derecho a que su causa... sea oída dentro de un plazo razonable...") prohíbe las postergaciones excesivas del juicio. Empero, dado que esa disposición no contiene una sanción para el caso de ser

lesionada, contra los retrasos en los plazos sólo se puede proceder, en la práctica, con la queja para el control del servicio o con una demanda por responsabilidad estatal (en parte de otra opinión KOHLMANN, *Maurach-FS*, 1972, 501).

También la Comisión de Derecho penal de las 60ª Jornadas de los juristas alemanes, de 1994, se ocupó de la aceleración del proceso penal. Pero la idea de que el ofrecimiento de prueba deba ser efectuado ya en el procedimiento intermedio no ha conseguido en dichas Jornadas un apoyo mayoritario, así como tampoco la propuesta de renunciar en gran medida al principio de inmediación. Cf. los detalles en el dictamen de GÖSSEL (un resumen de sus tesis en NJW 94, Anexo al fascículo 25, p. 9), las ponencias de LINDEN, MÜLLER y WEIGEND, como también el resumen de las conclusiones en NJW 94, ps. 3078 y siguientes.

Bibliografía sobre las 60ª Jornadas de los juristas alemanes: *Albrecht*, NJ 94, 396; *Bertram*, NJW 94, 2186; *Bernsmann*, ZRP 94, 329; *Frister*, StrV 94, 445; *Perron*, JZ 94, 823; *Rieß*, NStZ 94, 409; *Schlüchter*, GA 94, 397; *Widmaier*, NStZ 94, 414.

Una propuesta constructiva para la aceleración del proceso penal fue hecha por DENCKER, StrV 94, 503, quien aboga por una constatación simplificada de los hechos que hayan sido considerados "indiscutibles" por las partes. También FEZER, ZStW 106 (1994), 1, 49 y ss., desarrolla reflexiones de reforma conducentes a un proceso judicial simplificado, con un juicio oral en el cual tanto la extensión como la composición de la recepción de la prueba dependan, en gran medida, de la disposición de las partes. Además, la tesis de que nuestro proceso penal dura cada vez más es discutible y su justificación empírica es objetable (más detalladamente MEYER-GOßNER/STRÖBER, ZRP 96, 354; BARTON, StrV 96, 690; BARTON, 1997; contestación de MEYER-GOßNER/STRÖBER, StrV 97, 212; sobre ello cf. también KEMPF, StrV 97, 208; TER VEEN, StrV 97, 274).

Un *impedimento procesal* por la excesiva duración del procedimiento que conduzca al sobreseimiento, como han intentado establecer algunos tribunales estaduales y una parte de la doctrina[1], no ha sido reconocido en la jurisprudencia por mucho tiempo. Ella se apoya en la falta de fundamento legal y en que los retrasos más importantes sirven especialmente a un cuidadoso examen del hecho, como también a la utilización de todos los recursos jurídicos en protección del imputado. Por ello, sólo el legislador podría tomar decisiones vinculantes en el campo de la tensión entre exhaustividad y celeridad del procedimiento penal[2].

Sin embargo, estos argumentos no son concluyentes (cf. Imme ROXIN, 1995, ps. 240 y siguientes); pues bajo el punto de vista de la dilación del procedimiento entran en consideración sólo aquellos retrasos que deben ser atribuidos exclusivamente a la negligencia de las autoridades judiciales. Si, p. ej., los expedientes son paralizados por años sin razón comprensible o sólo porque las autoridades esperaban poder obtener todavía una prueba inexistente, esto lesiona la regla del Estado de Derecho y, por ello, debe tener consecuencias procesales cuando las dilaciones superan la me-

[1] LG Frankfurt JZ 71, 234; LG Krefeld JZ 71, 733; OLG Koblenz, NJW 72, 404; HILLENKAMP, 1989; *idem* JR 75, 133; PETERS, JR 78, 247; ULSENHEIMER, wistra 83, 12; SCHROTH, 1990.

[2] Cf. BGHSt 24, 239; BGH StrV 82, 339; NStZ 83, 135; 89, 283; HANACK, JZ 71, 705 y ss.; SCHÄFER, *LR*, 24ª ed., Int. al Cap. 12, núms. margs. 90 y siguientes.

dida de lo tolerable. Esto ha sido reconocido también por el BVerfG (NStZ 84, 128; StrV 93, 352) para casos extremamente especiales y bajo la apelación al principio del Estado de Derecho (arts. 2, I, y 20, III, GG). Por primera vez también el BGH (E 35, 137) ha declarado que una lesión arbitraria y grave del mandato de celeridad puede conducir a un sobreseimiento del proceso[3]. Sin embargo, el BGH ha rechazado, en principio y desde siempre, la existencia de un impedimento procesal, y para el caso de un procedimiento de duración excesiva, recomienda el sobresemiento según el § 153, II (NStZ 90, 94; 96, 506). Empero, esta solución sólo es un recurso de emergencia, dado que requiere la aprobación de la fiscalía y porque la "culpabilidad disminuida" del autor debe ser deducida de la contrariedad al Estado de Derecho del procedimiento, dándosele una nueva forma de intrepretación al § 153 (cf. ROXIN, 1991, ps. 84 y ss.; SCHEFFLER, 1991, no obstante en lo esencial en la línea del BGH). Antes bien, el BGH (NStZ 97, 451), en conexión con el BVerfG (decisión del 7/3/1997 - 2 BvR 2173/96), exige continuamente que, en el caso de retrasos del procedimiento contrarios al Estado de Derecho, se examine la clase y medida de esas demoras para establecerlas en la sentencia y considerarlas efectivamente en la medición de la pena. Esto deja entrever la consecuencia de que el procedimiento debe ser sobreseído cuando las dilaciones sobrepasen la escala penal del delito (cf. núm. marg. 11).

IMME ROXIN (1995, 2ª ed., 232; a favor SCHROTH, 1990) ha propuesto, como criterio para la determinación de una dilación procesal que justifique un sobreseimiento, tomar en cuenta si la duración dilatada del procedimiento en sí, innecesaria e imputable al Estado, o la prisión preventiva sufrida, alcanzan para abonar la pena prevista para el delito investigado. Este criterio fue seguido por un tribunal de Stuttgart (NStZ 93, 450) con la idea de que, adicionalmente, también debía ser tomada en cuenta una "visión de conjunto de todas las circunstancias del caso particular". Similar también Zweibrücken NStZ 95, 46, que habla de una destacada "tendencia de los OLG de extraer de consideraciones relativas al Estado de Derecho la clausura del procedimeinto bajo determinados requisitos".

Además, se debe observar que las *medidas procesales de coerción*, que están establecidas bajo el mandato del principio de proporcionalidad (como, p. ej., la prisión preventiva, incluso en la suspensión de su ejecución, BVerfG NJW 80, 1448), pueden resultar inadmisibles en el caso concreto de que sea lesionado el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable (cf. Stuttgart JZ 74, 268). Lo mismo rige para el mantenimiento de una orden de prisión dictada según el § 116 (cf. BVerfGE 53, 152, caso en el cual la orden de prisión había estado vigente durante más de doce años). Si la administración de justicia es culpable por el retraso del procedimiento, entonces puede ser exigido, con base en el principio del Estado de Derecho, sobreseer de acuerdo con los §§ 153-154a, prescindir de la pena, amonestar con reserva de pena o suspender la ejecución de la pena (BVerfG NStZ 84, 128). Empero, una *amonestación con reserva de pena* (§ 59 StGB) resultará improcedente cuando falten sus presupuestos *jurídicos-materiales* (BGHSt 27, 274; con reseña crítica de PETERS, JR 78, 247). Más allá de ello, en la *individualización judicial de la pena*, la duración exorbitante del procedimiento debe ser considerada, debido a las consecuencias desfavorables que provoca para el afectado, bajo las perspectivas de la impresionabilidad y sensibilidad de la pena (BGHSt 24, 239; BGH StrV 92, 452; con reseña de SCHEFFLER, StrV 93, 568). WOHLERS (1994) pretende conferir un derecho de responsabilidad estatal por los retrasos del procedimiento producidos en infracción de las reglas procesales. WOLESLAST, 1995, 259 y ss., se pronuncia contra una solución "global" de los casos a través de la individualización judicial de la pena; ella opina que el Estado puede perder su pretensión penal por comportamientos abusivos del Derecho y que, con ello, surge una prohibición de continuar con el procedimiento.

[3] Asimismo, LG Düsseldorf NStZ 88, 427; Zweibrücken StrV 89, 51; LG Berlin JZ 92, 159; caso "Schmücker", sobre esto SCHEFFLER, JZ 92, 131; Stuttgart NStZ 93, 450; LG Bad Kreuznach NJW 93, 1725 y OLG Koblenz NJW 94, 1887, los que, sin embargo, en el mismo caso llegaron a resultados distintos (sobre esto VOGELGESANG, NJW 94, 1845); Pfeiffer, 1992. Sobre ello también OLG Düsseldorf StrV 95, 400, con comentario de BAUSCHULTE/DREES.

Capítulo 3
La posición jurídica de los sujetos del proceso

§ 17. La estructura del proceso penal alemán

Bibliografía: *Eb. Schmidt*, Probleme der Struktur des Strafverf. unter rechtsstaatl. Gesichtspunkten, DRiZ 59, 16; *Hirschberg*, Das amerikan. und das deutsche Strafverf. in rechtsvergleichender Sicht, 1963; *J. Meyer*, Dialektik im Strafprozeß, 1965; *Küper*, Die Richteridee der StPO und ihre geschichtl. Grundlagen, 1967; *Eb. Schmidt*, Der Strafprozeß - Aktuelles und Zeitloses, NJW 69, 1137; *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikan. Strafverf., 1971.

A. Los sujetos del proceso

Los sujetos del procedimiento, quienes representan la cara visible del proceso penal alemán, son el imputado y su defensor, la fiscalía, el tribunal y el ofendido. Se habla de esas personas como de los *sujetos del proceso* porque ellas disponen siempre de derechos autónomos en el procedimiento. De ellos, el imputado y su defensor serán tratados en los dos parágrafos siguientes; la fiscalía, con sus órganos auxiliares, ha sido tratada arriba detalladamente (en el § 10). El ofendido, cuya posición sólo en los últimos años se ha colocado en el centro del interés científico (cf. *infra* comentario previo al § 61), es tratado en un libro particular de la StPO (Libro quinto, *infra* §§ 61 y ss.), pero también en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (bajo el § 39) y en otros contextos distintos (más detalladamente Rieß, Jura 87, 281). Finalmente, los fundamentos del Derecho constitucional y sus manifestaciones judiciales son expuestos en un manual sobre el Derecho de la organización judicial (leer: Wolf, §§ 15-23). En ese punto no se trata de una consideración tan aislada de los intervinientes individuales en el proceso, sino de la posición de unos respecto a la de los otros, de significado decisivo para la estructura y para el desenvolvimiento del proceso penal.

B. Proceso inquisitivo y proceso de partes

Para comprender la estructura de nuestro procedimiento penal, que resulta de la actuación conjunta de los sujetos del proceso, es bueno tener presente las dos posibilidades de configuración extremas que históricamente encontraron su expresión en el antiguo proceso inquisitivo alemán y en el procedimiento angloamericano.

1. El *proceso inquisitivo* de Derecho común se basa en el principio de que la investigación de la verdad está en manos del juez: él reúne, desde el principio, el material probatorio, interroga al imputado, dirige el juicio y dicta la sentencia. En este tipo de proceso no se requiere una fiscalía,

porque el juez asume sus funciones junto con las propias. La ventaja de tal modelo reside en que el juez, debido a su dominio exclusivo sobre el procedimiento, se puede informar detalladamente. Su desventaja fatal resulta de que la unión de dos papeles procesales (el del perseguidor penal y el del sentenciador) en la persona de un juez significa una sobreexigencia psicológica: el que por sí mismo ha reunido el material de cargo, por lo general, ya no resulta tan imparcial frente al resultado de la investigación como es indispensable para dictar una sentencia fundada en valoraciones equitativas.

2. El *proceso penal inglés* en su forma clásica (ver en particular *infra* § 73, A) evita este dilema por medio de la conformación del proceso penal como un procedimiento de partes. El interés estatal en la persecución penal es salvaguardado por el representante de la acusación, los intereses del imputado los representa el defensor: ambos realizan, en lo esencial, los interrogatorios del acusado y de los testigos, y, por cierto, en especial, a través del interrogatorio cruzado, característico del proceso penal inglés. Por consiguiente, las partes ejercen el dominio del procedimiento y pueden también (así como en el proceso civil alemán) disponer del objeto del proceso por medio del desistimiento de la acusación o de la declaración de culpabilidad por parte del acusado. El juez no reúne los fundamentos de la sentencia a través de medidas de investigación propias, sino que dirige el juicio –p. ej., por medio de la admisión o rechazo de preguntas– sólo como una especie de árbitro imparcial, que finalmente dicta la sentencia junto con el jurado sobre la base de los elementos de cargo y de descargo reunidos por las "partes". Se habla aquí de un "*proceso acusatorio puro*" porque sólo los hechos alegados por la acusación pueden conducir a una condena.

C. Tipo de proceso autónomo

El *proceso penal alemán*, cuya estructura básica predomina en el continente europeo y que está influenciado de diversas maneras, principalmente por el Derecho francés (cf. *infra* §§ 70, C, y 73, B), combina principios del proceso inquisitivo con los del procedimiento acusatorio puro. Coincide con el procedimiento acusatorio puro en que las actividades de persecución penal y de juzgamiento están repartidas en dos autoridades independientes (fiscalía y tribunal), en que el tribunal que conoce se mantiene apartado de todas las actividades de investigación en el procedimiento preparatorio y en que la apertura de la cognición jurisdiccional está condicionada al ejercicio de la acción (§ 151; sobre el principio acusatorio ver en especial *supra* § 13). Sin embargo, conserva rasgos del proceso inquisitivo, p. ej., cuando después de la interposición de la acción pública el señorío del procedimiento pasa al juez, él –ya sea en el procedimiento intermedio o en el debate– no sólo realiza los interrogatorios, sino que produce bajo su propia responsabilidad todas las pruebas que sirven para la declaración de culpabilidad o para el descargo del imputado. En ello reside también el motivo más profundo de por qué el interrogatorio cruzado, que teóricamente está admitido por la StPO (§ 239), en la práctica no ha alcanzado significado alguno. Por consiguiente, en el Derecho procesal alemán rige el principio de investigación, del que ya hemos hablado *supra* (§ 15 A), que excluye, desde un comienzo, que la fiscalía y la defensa dispongan sobre la materia procesal. De manera distinta a aquello que sucede en el Derecho inglés, tampoco se puede calificar al proceso penal alemán como "proceso contradictorio de partes". Una caracterización semejante sería incorrecta no sólo porque no son las "partes" las que dominan el proceso en las etapas decisivas, sino, sobre todo, porque la fiscalía alemana no está limitada al papel de acusador de cargo, sino que está obligada a la imparcialidad en virtud de la ley y también a la averiguación de las circunstancias de descargo (§ 160, II; respecto a ello, con más detalle ya *supra* § 10, A, III). Por ello, en el Derecho procesal penal alemán no se debería utilizar, en principio, el concepto de "parte" –tampoco en un sentido únicamente "formal", pues, posiblemente cree sólo confusión– (como aquí EB. SCHMIDT, *Kolleg*, § 8, y sobre todo HENKEL, § 24, cuya polémica detallada con el concepto de parte debería ser consultada).

Si se quiere caracterizar resumidamente la estructura, aquí esbozada, de nuestro proceso penal, cuyas repercusiones determinan todos los estadios del procedimiento, se puede hablar de un "*procedimiento acusatorio con principio de investigación*" que, como tipo de proceso autónomo, debe ser diferenciado del procedimiento inquisitivo de Derecho común, así como del procedimiento acusatorio puro.

§ 18. La posición del imputado en el procedimiento penal

Bibliografía: *Schulz*, Die Rechte des Angekl. im Strafverf., 1953; *Dahs jr.*, Das rechtl. Gehör im Strafprozeß, 1965; *Rüping*, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuld. und Angekl., JR 74, 135; *idem*, Der Grundsatz des rechtl. Gehörs und seine Bedeutung im Strafverf., 1976; *Rieß*, Der Beschuld. als Subjekt des Strafverf. en Entwicklung und Reform der StPO, en FS: ‚Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz', 1977, 373; *Montenbruck*, "Entlassung aus der Zeugenrolle" - Versuch einer Fortentwicklung der materiellen Beschuld.theorie, ZStW 89 (1977), 878; *Gielring*, Rechte des Beschuld., Handlungskompetenz und kompensatorische Strafverfolgung, en: Hassemer/Lüderssen (comp.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, III, Strafrecht, 1978, 181; *Müller-Dietz*, Die Stellung des Beschuld. im Strafprozeß, ZStW 93 (1981), 1177; *Frohn*, Rechtl. Gehör und richterl. Entscheidung, 1989; *Eser*, Rechtsstellung des Beschuld. im Strafprozeß der BRD, en: Eser/Kaiser (comp.), Deutsch-ungar. Kolloquium über Strafrecht u. Kriminologie, 1990, 147; *Schneider*, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, 1991; *Seiler*, Die Stellung des Beschuldigten im österreichischen Anklageprozeß, 1996; *Weigend*, Der Schutz der Selbstbestimmung des Beschuldigten bei seiner Vernehmung im Strafverfahren, en: Leipold y otros (comps.), Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht, 1997, 149.

Por lo demás, ver las indicaciones bibliográficas del § 25.

A. El imputado como sujeto del proceso

El imputado es *objeto* de la coacción estatal *en tanto* debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas, contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal (como, p. ej., la prisión preventiva o la extracción de una prueba de sangre; cf. sobre esto el Capítulo 6 de este libro). En este sentido, él es también medio de prueba (p. ej., como objeto de exámenes; al respecto, con más detalles *infra* § 25). Durante mucho tiempo, en el proceso inquisitivo de Derecho común, su posición casi se limitó a ese papel de objeto, es decir, el imputado era puesto en manos de la intervención de la persecución penal estatal, prácticamente indefenso. Sólo con la irrupción del pensamiento liberal en el proceso penal reformado del siglo XIX (sobre esto, con más detalles *infra* § 70, C) se abre paso paulatinamente la idea de que el imputado también, y ante todo, debe ser reconocido como un *sujeto procesal* dotado de derechos autónomos en el proceso. En la actualidad, la situación del imputado como sujeto del proceso está organizada legalmente hasta el detalle por una gran cantidad de derechos (a veces incluso garantizados en la GG)[1].

B. Derechos del imputado

La siguiente síntesis distingue entre los derechos que el imputado posee en el proceso penal como sujeto activo (I) y como sujeto pasivo (II). Si en un caso particular –y bajo qué condiciones– es posible la renuncia del imputado a determinados derechos procesales, y si esa renuncia puede ser aceptada, es objeto de una casuística extensa, dogmáticamente aún poco clarificada (con mayores detalles BOHNERT, NStZ 83, 344).

I. Derechos activos de intervención

El más importante de ellos es el derecho a ser oído conforme a la ley (1). Más allá de ello, encontramos una escala especializada y extensa de otros derechos procesales (2).

1. El derecho a *ser oído conforme a la ley* ante el tribunal está garantizado como derecho fundamental en el art. 103, I, GG, y también está contenido en el art. 6, MRK. De acuerdo con ello, las decisiones judiciales sólo pueden basarse en aquellos hechos y elementos de prueba sobre los cuales se les haya ofrecido a las partes la oportunidad de tomar posición (BVerfGE 6, 12; 7, 278; BGHSt 26, 332).

[1] SEILER, 1996, ofrece una síntesis excelente sobre la posición del imputado en el procedimiento penal austríaco, cuyos problemas coinciden, en parte, con los del proceso penal alemán.

a) El derecho a ser oído en el procedimiento penal está garantizado en general –y no sólo para el imputado– por el § 33, I-III. El § 33a (análogo al § 311a) posibilita una audiencia posterior simplificada cuando un auto que ya no es impugnable por medio de recursos fue dictado con inobservancia del derecho a ser oído (cf. BVerfGE 42, 243, 250).

b) Más allá del art. 103, I, GG, en la StPO el derecho a ser oído está reconocido también para la fiscalía, como realización del principio del Estado de Derecho (§ 163a).

c) En el procedimiento preliminar y en el intermedio, el derecho a ser oído conforme a la ley está garantizado por los §§ 115, 118 y 128 al aprehendido o al detenido, por el § 175 al imputado en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública y, especialmente importante, por el § 201 antes de la decisión sobre el auto de apertura.

d) En el juicio oral la StPO concreta el art. 103, I, GG, en los §§ 243, II y IV (el acusado se puede expresar sobre sus condiciones personales o sobre el hecho), y 257/258 (puede hacer aclaraciones en todo momento y tiene la última palabra; sobre ello BVerfGE 54, 140). Además, ante toda modificación de la calificación jurídica se debe dar al acusado oportunidad para la defensa, advirtiéndole esa circunstancia (§ 265).

e) En el procedimiento recursivo, el derecho a ser oído conforme a la ley está garantizado por los §§ 308, I, 311, III, 311a, 324, II, 326, 350 y 351, II.

f) En principio, el derecho a ser oído por el juez debe ser concedido *antes* de la decisión. Existen excepciones, por un lado, para el procedimiento por mandato penal (§ 407, III), porque en este procedimiento sumario se considera que el imputado está suficientemente protegido por la posibilidad de objetar (§ 410). Además, la audiencia anterior no es necesaria cuando, de ese modo, se pondría en peligro la finalidad de una medida de investigación que promete tener éxito sólo en caso de sorpresa (§ 33, IV; ya antes de su introducción el BVerfGE 9, 89, lo declaró constitucional en el caso de una orden de prisión). Se trata aquí de una limitación del derecho a ser oído conforme a la ley que reside en la naturaleza de las cosas y que, desde luego, debe ser concedido posteriormente (ver § 115).

g) El derecho a ser oído conforme a la ley, más allá de la posibilidad de declarar con respecto a los hechos, otorga también la facultad de someter planteamientos jurídicos a decisión del tribunal (opinión dominante, ver BVerfGE 12, 110; BayVerfGH JZ 63, 63; M/D/SCHMIDT-ABMANN, GG, art. 103, I, núm. marg. 66, 85-89).

h) El art. 103, I, GG, garantiza únicamente la *oportunidad* de ser oído conforme a la ley; si el imputado, por su culpa, no hace uso de ella (al respecto, BGHSt 13, 123), se ha cumplido no obstante con el mandato constitucional y él debe soportar las desventajas procesales así producidas, sin derecho a una nueva audiencia.

i) El imputado debe ser oído oportunamente, de modo tal que su toma de posición pueda ser considerada todavía en la formación final de la convicción del tribunal. Sin embargo, según la opinión dominante, no es preciso que sea interrogado con tanta anticipación como para que todavía pueda recordar los acontecimientos importantes para la decisión (numerosas informaciones en SAX, *KMR*, 7ª ed., Int. a XI, núm. marg. 16).

2. Los *otros derechos procesales* están desarrollados aún de forma relativamente limitada y débil en el procedimiento preliminar. Por el contrario, en el procedimiento intermedio y en el procedimiento principal están desarrollados en abundancia y de diversas maneras. En particular, deben ser mencionados:

a) el derecho a la elección de un defensor en cualquier estado del procedimiento (§ 137); a tal efecto cuenta también el derecho al nombramiento de un defensor necesario (§ 140), sin embargo, con frecuencia, sólo a partir de un estado más avanzado del procedimiento (cf. § 141, e *infra* § 19, B);

b) el derecho a estar presente en la recepción de la prueba, que en el procedimiento preliminar sólo ha sido garantizado restrictivamente, aunque en el caso de recepciones de prueba judiciales ha sido ampliado por la 1. StVRG (cf. §§ 168c y d; ver *infra* § 24, D, IV, 1, a, dd); actualmente, el

§ 168e produce una limitación al derecho de presenciar una declaración en forma directa. Sobre el interrogatorio de testigos por comisión y sobre la realización de una inspección ocular durante la preparación del juicio oral ver §§ 223-225;

c) el derecho a proponer la recepción de medios de prueba particulares después de la promoción de la acusación (§ 201);

d) el derecho a recusar al juez o a los ayudantes del juez (§§ 24 y 31); cf. sobre ello *supra* § 9, II;

e) el derecho a la suspensión del juicio oral en caso de falta de observación del plazo de citación (§ 217, II), cf. *infra* § 41, A;

f) el derecho a estar presente en el juicio oral (§ 230), cf. *infra* § 42, F;

g) el derecho a presentar requerimientos de prueba (§§ 219 y 244-246), cf. *infra* § 43, B y C; a ello pertenece también el derecho a la citación directa de testigos y peritos por el acusado (§ 220), ver *infra* § 41, B, II;

h) el derecho a formular preguntas a los testigos y peritos (§ 240, II);

i) el derecho a interponer recursos (§ 296), ver *infra* § 51, B, II.

Sin embargo, hay que tener presente que, con frecuencia, la StPO regula obligaciones de hacer sin determinar visiblemente el derecho de obrar correspondiente de otros intervinientes. Así, el § 201, desde el texto legal, fundamenta sólo la obligación del presidente del tribunal de comunicar la acusación al procesado. En los hechos, se trata también en este caso de un derecho de actuar procesalmente del imputado (al respecto HENKEL, 238 y siguiente);

j) el derecho a la consulta gratuita de un intérprete cuando el acusado no entiende el idioma procesal del tribunal o no se puede expresar en él (art. 6, III, e, MRK; cf. EKMR NJW 78, 447); con mayores detalles sobre ello, *infra* § 22, B, II, 3, a.

k) Si el derecho amplio de defensa de un funcionario imputado sufre menoscabo por una limitación administrativa de su permiso para declarar, existiría una lesión al art. 1, I, GG, cuando el derecho de defensa es "afectado en su esencia" (BGHSt 36, 44, 48, con comentario de SALDITT, NStZ 89, 332); en ese caso, el procedimiento debe ser sobreseído. Por el contrario, si el derecho de defensa sólo es "afectado marginalmente", se debe permitir la ponderación y, dado el caso, su limitación frente a la defensa de objetivos constitucionales de mucho más peso y que necesitan el mantenimiento del secreto para su cumplimiento (BGHSt 36, 48 y siguiente).

II. Derechos pasivos de intervención

Además, en cuanto el imputado es un mero *sujeto pasivo*, su posición jurídica está dotada de numerosas protecciones.

1. En efecto, entra en consideración como medio de prueba, pero con ese motivo no se puede atentar contra su autonomía personal. Por ello, él puede abstenerse de efectuar toda declaración sobre el hecho (§§ 136, I, 2 y 3; 163a, III, 2, y IV, 2) y sus declaraciones sólo pueden ser valoradas si se han efectuado sin emplear fuerza ni engaño (§§ 136a; 163a, III y IV). Sobre ello, detalladamente, *infra* § 25.

2. Aun cuando él sea objeto de la coacción estatal (en caso de detención, secuestro y exámenes corporales) se debe salvaguardar la dignidad de su persona (art. 1, GG) y se debe observar el principio de proporcionalidad (cf. BVerfGE 16, 194 y 17, 108). Además, él siempre está obligado únicamente a tolerar las medidas coercitivas y nunca a colaborar activamente para su realización (KG NJW 79, 1668). Su esfera de libertad está protegida en general por los arts. 2, 10, 13 y 104, GG, cuyas barreras de garantía están concretadas en la StPO, conforme a la Constitución (ver, en particular, *infra* Capítulo 6).

C. La protección de los derechos personalísimos

Bibliografía: *Lampe*, Der Straftäter als Person der Zeitgeschichte, NJW 73, 217; *Fraube*, Die Bildberichterstattung über den Angekl. und der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverf., 1978; *v. Becker*, Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien, 1979; *Bornkamm*, Pressefreiheit und Fairneß des Strafverf., 1980; *Marxen*, Medienfreiheit und Unschuldsvermutung, GA 80, 365; *Ostendorf*, Die öffentl. Identifizierung von Beschuldigten durch die Strafverfolgungsbehörden als Straftat, GA 80, 365; *Bottke*, Strafprozessuale Rechtsprobleme massenmedialer Fahndung, ZStW 93 (1981), 425; *Kerscher*, Gerichtsberichterstattung und Persönlichkeitsschutz, 1982; *Kotz*, Strafrecht und Medien, NStZ 82, 14; *Zielemann*, Der Tatverdächtige als Person der Zeitgeschichte, 1982; *Rüping*, Strafverf. als Sensation, Dünnebier-FS, 1982, 391; *Bornkamm*, Die Berichterstattung über schwebende Strafverf. und das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten, NStZ 83, 102; *Höh*, Strafrechtl. Anonymitätsschutz des Beschuldigten vor öffentl. Identifizierung durch den StA, tesis doctoral, Bonn, 1985; *Wente*, Persönlichkeitsschutz und Informationsrecht der Öffentlichkeit im Strafverf., StrV 88, 216; *Gerasch*, Prozeßwirklichkeit und Gerichtsberichterstattung, 1995; *Hamm*, Große Strafprozesse und die Macht der Medien, 1997; *Dölling* y otros, Kriminalberichterstattung in der Tagespresse, 1998.

Los *derechos personalísimos* del imputado también deben ser observados por la prensa, la radio y la televisión. En general, se impone que en cada caso particular se deba efectuar una justa ponderación, orientada por el principio de proporcionalidad, entre los derechos personalísimos del autor punible (arts. 1 y 2, I, GG) y la libertad de información periodística. Ante todo, de los §§ 22-24, KUG, no resulta ningún derecho absoluto de informar. En particular, se debe diferenciar (LAMPE, NJW 73, 217; OSTENDORF, GA 80, 445; BORNKAMM, NStZ 83, 102):

Antes de la condena se debe tener presente la presunción de inocencia del art. 6, II, MRK. Conforme a ella, son inadmisibles la información con mención del nombre, una imagen u otros datos que permitan la identificación (cf. Braunschweig NJW 75, 651 y nº 23, RiStBV). Ello rige también cuando la información está al servicio de fines de búsqueda; ellos pueden ser perseguidos sólo dentro del marco del § 131 (sobre la problemática del programa de televisión "Aktenzeichen XY-ungelöst" –"Expediente nº XY, sin resolver"–, cf. *infra* § 32, C). Aun cuando se haya abierto contra el imputado el procedimiento principal, no se puede deducir del § 169, 1ª frase, GVG, además, la facultad de la prensa de informar al público en gene-

ral sobre todos los detalles. Sólo en el caso de delitos importantes para la historia contemporánea existe, de forma análoga al § 23, I, 1, KUG, una excepción a la regla del anonimato.

Después de la condena, en concordancia con el BVerfG, hay que diferenciar también desde la perspectiva temporal: en caso de informaciones actuales sobre hechos punibles graves, en general, merece la prioridad el interés de información de la opinión pública frente a la protección de la identidad del autor penal. Pero también aquí la información debe respetar el "ámbito de la vida más íntimo e inviolable"; por ello, las menciones del nombre u otros datos que revelen la identidad del autor penal "no siempre" son admisibles. En cambio, la descripción de un hecho punible que data ya desde hace tiempo es inadmisible cuando afecta al autor renovada y adicionalmente y, así, pone en peligro su resocialización. Éste es el caso, p. ej., cuando después del cumplimiento de la ejecución de la pena en un documental de televisión se exhibe, al comenzar, una fotografía del autor y a lo largo del programa es mencionado una y otra vez por su nombre (sentencia "Lebach", BVerfGE 35, 202; sobre esto, en general, HOFFMANN-RIEM, JZ 75, 469).

Las lesiones a los derechos personalísimos por medio de la prensa pueden ser resistidos con una medida de no innovar según los §§ 823, I, y 1004, BGB (dado el caso, a través de una disposición provisional) y con la acción de reparación de los daños (BORNKAMM, NStZ 83, 107). Contra informaciones de prensa análogas de la fiscalía se puede proceder conforme a los §§ 23 y ss., EGGVG (Koblenz StrV 87, 430; Hamm NStZ 95, 412), y, dado el caso, conforme al § 839, BGB. En cambio, el BVerwG (NStZ 88, 513; NJW 92, 62) considera procedente la vía jurídica administrativa.

La prohibición, contenida en el § 353d, nº 3, StGB, de hacer públicas las acusaciones y otros documentos oficiales de un procedimiento penal o de un procedimiento para la aplicación de una multa, antes de su discusión en juicio público o antes del cierre del procedimiento, sirve, en primer término, a la protección de la serenidad de los intervinientes en ese procedimiento y, con ello, sólo indirectamente, también a la protección de los derechos personalísimos del imputado. Sin embargo, de esa *prohibición de publicidad* no se puede deducir, como tampoco del § 22 y ss., KUG, o del § 169, 1ª frase, GVG, la facultad ilimitada de difusión de la prensa durante y después del juicio, dado que la protección de la identidad del imputado (prescindiendo de acontecimientos significativos de la época), regularmente, merece ya la prioridad según el Derecho constitucional frente a la necesidad de información de la opinión pública (KERSCHER, 293). Cf., también, el § 353d, nº 1 y 2, StGB, y § 174, III, GVG. Sobre la crítica del ineficaz § 353d, nº 3, StGB, TÖBBENS, GA 83, 97.

La cuestión de si es conveniente regular de modo más preciso los derechos y obligaciones de los medios, y, así, mejorar la protección jurídica del particular, fue objeto de las 58ª Jornadas de los juristas alemanes de 1990, con un informe de STÜRNER y ponencias de HERRMANN y WENZEL. Las conclusiones están publicadas en NJW 90, 2991 y siguiente. En cuanto al problema del prejuzgamiento a través de los medios que, sin embargo, no sólo afecta los derechos personalísimos del imputado, sino también la imparcialidad del tribunal, cf. *supra* § 9, III, así como ROXIN, NStZ 91, 153.

§ 19. Defensor y asistentes

Bibliografía: *v. Liszt*, Die Stellung der Vert. in Strafsachen, DJZ 1901, 178; *Gallas*, Grenzen zulässiger Vert. im Strafprozeß, ZStW 53 (1934), 256; *Lukanow*, Der Mißbrauch der Vert.stellung im englischen und deutschen Strafprozeß, 1953; *Dahs/v. Stackelberg*, Der Anwalt im Strafprozeß (Referate für den 30. Deutschen Anwaltstag), AnwBl 59, 171, 190 (con discusión 204); *Ackermann*, Zur Verschwiegenheit des RA in Strafsachen, DJT-FS, 1960, t. I, 479; *Güde*, Die Vert. aus der Sicht der Anklage, AnwBl 61, 3; *Ullers*, Der Strafvert., 1962; *Krattinger*, Die Strafvert. im Vorverf. im deutschen, französischen und englischen Strafprozeß und ihre Reform, 1964; *Schorn*, Der Strafvert., 1966; *Eb. Schmidt*, Rechte und Pflichten, Funktionen und Konflikte des Strafvert., JZ 69, 316; *Welp*, Die Geheimsphäre des Vert. in ihren strafproz. Funktionen, Gallas-FS, 1973, 391; *Knapp*, Der Vert. - ein Organ der Rechtspflege?, 1974; *Halm*, Die notwendige Vert. im Strafprozeß, 1975; *Weber*, Der Mißbrauch proz. Rechte im Strafverf., GA 75, 290; *Ulsenheimer*, Zur Regelung des Vert.ausschlusses in § 138a-d, 146 n. F. StPO, GA 75, 103; *Grünwald*, Die Strafprozeßreform - Sicherung oder Abbau des Rechtsstaats?, Vorgänge 18, 1975, 36; *Dahs*, Das "Anti-Terroristen-Gesetz" - eine Niederlage des Rechtsstaats, NJW 76, 2145; *Dünnebier*, Ausschließung von Vert. und Beschränkung der Vert., NJW 76, 1; *Schneider*, Der RA, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, 1976; *Dahs*, Wehrhafter Rechtsstaat und freie Verteidigung - ein Widerspruch?, ZRP 77, 164; *Hanack*, Aktuelle Probleme der Strafvert. in der BRD, H. Schultz-FG, 1977, 399; *Jescheck*, Die Ausschließung des Strafvert. in rechtsvergl. Sicht, Dreher-FS, 1977, 793; *Schneider*, Verfassungsrechtl. Grundlagen des Anwaltsberufs, NJW 77, 873; *v. Winterfeld*, Staatsschutz und Rechtsstaat im Konfliktsfeld des Vert., Schmidt-Leichner-FS, 1977, 219; *Zoebe*, Die Kunst, Ambivalenzen im Strafprozeß zu vermeiden, *ibidem*, 229; *Welp*, Der Vert. als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90 (1978), 101; *idem*, Die Rechtsstellung des Strafvert., *ibidem*, 804; *Ostendorf*, Strafvereitelung durch Strafvert., NJW 78, 1345; *Arbeitskreis Strafprozeßreform*, Die Vert., Gesetzentwurf mit Begründung, 1979 (recensión crítica de Hanack, ZStW 93 [1981], 559); *Beulke*, Wohin treibt die Reform der Strafvert.?, en: Schreiber (comp.), Strafprozeß und Reform, 1979, 30; *Gössel* und *Herrmann*, Vert.beschränkungen in Terroristenverf., en: Rechtsstaat in der Bewährung, t. 7 (1979), 19 y 37; *Holtfort* (comp.), Strafvert. als Interessenvertreter, 1979; *Krekeler*, Durchsuchung des Vert. beim Betreten des Gerichtsgebäudes, NJW 79, 185; *Seelmann*, Die Ausschließung des Vert., NJW 79, 1128; *Beulke*, Der Vert. im Strafverf., 1980; *Rieß*, Der Ausschluß des Vert. in der Rechtswirklichkeit, NStZ 81, 328; *Haffke*, Zwangsvert. - notwendige Vert. - Pflichtvert., StrV 81, 471; *Ernesti*, Grenzen anwaltl. Interessenvertretung im Ermittlungsverf., JR 82, 221; *Gössel*, Die Stellung des Vert. im rechtsstaatl. Strafverf., ZStW 94 (1982), 5; *Jolmes*, Der Vert. im deutschen und österr. Strafprozeß, 1982; *Lüderssen*, Wie abhängig ist der Strafvert. usw., Dünnebier-FS, 1982, 263; *Kaiser*, Die Vert.vollmacht und ihre Tücken, NJW 82, 1367; *Mützelburg*, Über Vert. im Verständnis der Vert., Dünnebier-FS, 1982, 277; *Temming*, Der Vert. als (modifiziertes) Organ der Rechtspflege, StrV 82, 539; *Wassmann*, Strafvert. und Strafvereitelung, tesis doctoral, Hamburg, 1982; *Dahs*, Hdb. des Strafvert., 5ª ed., 1983; *Krekeler*, Probleme der Vert. in Wirtschaftsstrafsachen, wistra 83, 43; *Bottke*, Wahrheitspflicht des Vert., ZStW 96 (1984), 726; *Gerlach*, Der Vert. in Bagatellverf. - Ein überflüssiges Organ der Rechtspflege?, Peters-FG II, 1984, 153; *Hamm*, Wert und Möglichkeiten der "Früherkennung" richterl. Beweiswürdigung durch den Strafvert., *ibidem*, 169; *Heinicke*, Der Beschuldigte und sein Vert., 1984; *Pfeiffer*, Zulässiges und unzulässiges Vert.handeln, DRiZ 84, 341; *Quedenfeld*, Beweisantrag und Vert. usw., Peters-FG II, 1984, 215; *Rückel*, Die Notwendigkeit eigener Ermittlungen des Strafvert., *ibidem*, 265; *Wasserburg*, Strafvert. und Zeugenschutz, *ibidem*, 285; *Welp*, Probleme des Ak-

teneinsichtsrechts, *ibidem*, 309; *Dahs*, Zur Vert. im Ermittlungsverf., NJW 85, 113; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Pflichtvert. und Rechtsstaat (artículos), 1985; *Groh*, Zum Recht des Strafvert. auf Einsichtnahme in staatsanwaltsch. Ermittlungsakten, DRiZ 85, 52; *Wessing*, Die Kommunikation des Vert. mit seinem Mandanten, tesis doctoral, Köln, 1985; *Molketin*, Die Schutzfunktion des § 140 II StPO zugunsten des Beschuldigten im Strafverf., 1985; *Lüderssen*, Die Pflichtvert., NJW 86, 2742; *Welp*, Rechtsschutz gegen verweigerte Akteneinsicht, StrV 86, 446; *Beulke*, Überwachung des Fernsprechanschlusses eines Vert., Jura 86, 642; *Weider*, Pflichtvert.bestellung im Ermittlungsverf. und Opferschutzgesetz, StrV 87, 317; *Schröter*, Der Hochschullehrer als Strafvert., tesis doctoral, Regensburg, 1987; *Heim* y otros, Vert. und Strafverf. (Rechtsvergl. m. Österr. u. Schweiz), StrV 87, 74; *Schroeder*, Formelle und materielle Vert., NJW 87, 301; *Barton*, Strafvert. und Kriminaltechnik, StrV 88, 124; *Bringewat*, Bewährungshilfe und Strafvert.: ein Rollenkonflikt?, MDR 88, 617; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Die Vert. in der Hauptverhandlung usw. (artículos), 1988; *Dünnebier*, Über Änderungen im Recht der Vert., Pfeiffer-FS, 1988, 265; *Rückel*, Strafvert. und Zeugenbeweis, 1988; *Beulke*, Die Strafbarkeit des Vert., 1989; *Jungfer*, Strafvert. und Detektiv, StrV 89, 495; *Krauß*, Sicherheitsstaat und Strafvert., StrV 89, 315; *Krekeler*, Strafrechtl. Grenzen der Vert., NStZ 89, 146; *Liemersdorf*, Grenzziehung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten eines Strafvert. im Umgang mit seinem Mandanten, MDR 89, 204; *Löchner*, Polit. Vert. in Verf. gegen terrorist. Gewalttäter, Rebmann-FS, 1989, 303; *Molketin*, "Erschleichen" der Pflichtvert.?, MDR 89, 503; *Mehle*, Strafvereitelung durch Wahrnehmung proz. Rechte?, Koch-FG, 1989, 179; *Parigger*, Die Ausschließung des Strafvert. de lege lata - de lege ferenda, *ibidem*, 199; *Müller*, Strafvert. im Überblick, 1989; *Yamamoto*, Die Strafvert. in Japan, ZStW 101 (1989), 961; *Dahs*, Taschenbuch des Strafvert., 4ª ed., 1990; *Fezer*, Zur Struktur des Ausschließungsverf. gem. §§ 138a y ss. StPO, Meyer-GS, 1990, 81; *Günther*, Strafvert. - Eine Einführung, 2ª ed., 1990; *Hammerstein*, Vert. und Moralität, NStZ 90, 261; *Jung*, Strafvert. in Europa, StrV 90, 509; *Milzer*, Setzt die Ausschließung des Vert. gem. § 138 a I Nr. 1 StPO einen begründeten Tatverdacht gegen seinen Mandanten voraus?, MDR 90, 587; *Spaniol*, Das Recht auf Vert.beistand im GG und in der MRK, 1990; *Barton*, Schadensersatzpflicht des Vert. bei fehlerhafter Revisionsbegründung, StrV 91, 322; *Brei*, Grenzen zulässigen Vert.handelns, 1991; *Deckers*, Vert. beim ersten Zugriff der Polizei, NJW 91, 1151; *Eisenberg*, Aspekte der Rechtsstellung des Strafvert., NJW 91, 1257; *Vogtherr*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafvert., 1991; *Winter*, Die Reform der Informationsrechte des Strafvert. im Ermittlungsverf., 1991; *Bohlander*, Vert.notdienst im strafproz. Ermittlungsverf., 1992; *Kaum*, Der Beistand im Strafprozeßrecht, 1992; *Kneuer*, Der Schutz der Geheimsphäre der Vert., tesis doctoral, Bonn, 1992; *Levi*, Die Vert. und die Wahrheit, FS SKG, 1992, 178; *Maatz*, Mitwirkungspflicht des Vert. in der Hauptverhandlung und Rügeverlust, NStZ 92, 513; *Molketin*, Die notwendige Vert. des Angekl., Jura 92, 120; *Paulus*, Dogmatik der Vert., NStZ 92, 305 (sobre ello Haas, NStZ 93, 173); *Remagen-Kemmerling*, Der Ausschluß des Strafvert. in Theorie und Praxis, 1992; *Schomburg/Lagodny*, Richtlinien für den Strafvert. in Strafverf. mit Auslandsbezug, StrV 92, 239; *Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer*, Thesen zur Strafvert., 1992; *Vehling*, Die Funktion des Vert. im Strafverf., StrV 92, 86; *Vogelsang*, Die notwendige Vert. im deutschen und österr. Strafprozeßrecht, tesis doctoral, Köln, 1992; *Widmaier*, Mitwirkungspflicht des Vert. in der Hauptverhandlung und Rügeverlust (?), NStZ 92, 519; *Breucker*, Vert.fremdes Verhalten. Anträge u. Erklärungen im "Baader-Meinhof-Prozeß", 1993; *Fezer*, Hat der Beschuldigte ein "Recht auf Lüge"?, Stree-/Wessels-FS, 1993, 663; *Hamm*, Der Standort des Vert. im heutigen Strafprozeß, NJW 93, 289; *Richter* II, Sockelvert., NJW 93, 2152; *Schmitz*, Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung von U-Haft, wistra 93, 319; *Stern*, Zur Vert. des Verurteilten in der Wiederaufnahme, NStZ 93, 409; *Zieger*, Akteneinsichtsrecht des Vert. bei U-Haft, StrV 93, 320; *Barton*, Mindeststandards der Strafvert., 1994; *Deckers*, Vert. in Haftsachen, NJW 94, 2261; *Dornach*, Der Strafvert. als Mitgarant eines justizförmigen Strafverf., 1994; *Hiebl*, Ausgewählte Probleme des Akteneinsichtsrechts nach § 147 StPO, 1994; *E. Müller*, Vert. in Straßenverkehrssachen, 5ª ed., 1994; *Nack*, Vert. bei der Glaubwürdigkeitsbeurteilung von Aussagen, StrV 94, 555; *Bohnert*, Untersuchungshaft, Akteneinsicht und Verfassungsrecht, GA 95, 468; *Dornach*, Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als "Organ der Rechtspflege" Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?, NStZ 95, 57; *Dreher*, Die Verzögerung der Hauptverhandlung durch Abwesenheit des Strafvert., tesis doctoral, Passau, 1995; *Hammerstein*, Vert. in jeder Lage des Verf., Salger-FS, 1995, 293; *Knell-Saller*, Der Sicherungsvert., 1995; *Schlothauer*, Die Vert. des inhaftierten Mandanten, StraFo 95, 5; *H. Schneider*, Grundprobleme des Rechts der Akteneinsicht des Strafvert., Jura 95, 337; *Beulke*, Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung "Erste Hilfe" bei der Verteidigerkonsultation leisten?, NStZ 96, 257; *Burkhard*, Zum Recht des Strafvert. auf Akteneinsicht in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, wistra 96, 171; *Dahs*, Strafvert. und Strafrechtspflege - eine Momentaufnahme, Odersky-FS, 1996, 317; *Junker*, Analyse und Kritik der strafverfahrensrechtlichen Terrorismusgesetzgebung, 1996; *Deckers*, Vert. in Verfahren wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern, NJW 96, 3105; *Dethlefsen*, Die Abberufung eines Pflichtvert., tesis doctoral, Erlangen 1996; *Herrmann*, Überlegungen zur Reform der notwendigen Vert., StrV 96, 396; *Hilgendorf*, Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung gem. § 143 StPO, NStZ 96, 1; *Kempf*, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, StV 96, 507; *König*, Wege und Grenzen eigener Ermittlungstätigkeit des Strafvert., StraFo 96, 98; *Niemöller*, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, StV 96, 501; *Pfeiffer*, Das Akteneinsichtsrecht des Strafvert., Odersky-FS, 1996, 453; *Schlothauer*, Die Bedeutung des materiellen Strafrechts für die Vert. in U-Haftfällen, StrV 96, 391; *Schnarr*, Der bevollmächtigte Pflichtvert. und sein Stellvertreter, NStZ 96, 214; *idem*, Zur Dauer der Aufbewahrung von Spurenakten nach vorläufiger Einstellung des Ermittlungsverfahrens, ZRP 96, 128; *Detter*, Versäumnisse in der Strafzumessungsvert., StraFo 97, 193; *Grabenweger*, Die Grenzen rechtmäßiger Strafvert., 1997; *Kempf*, Die Funktion von Strafrecht und Strafvert. in einer modernen Gesellschaft, NJW 97, 1729; *Kniemeyer*, Das Verhältnis des Strafvert. zu seinen Mandanten, 1997; *Madert*, Anwaltsgebühren in Straf- und Bußgeldsachen, 21997; *Malek*, Vert. in der Hauptverhandlung, 2ª ed., 1997; *Münchhalffen*, Rechtliche und tatsächliche Benachteiligungen des Pflichtvert. gegenüber dem Wahlvert., StraFo 97, 230; *Schnarr*, Die Zustellung an einen Vert. mit Zustellungs-, aber ohne Vert.vollmacht - ein Beitrag zu § 145 a StPO, NStZ 97, 15; *Schöch*, Der Einfluß der Strafvert. auf den Verlauf der U-Haft, 1997; *Eberth/Müller*, Vert. in Betäubungsmittelsachen, 3ª ed., 1998; *Schlothauer*, Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Vert., 2ª ed., 1998; *Volckart*, Vert. in der Strafvollstreckung und im Vollzug, 2ª ed., 1998; *Weihrauch*, Vert. im Ermittelungsverf., 5ª ed., 1998; *M. Zieger*, Vert. in Jugendstrafsachen, 3ª ed., 1998.

Sobre las recomendaciones de las Jornadas de Defensa existen, desde 1984, colecciones documentales en la serie de publicaciones de las asociaciones de defensores penalistas. Sobre la jurisprudencia acerca del derecho de defensa en materia penal, informa *Müller*, NStZ 95, 378; 96, 370; 97, 221, 327, 424.

A. La situación procesal del defensor

I. La necesidad de defensor en el proceso penal alemán

La estructura del procedimiento penal alemán (cf. *supra* § 17) no le asigna al defensor la misma posición central que la que le corresponde en el procedimiento de partes del proceso penal anglosajón. Incluso se po-

dría preguntar para qué se necesita, después de todo, un defensor especial, si ya la fiscalía y el tribunal están obligados a investigar de oficio todas las circunstancias de descargo. En tales reflexiones, que han contribuido al desarrollo original débil de los derechos de defensa en la StPO, existe una confusión capciosa de concepto y apariencia: aquello que debería ser no se concreta, por esa causa, en cada caso particular. La fiscalía y el tribunal pueden pasar por alto circunstancias de descargo o no apreciarlas debidamente en toda su extensión, a pesar de poner de sí su mejor voluntad para reunir todos los elementos de la investigación, debida, precisamente, a su deber de investigar por completo los hechos. Para establecer el equilibrio hace falta aquí un defensor como polo opuesto al juez y a la fiscalía, que actúe exclusivamente en favor del imputado. El defensor debe controlar la justicia orientada hacia una realización rápida del procedimiento y al descubrimiento de la verdad material y provocar que los resultados hallados sean puestos en duda una y otra vez hasta la inclusión de todos los puntos de vista. Como garante para el imputado del respeto de la presunción de inocencia conforme al Estado de Derecho (art. 6, II, MRK), el defensor es irrenunciable, por lo menos en todas las inculpaciones de delitos de gravedad (cf. BVerfGE 38, 105; 39, 156; 39, 238); pues, la mayoría de las veces, el mismo imputado no está en condiciones suficientes de responder a las necesidades de su propia defensa, ni por su capacidad intelectual y profesional, ni a causa de su situación personal (con frecuencia carece de recursos o está cumpliendo prisión preventiva). A esto hay que agregar que nuestro ordenamiento jurídico tampoco permite la condena del culpable a cualquier precio, sino, únicamente, a través del respeto de la legalidad formal del procedimiento, esto es, bajo la observancia de todas las reglas del procedimiento –que están al servicio de la protección de sus derechos fundamentales y de su *status* activo como sujeto procesal–. Si aquí el acusador y el tribunal cometen un error, el imputado, como lego jurídico, sólo puede hacer valer sus derechos procesales con ayuda de un defensor. Por tanto, se puede decir: también en un tipo de procedimiento que no está organizado como proceso de partes y que se basa en el principio de investigación, se lesiona el Estado de Derecho si la defensa no está dotada de facultades amplias y autónomas. Por ello, las limitaciones de la posición de defensor siempre son graves[1] .

[1] Cf. la introducción del § 257a, a través del cual el defensor puede ser limitado a la formulación escrita de requerimientos, o el proyecto del Consejo Federal (*Bundesrat*) sobre una segunda ley para la descongestión de la administración de justicia (Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 13/4541, sobre esto FRISTER, StrV 97, 150), para mencionar sólo unos pocos ejemplos.

II. La posición jurídica del defensor

La cuestión de *la posición jurídica del defensor* es discutida desde hace décadas.

1. Según la jurisprudencia, a la que también sigue la mayor parte de la doctrina, el defensor no es un representante exclusivo de los intereses del imputado, sino un "órgano independiente de la administración de justicia" (BGHSt 12, 369; cf. § 1, BRAO), que se encuentra junto a él como "asistencia" (§ 137) y que también está obligado por los intereses de una administración de justicia penal funcionalmente capaz. Los contenidos y los límites de su actividad son determinables, según ello, como resultado de una ponderación entre intereses privados y públicos (detalladamente BEULKE, 1980, 200; crítico sobre esto HEINICKE, 1984, 449). Esta llamada "teoría del órgano" es sostenida en numerosas concepciones como, p. ej., la teoría del órgano "limitada" y la "extensiva" (cf. el resumen en DORNACH, 1994).

2. Contra esta concepción tradicional se dirigen los representantes de la llamada "teoría de los intereses" (sobre las distintas concepciones de esta teoría cf. también DORNACH, 1994). Ellos sostienen que es función del defensor ayudar por derecho propio al imputado en la salvaguarda de intereses individuales (WELP, ZStW 90 (1978), 101 y 804).

La concepción más amplia de esta clase reside en el principio que rige los contratos (autonomía de la voluntad), desarrollada por LÜDERSSEN (*LR*, 24ª ed., previo al § 137 y §§ 137 y ss.), que niega todo componente de Derecho público de la defensa penal y la interpreta como contrato de gestión de negocios ajenos del Derecho civil. De acuerdo con ello, el defensor está sujeto por completo a las instrucciones de su mandante, a menos que los §§ 134 y 138, BGB, establezcan un límite. Ese límite es trazado de tal modo que al defensor le "están prohibidos el engaño, las afirmaciones falsas, las falsificación de documentos, la difamación y la calumnia" (*LR*, 24ª ed., núm. marg. 140, previo al § 137). Además, son calificadas de punibles las afirmaciones falsas del defensor que representan "autoría única o autoría mediata" (§ 258, StGB). Por el contrario, una colaboración mendaz con el imputado debe ser impune (*LR*, 24ª ed., núm. marg. 141, previo al § 137). Esta concepción, muy cerrada ideológicamente, es difícil de conciliar con el Derecho vigente, pues una defensa necesaria impuesta al imputado en contra de su voluntad (cf. *infra* B) difícilmente se pueda explicar desde el principio de la autonomía de la voluntad y porque las regulaciones de la StPO a menudo son contrarias a una representación del imputado a través del defensor (sobre LÜDERSSEN cf. también BARTON, StrV 90, 237).

3. Primeramente, en lo que concierne a la teoría del órgano, una obligación oficial de la defensa, según ella supone, no puede fundarse, de manera alguna, en el § 1, BRAO[2]; pues, en primer lugar, una disposición de esta clase, que regula el ejercicio de la profesión, no puede prejuzgar la posición jurídico-procesal del abogado; en segundo lugar, ella no podría re-

[2] Con mayores detalles sobre todo esto, *Arbeitskreis Strafprozeßreform* (Grupo de trabajo para la reforma del proceso penal), *Die Vert.*, 1979, 37; DORNACH, 1994, 41.

gular, desde luego, la posición jurídica del profesor universitario como Defensor penal; en tercer lugar, ella también rige para el abogado del derecho civil, el que de modo indiscutible es un claro representante de los intereses de parte; y, en cuarto lugar, del concepto de órgano no se puede derivar nada más que la circunstancia de que el abogado tiene una función en la administración de justicia, lo que nadie negará.

Sin embargo, de forma similar, también carece de fundamentos legales la teoría de los intereses de parte cuando se la interpreta de modo tal que el defensor no tiene otra función que representar al imputado en la salvaguarda de sus intereses, definidos por él mismo y por razones personalísimas. Del § 140 resulta claramente que la ley no considera a la defensa penal como una cuestión privada del imputado, sino que le coloca de oficio la asistencia de un defensor en la totalidad de los casos de mayor gravedad y, además, dada cualquier circunstancia que complique la defensa en forma considerable, quiera o no el imputado. Pero si, en los casos graves, no se trata en absoluto de saber si el imputado está interesado en un defensor o no lo está, éste no puede estar allí sólo para obrar exclusivamente en el interés subjetivo del imputado.

Por otra parte, numerosas disposiciones de la StPO demuestran que el defensor no es precisamente representante del imputado (§§ 230, 240, II, y 257, cf. detalladamente la 24ª ed., § 19, A, II, 3).

En efecto, la jurisprudencia más reciente reconoce al defensor como representante del acusado cuando éste no está presente en el juicio oral o cuando por otros motivos (p. ej., a causa de falta de capacidad procesal) no está en condiciones de formular un requerimiento (p. ej., de recusación del tribunal). "Él es el abogado elegido por su mandante. Nadie podría apreciar mejor que él los presupuestos legales y las consecuencias de la recusación de un juez" (BGHSt 41, 69 [72]). En rigor, esta jurisprudencia más reciente solamente afirma la independencia del defensor, debido a que su poder de representación no se deriva de una autorización del acusado.

4. Por lo dicho, queda claro que la posición jurídica del defensor no puede derivarse de "teorías" predeterminadas y subjetivas, sino que debe obtenerse de las regulaciones particulares concretas de la StPO[3]. En ese caso, se puede ver que el legislador, siempre que le parece necesario, coloca un defensor junto al imputado, el que debe hacer valer de la mejor manera posible todos los hechos que hablen a su favor y todos los derechos conferidos a él. Así, como representante de los intereses de defensa del imputado, reconocidos legalmente, obligado a la parcialidad, él tiene una función procesal que ni el fiscal, ni el juez, ni el imputado pueden cumplir por sí mismos (cf. *supra* I).

[3] Del mismo modo BEULKE, 1980; en forma distinta, las teorías sobre la defensa desde el punto de vista del Derecho constitucional, cf. HAMM, NJW 93, 289, y GÖSSEL, ZStW 94 (1982), 5.

De ello resulta que, por un lado, cumple una función pública debido a que, fácticamente, hace valer la presunción de inocencia (y, dado el caso, también todas las circunstancias que favorecen al culpable) y, en sentido jurídico, garantiza y vela por la legalidad formal del procedimiento. El Estado tiene un interés en ambas funciones, si quiere ser reconocido como Estado de Derecho; y el defensor sirve a ese interés. Pero, al mismo tiempo, el defensor sirve con ello, en una suerte de armonía preestablecida, exclusivamente al interés del imputado, en la medida en que ese interés se dirija a ser defendido de la mejor manera posible. Se puede decir, si se quiere acudir a los términos usuales, que el defensor está llamado exclusivamente a hacer valer los intereses de defensa del imputado, legitimados por la ley, y en esa función es órgano de la administración de justicia (de forma similar VEHLING, StrV 92, 86), con lo cual se suprimiría la contradicción de las teorías en una síntesis más elevada.

Esta clasificación del defensor *como órgano de la administración de justicia, al exclusivo servicio de los intereses del imputado admitidos legalmente*, trae consigo fuertes rasgos propios del Estado social, incluso paternalistas. Pues esta ayuda le es impuesta al imputado aun en contra de su voluntad. Así, cuando ello sirve para el descargo, el defensor puede formular requerimientos de prueba –p. ej., para la declaración de testigos– también contra la voluntad del imputado, quien quizá quiere encubrir a la persona a interrogar; asimismo, puede solicitar el examen del estado de salud mental del imputado (§ 81), aun cuando éste se considere normal y no quiera saber nada de una observación en un establecimiento psiquiátrico; él puede, incluso, solicitar la absolución aunque el acusado se haya declarado culpable incorrectamente (cualquiera que sea el motivo). Una excepción a esta regla la constituye el § 297 (el defensor no puede interponer recursos contra la expresa voluntad del imputado). Por el contrario, el principio según el cual el abogado puede renunciar a posibilidades de defensa únicamente con el consentimiento del imputado –de él resulta el § 302, II– no implica una excepción semejante; de él sólo se infiere que el defensor únicamente puede actuar en beneficio de su cliente.

5. Del ideal aquí desarrollado pueden ser derivadas conclusiones fundamentales:

a) el defensor no puede ejercer esa representación subjetiva de los intereses del imputado más allá del *límite del abuso*. Tales comportamientos no están cubiertos, de antemano, por la función del defensor. Quien sabotea el procedimiento, p. ej., ayudando al imputado a fugarse, no presenta hechos de descargo, ni hace valer los derechos del imputado. El que "con el fin de demorar el proceso" formula requerimientos de prueba (§ 244, III, 2) o con pedidos de recusación "manifiestamente sólo demora el procedimiento o sólo persigue fines extraños al procedimiento" (§ 26a, I, 3), ya no puede invocar, ante semejante obstrucción, que hace valer los derechos de ofrecer prueba y de recusar. Quien presenta declaraciones testimoniales o documentos cuya falsedad le es conocida actúa fuera de las funciones que tiene que cumplir. Todos estos límites no resultan única-

mente de las disposiciones procesales de los §§ 244, III, 2; 26a, I, 3, 138a y ss., o de la punibilidad según los §§ 153 y ss., 267, StGB; antes bien, estas disposiciones son sólo la expresión que concreta los límites inmanentes que le están impuestos al defensor por su función.

Está muy discutida la cuestión de si –más allá de los límites regulados legalmente hasta ahora– hay un límite general de abuso para derechos procesales. Fundamental sobre esto U. WEBER, GA 75, 290, y NIEMÖLLER, StrV 96, 501; completa indicación bibliográfica en NIEMÖLLER, notas a pie 12-14. Éste responde afirmativamente a una prohibición general de abuso del Derecho reforzada con sanción. REBMANN (NStZ 84, 241) y KRÖPIL (ZRP 97, 9; JR 97, 315) están a favor de una cláusula legal de abuso que justifique la desestimación de requerimientos que, evidentemente, no contribuyen en nada al descubrimiento de la verdad. No obstante, crítico frente a una cláusula general de abuso del Derecho, KEMPF, StrV 96, 507, con mayores detalles; KÜHNE, StrV 96, 684. RÜPING, JZ 97, 865, sostiene la opinión, digna de preferencia, de que, por cierto, el abuso recibe su importancia jurídica de actos procesales particulares, pero que, como tal, no conduce a la caducidad del derecho de intervención. Por consiguiente, ante un supuesto de abuso del Derecho, dado el caso, el tribunal podría rechazar un requerimiento de prueba, desestimar una pregunta o privar de la palabra. Sin embargo, de esta forma, el imputado no perdería su derecho a formular requerimientos y preguntas o a poder hacer aclaraciones.

b) De estas circunstancias se infiere también la opinión sobre la discutida[4] *obligación de decir verdad* del defensor. Con una mentira no se hace valer hechos de descargo, ni derecho alguno. En efecto, la pretendida facultad de mentir del defensor siempre resulta fundada en el hecho de que el imputado tiene un derecho a mentir que, consecuentemente, también debería poder hacer valer el defensor como representante de sus intereses (OSTENDORF, NJW 78, 1349). Pero el imputado no tiene un derecho semejante; el privilegio de favorecimiento personal (encubrimiento de sí mismo), concebido sólo para su persona, que lo ayuda a que no se le aplique una pena, reside en el plano de una exculpación excluyente de la punibilidad (que en este caso conduce a la atipicidad), no en el plano de la justificación. De lo contrario, él debería ser instruido de acuerdo al § 136 sobre la posibilidad de mentir, conclusión que todavía nadie ha apoyado. Tampoco ha inferido nadie todavía, de la circunstancia de que el imputado puede huir exento de castigo, la admisibilidad de la ayuda a la fuga por parte del defensor. Distinto es el hecho de que el defensor pueda informar de forma neutral al imputado sobre la no punibilidad de las negaciones contrarias a la verdad y que no pueda revelar las eventuales mentiras de aquél. Pero esto resulta de sus deberes de asesorar jurídicamente y de discreción, por tanto, de su relación con su mandante, y sólo indica los límites del deber de decir verdad, no la inexistencia de tal deber.

[4] Fundamental BOTTKE, ZStW 96 (1984), 726. Cf. *LR*-LÜDERSSEN, 24ª ed., § 137, núm. marg. 141; *AK*-STERN, comentario previo al § 137, núm. marg. 78.

c) Como órgano de la administración de justicia, obligado exclusivamente hacia el imputado, el defensor sólo tiene que hacer valer las circunstancias que hablan a su favor y ayudarlo en la amplia defensa de sus derechos procesales. Por consiguiente, la obligación de veracidad y la prohibición de entorpecimiento están complementadas por un deber de abogar que el legislador ha asegurado jurídico-penalmente a través de la obligación especial de guardar silencio (§ 203, I, 3, StGB). Una defensa óptima sólo es posible sobre la base de una relación de confianza entre defensor e imputado. El legislador toma en cuenta esto, entre otras cosas, al concederle al imputado el defensor de su elección y, por cierto, por regla general, incluso en el caso del nombramiento de un defensor necesario (§ 142, I, 2, 3).

d) El arte de la defensa consiste en armonizar, en el caso concreto, las exigencias, a veces opuestas: el defensor debe abogar con los mejores medios a su alcance, sin faltar nunca a la verdad o entorpecer pero, además, sin infringir su obligación de guardar silencio. Por tanto, si, p. ej., el acusado le ha hecho una confesión a solas al defensor, éste puede, no obstante, solicitar la absolución cuando las pruebas presentadas al tribunal no son suficientes para condenar, bajo la indicación de esta circunstancia; su obligación de abogar le exige incluso eso. En ello no existe ningún reparo desde el punto de vista ético-jurídico[5], pues la ley exige también la absolución del culpable cuando su culpabilidad no puede ser probada por medios acordes con el ordenamiento procesal. Por esa razón, si el defensor pusiera en conocimiento del tribunal la confesión, en contra de la voluntad de su mandante, no sólo descuidaría groseramente su obligación de abogar, sino que también sería punible conforme al § 203, StGB. En todo caso, si su consciencia le impide solicitar la absolución, él podría renunciar a su mandato, sin especificación de los motivos. Por el contrario, en un caso semejante, el defensor no puede declarar en su alegato, p. ej., que debido a numerosas conversaciones con su mandante está completamente convencido de su inocencia. Eso se opondría a su obligación de decir verdad, dado que así se convertiría activamente en fuente de información de un modo que induce a error al tribunal, p. ej., cuando el defensor afirma que en las conversaciones preliminares con su cliente no ha tomado conocimiento de nada que se oponga a su inocencia. Las funciones y derechos del defensor son expuestas luego en particular, más detalladamente, en el ámbito tensionado de las obligaciones delineadas a través de su posición procesal (cf. *infra* E).

[5] Con mayores detalles sobre "defensa contra un mejor conocimiento", HAMMERSTEIN, NStZ 97, 12.

B. Defensa necesaria y voluntaria

Si bien la defensa también es admisible en cualquier estado de un procedimiento (§ 137), la asistencia de un defensor es necesaria solamente en un número limitado de casos. El concepto de *defensa necesaria* implica que un defensor (ya sea uno nombrado por el tribunal, ya sea uno elegido por el propio imputado) *debe* actuar en determinados estados del procedimiento.

I. Presupuestos de la defensa necesaria

El § 140, I, detalla un catálogo de ocho casos de defensa necesaria, mientras que el inciso II establece una cláusula general con conceptos jurídicos poco precisos (gravedad del hecho, dificultad de la situación jurídica y fáctica).

Según el § 140, I, nº 1 y 2, la asistencia de un defensor es siempre necesaria cuando el juicio oral en primera instancia se lleva a cabo ante el OLG o ante el LG, o cuando al imputado se le atribuye la comisión de un crimen (aunque sólo sea de forma posible, Bremen StrV 84, 13).

Para los casos restantes del párrafo I cf. el texto legal. Otros casos de defensa necesaria se encuentran también en los §§ 117, IV; 118a, II, 2 y 3; 350, III, 1; 364a; 364b; 418, IV. En procesos especialmente extensos y dificultosos puede ser admisible, incluso, el nombramiento de dos defensores de oficio (Celle StrV 88, 379).

Si no se presentan los presupuestos del § 140, I, todavía debe ser verificada la existencia de los presupuestos de la cláusula general del inciso II (con más detalles MOLKETIN, 1985).

Así, el elemento de la "*gravedad del hecho*" debe determinarse, en lo esencial, según la severidad de la pena o medida de seguridad que se espera (p. ej., privación del permiso para conducir para un conductor de profesión) o también de las consecuencias fuera del Derecho penal (pérdida de la condición de funcionario, KG StrV 83, 186), en cuanto éstas son previsibles con suficiente certeza por motivos jurídicos (Hamburg NStZ 84, 281). Sin embargo, se discute a partir de qué cantidad de pena a esperar es indispensable la designación de un defensor penal. Por un lado, el límite es trazado en un año[6], o en un año sin suspensión condicional[7], por otro, en un año y seis meses[8], a veces, también, sólo en dos años[9]. En algunas ocasiones el límite se ajusta a las circunstancias concretas del caso particular[10]. Sin embargo, sería más correcto trazar el límite ya en una pena privativa de libertad de más de seis meses sin suspensión condicional (cf. § 56, III, StGB) (así también Köln StrV 86, 238) porque, de ese modo, se tiene en cuenta cuanto antes el mandato de la defensa razonable del acusado. Cuando KREY, I, núm. marg. 686, considera que esta postura no es "pertinente" debido a que el § 140, II, está creado para "situaciones de excepción", pasa por alto que una pena privativa de libertad de más de seis meses que no se suspende, y que de todos modos no está comprendida por el § 140, I, es, todavía, poco frecuente e importa una injerencia grave que, precisamente por ello, torna necesaria la defensa de un abogado, porque la fijación de fines preventivos existentes detrás de la denegación de la suspensión necesita de un control jurídico. También en el supuesto de un homicidio culposo, la mayoría de las veces se debe afirmar la gravedad del hecho (LG Bayreuth StrV 93, 181; HERZIG, NJW 80, 164).

La *dificultad de la "situación fáctica y jurídica"* se presenta en caso de que haya problemas de capacidad de culpabilidad y, además, cuando la defensa sólo es posible con el conocimiento de los elementos de las actas depositadas ante el tribunal (p. ej., si existe contradicción entre las declaraciones testimoniales). Ello, pues el derecho a examinar los autos le corresponde únicamente al defensor y no al imputado (§ 147). También es difícil la situación jurídica cuando diferentes instancias judiciales sostienen distintas opiniones jurídicas (LG Bonn StrV 86, 246), cuando el procedimiento es especialmente complejo a causa de su extensión (Stuttgart StrV 87, 8), cuando por la envergadura de los hechos es acusado ante el tribunal de escabinos ampliado o la fiscalía ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia absolutoria (Frankfurt StrV 90, 12; Düsseldorf StrV 90, 487).

Para el juicio oral ante el tribunal de casación no rige el § 140, I. No obstante, aquí también, conforme al § 140, II, en "casos graves" es indispensable el nombramiento de un defensor de oficio[11]. Se discute si el § 140, II, es aplicable directa o análogamente al proceso de ejecución o en el proceso de ejecución de penas privativas de libertad, o no es aplicable en él de modo alguno (Bremen StrV 83, 187, con comentario de SCHWENN). Los mejores fundamentos hablan a favor de una aplicación analógica. Así también: KG StrV 84, 502; DAHS/FEIGEN, NStZ 84, 66.

Existe una *falta de capacidad para defenderse a sí mismo*, p. ej., cuando al ofendido le ha sido designado un abogado (§§ 397a, 406g, III y IV) o también, dado el caso, cuando ha sido nombrado por el ofendido mismo (Köln NStZ 89, 542), o si el acusado no sabe leer y escribir satisfactoriamente (Celle StrV 83, 187), o como extranjero no domina suficientemente el idioma alemán[12], o no está del todo familiarizado con el Derecho alemán (LG Hannover StrV 87, 382). También existe falta de capacidad para defenderse cuando el acusado no es procesalmente incapaz (en ese caso debe ser sobreseído –por lo menos temporariamente–), pero su capacidad procesal está tan disminuida que su déficit debe ser compensado por un defensor (entre otros, más detalladamente FISCHER, NStZ 94, 316). Según el § 140, II, 2, se debe acceder al pedido de un imputado sordo o mudo de nombrar un defensor oficial (sobre los motivos de esta regulación, WERNER, NStZ 88, 346; R. HAMM, NJW 88, 1820).

Si no se presentan los presupuestos de la defensa necesaria, para el imputado que no puede pagar un defensor existe la posibilidad de recurrir a un asesoramiento gratuito conforme a la Ley de ayuda para asesoramiento del 18/6/1980 (ver, en particular, KÜHNE, núms. margs. 89 y siguientes). El "grupo de trabajo para la reforma procesal penal" va más allá de ello y propone conceder a todos los imputados, en caso de conveniencia, el derecho a encomendar la defensa a una persona elegible como defensor *a expensas de la caja estatal* (§ 3, I y II, del proyecto). Otras propuestas sobre la ampliación de la ayuda para las costas procesales en el proceso penal en RIEß, StrV 81, 460. Los §§ 397a y 404, V, introducidos por la ley de protección a

[6] KG StrV 82, 412; LG Oldenburg StrV 83, 236; Düsseldorf NStZ 84, 43; Karlsruhe StrV 92, 213; Dahs, NJW 78, 140; Wasserburg, GA 82, 318.

[7] Frankfurt StrV 92, 220, con comentario de TEMMING; Frankfurt StrV 95, 628.

[8] Celle StrV 86, 142; BayObLG NStZ 90, 142.

[9] BGHSt 6, 199; Hamburg NJW 78, 1172; Stuttgart StrV 81, 611; Hamm NStZ 82, 298; Frankfurt StrV 83, 497; Celle MDR 86, 164; BayObLG NStZ 90, 250.

[10] Zweibrücken NStZ 86, 135; KREY, I, núm. marg. 686, quien, sin embargo, siempre afirma la gravedad del hecho a partir de los dos años.

[11] BVerfGE 46, 202, con reseña de DAHS, NJW 78, 140; PETERS, JZ 78, 230; de forma similar EuGMR NStZ 83, 373, con comentario de STÖCKER. Propuestas concretas sobre esto en HANACK, *Dünnebier-FS*, 1982, 301 (cf., también, *infra* § 53, II, 2).

[12] KG StrV 86, 239; jurisprudencia constante; restrictivo Hamm NStZ 90, 143; Köln NJW 91, 2223; Hamm StrV 95, 64.

la víctima, del 18/12/1986, disponen ahora que al acusador adhesivo, en determinados casos (ver en particular § 397a, I, 1), y en el procedimiento por anexión al solicitante y al procesado, siempre, se les debe otorgar una ayuda para las costas del proceso conforme a las mismas disposiciones que rigen en los litigios del Derecho civil. Sobre el requerimiento, necesario para ello en cada caso, decide el tribunal que se ocupa de la causa a través de un auto irrecurrible (§§ 397a, II, y 404, V, 3). Sobre Derecho comparado MÜLLER, *Das "right to counsel" des mittellosen Beschuldigten*, 1989. A favor de la ampliación de la defensa necesaria MÜLLER-DIETZ, *Dünnebier-FS*, 1982, 90.

II. Consecuencias de la defensa necesaria

La importancia de la defensa necesaria, como permite inferir el § 145, I, reside en que durante toda la duración del juicio oral, con inclusión del pronunciamiento de la sentencia, debe estar presente un defensor. Sin embargo, no es necesario que se trate de un único defensor, ni del mismo. Antes bien, si actúan varios defensores pueden hacerlo también sucesivamente. Esto infiere la jurisprudencia a partir de la falta de mención del defensor en el § 226 y de su mención en el § 227 (cf. BGHSt 13, 337). De ello resultan las siguientes consecuencias:

a) La fiscalía tiene que solicitar el nombramiento de un defensor de oficio ya en el procedimiento preliminar, tan pronto como sea perceptible que en el procedimiento posterior existirá un caso de defensa necesaria (§ 141, III). De no ser así, el nombramiento del defensor en los casos del § 140, I y II, se lleva a cabo, a más tardar, con la invitación del tribunal al procesado para que se pronuncie sobre la acusación (§§ 201, y 141, I). Si sólo durante el juicio oral se torna evidente que es necesaria una defensa –p. ej., a causa de la dificultad de la situación fáctica– y el acusado sólo entonces elige un defensor o sólo se le nombra uno en ese momento, el juicio oral debe ser interrumpido (esto es, en general, debe ser empezado completamente de nuevo después de más de diez días) o, por lo menos, debe ser repetido en sus partes esenciales (interrogatorio del acusado sobre sus datos personales y sobre la causa, lectura de la acusación, recepción de la prueba) (cf. § 145, II, y BGHSt 9, 243).

b) Por el contrario, la repetición del juicio oral no es necesaria cuando el acusado ha sido defendido por un defensor de oficio durante una parte del juicio oral, luego ese defensor renuncia a su mandato y el tribunal nombra inmediatamente un nuevo defensor. Porque en ese caso siempre ha estado presente un defensor. El nuevo defensor tiene derecho, en efecto, a que se le conceda un período de tiempo suficiente para preparar la defensa. En casos fáctica o jurídicamente muy difíciles y extensos, por esa razón, bajo ciertas circunstancias, puede ser necesaria la interrupción del procedimiento (cf. § 145, II y III, y BGHSt 13, 337; BGH NJW 73, 1985). Ante un cambio de la defensa, el hecho de si el defensor está lo suficientemente preparado para continuar con la defensa tiene que juzgarlo, en primer lugar, él mismo. El tribunal no puede comprobar esta circunstancia debido a que no puede intervenir en la conducción independiente de la defensa (BGH NStZ 97, 401).

c) Cuando se procede contra varios acusados en forma conjunta, excepcionalmente, la presencia en el juicio oral de un defensor de oficio de uno de los acusados no es indispensable durante las partes del procedimiento en las que únicamente son discutidos antecedentes que conciernen sólo al coacusado (acertadamente BGHSt 21, 186).

Si no fue nombrado un defensor, en los casos en que resulta necesario, o éste se ha ausentado de la audiencia durante el juicio oral, aunque sólo sea temporariamente, procede el recurso de casación (§ 338, nº 5).

Si el imputado es abogado, no puede defenderse por sí mismo cuando se trata de un caso de defensa necesaria (cf. BGH NJW 54, 1415). Si la defensa es facultativa, el abogado imputado no necesita defensor alguno y puede defenderse por sí mismo –como cualquier otro imputado–. Sin embargo, en ese caso tampoco tiene los derechos de un defensor, p. ej., el derecho a examinar los autos; tampoco puede reclamar honorarios de abogado (BVerfG NStZ 88, 282).

C. Defensor elegido y nombrado; la persona del defensor

1. Conceptos

Mientras que la cuestión de la defensa necesaria se refiere al problema de si el imputado necesita un defensor o si puede arreglárselas también sin él, en el complejo "defensor elegido y nombrado" se trata del siguiente problema: a través de quién (del imputado o del presidente del tribunal, § 141, IV) es nombrado alguien en la posición de defensor. Si el imputado elige por sí mismo al defensor, se habla de un defensor *elegido*. Si el defensor es nombrado por el presidente del tribunal, se habla de un defensor *nombrado*. Dado que el círculo de problemas de "defensa necesaria-defensa facultativa" y "defensor elegido-defensor nombrado" se refiere a distintas cuestiones, un defensor necesario, en consecuencia, también puede ser elegido por el imputado. Por el contrario, la defensa necesaria y la defensa nombrada coinciden, puesto que un defensor sólo es nombrado por el presidente en los casos de defensa necesaria (§ 141). Por tanto, un defensor nombrado nunca puede ser defensor facultativo.

2. Criterios para el nombramiento del defensor

En principio, el acusado puede *elegir* por sí mismo a su defensor (art. 6, III, c, MRK). Si el imputado tiene un representante legal, éste también puede elegir un defensor en forma independiente (§ 137).

El presidente *nombra* por sí mismo un defensor únicamente en el supuesto de que el imputado no elija ninguno por sí mismo y la defensa sea necesaria (ver, en particular, § 141, I). Al imputado se le debe dar la oportunidad de que designe por sí mismo un abogado dentro de un plazo determinado (§ 142, I, 2); se puede prescindir de ello cuando es indispensable el nombramiento inmediato del defensor (BGH NStZ 97, 401). Si el presidente no concede la oportunidad conforme al § 142, I, 2, y nombra por sí mismo un defensor necesario, la infracción a esta norma de deber fundamenta la casación, de conformidad con el § 336, únicamente cuando esa decisión fue incorrecta desde el punto de vista discrecional (BGH NStZ 92, 201, con reseña de BARTON, StrV 92, 406). Si el imputado ha designado un abogado (aunque éste no ejerza la profesión en el mismo lugar) al que le tiene especial confianza, es ése el que debe ser nombrado (BGH StrV 97, 564) cuando a ello no se oponen motivos de importancia (§ 142, I, 3), como sucede, p. ej., en un procedimiento contra autores de atentados terroristas (Karlsruhe NJW 78, 1172) o en caso de derroche descomunal de tiempo o de costas; no obstante, la mera crítica a autoridades estatales realizada por un defensor tampoco es suficiente para rechazar la propuesta del imputado (de otra opinión KG JR 1978, 346). Por otra parte, un abogado que no sea del lugar sólo debe ser nombrado cuando realmente existe una especial relación de confianza; el imputado no tiene un derecho a realizar cualquier elección (Stuttgart MDR 88, 77). El nombramiento de-

be ser revocado cuando posteriormente el imputado elige otro defensor (§ 143). Si el defensor de elección no puede asistir a una audiencia, el art. 6, III, c, MRK, exige que se lo tome en consideración cuanto antes (BGH NStZ 88, 235); de lo contrario, se presenta el motivo absoluto de casación del § 338, nº 8 (BGH StrV 92, 53). Sin embargo, ni del art. 103, I, GG, ni del mandato del *fair trial* se infiere que el tribunal deba suspender el juicio a toda costa cuando el defensor de elección no puede asistir; antes bien, según la situación del caso individual, se debe sopesar lo que puede serle exigido al acusado (BGH NStZ 84, 176). En caso de retraso del defensor de elección, el deber de asistencia exige, en general, esperar por lo menos 15 minutos y, en caso de aviso previo o circunstancias imprevistas (accidente, congestión de tránsito), incluso más tiempo[13] (§ 265, IV). Si un defensor de oficio no puede asistir, el tribunal no puede nombrar, sin más, otro defensor de oficio al que el acusado no le tenga confianza, sino que debe intentar concertar otra audiencia dentro del plazo de 10 días establecido por el § 229, I; no se puede exigir una interrupción (BGH NStZ 92, 247). Sobre las vías jurídicas contra el nombramiento de un defensor de oficio no deseado, SCHLOTHAUER, StrV 81, 443. Si el tribunal pasa por alto el deseo legítimo del acusado de designar el abogado de su confianza, ello puede fundar la existencia de parcialidad (BayObLG StrV 88, 97).

Los deseos de reforma hacen hincapié en acercar, en lo posible, el nombramiento del defensor necesario a la libre elección del defensor: nombramiento inmediato de defensor en todos los casos de prisión, nombramiento de defensor ya en el procedimiento preliminar, también a solicitud del imputado (ver, en particular, HAHN, 1975, 100). WELP, 1978, 101, propone que al imputado le corresponda en todos los casos, incluso, un defensor de su elección a quien el Estado le debería pagar, en el momento de la aceptación del mandato, los honorarios acostumbrados para un defensor de elección. En cambio, él rechaza todo nombramiento de defensor contra la voluntad del imputado. Pero, por cierto, sin razón (con más detalles HEINICKE, 1984, 313, 385), pues con ello aumentaría la probabilidad de una condena injustificada a causa de la autonomía procesal que también tiene el imputado obstinado. Sin embargo, esto se opone al principio del Derecho procesal alemán de investigar la verdad también en favor del imputado, aun en contra de su voluntad (§§ 160, II, y 244, II).

3. Círculo de personas que pueden ser elegidas y nombradas

El círculo de *personas* a quienes les puede ser encomendada la defensa no es el mismo en la defensa de elección que en la defensa nombrada (defensa oficial):

a) Los que *pueden ser elegidos* son, conforme al § 138, en primer lugar, todos los *abogados* admitidos en la RFA. Por consiguiente, para las causas penales no rige el principio de circunscripción. Rige una única excepción

[13] Düsseldorf StrV 83, 269; 95, 454; Köln StrV 84, 147; 90, 257; Zweibrücken StrV 84, 148; BayObLG StrV 85, 6.

para los abogados que son admitidos ante el BGH; ellos sólo pueden actuar ante el BGH, ante los otros tribunales superiores de la Federación, ante la Sala conjunta de los tribunales superiores y ante el BVerfG: § 172, BRAO.

Excepto en el juicio oral o en los interrogatorios a testigos, la opinión dominante (SCHMID, SchlHA, parte A 81, 105; *Kl/M*, comentario previo al § 137, núm. marg. 12) admite, también sin autorización del tribunal, la consulta a mandatarios privados (p. ej., en la interposición de la apelación).

El abogado elegido como defensor puede sustituir la defensa (ya en el procedimiento de investigación), con el consentimiento del que lo ha elegido, en un jurista que ha aprobado el primer examen para el servicio de administración de justicia y que se desempeñe en él, por lo menos, desde hace 15 meses (§ 139). La sustitución en un asesor no debe ser admitida (BGHSt 26, 319; BayObLG StrV 92, 99).

Por lo demás, pueden ser elegidos los *docentes de Derecho* de las universidades alemanas (por ende, también los de las universidades técnicas); finalmente, también otras personas, pero éstas sólo con autorización del tribunal y si se trata de un caso de defensa necesaria, únicamente cuando el elegido también podría ser nombrado para la defensa; de lo contrario, sólo en compañía de uno de éstos (§ 138, II).

En la práctica el § 138, II, es interpretado de forma restringida. En general, los tribunales parten de la base de que una persona que no es abogado (por más que sea jurista) no posee la capacidad especial, necesaria para una autorización para ejercer la defensa (Karlsruhe NStZ 87, 424).

b) *Pueden ser nombrados* los *abogados* y, en lo posible, aquellos que están admitidos ante un tribunal de la circunscripción judicial. El nombramiento es realizado por el presidente (§ 142, I; ver, en particular, *supra* C, 2) y abarca, en principio, no sólo el procedimiento de primera instancia, sino también toda la apelación (RGSt 40, 4; RG JW 26, 1215; Hamm NJW 70, 440, con mayores detalles), además, la interposición y fundamentación del recurso de casación (discutido), pero no el juicio oral ante el tribunal de casación (BVerfG NJW 78, 151); cf. WASSERBURG, GA 82, 304.

La posibilidad prevista en el § 142, II, de nombrar como defensores de oficio a *licenciados* que se desempeñan desde hace por lo menos 15 meses en el servicio preparatorio, ya no tiene ningún significado en la práctica, debido al acortamiento y a la reestructuración del servicio que tienen que prestar los licenciados. De todos modos, para los procedimientos de primera instancia ante el LG, los licenciados no pueden ser nombrados defensores de oficio (§§ 140, I, nº 1; 142, I, II; BGH StrV 89, 465). Por el contrario, el BGH ha declarado admisible que un licenciado, que conforme al § 53, BRAO, ha sido nombrado sustituto general de un abogado (eso es ya posible después de doce meses, § 53, IV, 2, BRAO), pueda, en esa calidad, desempeñar también la función de un defensor necesario (BGH NJW 75, 2351; BayObLG StrV 89, 469). Pero un asesor a quien no se le permite ejercer como abogado, tampoco puede ejercer la defensa como sustituto de un abogado (BGHSt 26, 319).

4. Prohibición de la defensa múltiple

Para evitar colisiones de intereses, un defensor no puede defender simultáneamente a varios imputados por el mismo hecho, ni a varios impu-

tados por distintos hechos en un procedimiento (§ 146). Por otra parte, un imputado puede tener varios defensores; sin embargo, para que el desarrollo del proceso no sea entorpecido por demasiados defensores, pueden ser, a lo sumo, tres (§ 137, I, 2, y II, 2). Se discute si el número de tres defensores puede ser superado a través de designación de sustitución (a favor, SCHMIDT-LEICHNER, NJW 75, 420; en contra, KG NJW 77, 912, y SCHMID, MDR 79, 804).

Cuando se trata de una sociedad, cada abogado cuenta como defensor individual; sólo es necesario que en los casos del § 146 y en sociedades con más de tres abogados (§ 137, I, 2) quede claro quién defiende a qué cliente (con más detalle BVerfGE 43, 79; BGHSt 27, 124). No obstante, los actos procesales de un defensor inadmisible según los §§ 137, I, ó 146, tienen validez cuando el tribunal no rechazó al defensor antes o junto con ese acto (BGHSt 26, 335). En el procedimiento preliminar también el fiscal puede rechazar al defensor (BVerfG NJW 76, 231). Sin embargo, el rechazo realizado por el tribunal es impugnable por el defensor y por su cliente con el recurso de queja (BGHSt 26, 291) y el de la fiscalía conforme al § 23, EGGVG. El recurso de queja no procede únicamente cuando se trata de decisiones denegatorias en primera instancia del BGH o de un OLG, conforme al § 304, IV (BGH NJW 76, 156) y, por ello, según la opinión del BGHSt 27, 96, tampoco procede el recurso de casación (de otra opinión GÖSSEL, 1979, 35; HERRMANN, 1979, 43 y siguiente).

Las reglas del § 137, I, 2, y del § 146, versión anterior, vigente desde 1975, que restringían la posibilidad de la defensa múltiple de forma más amplia que el § 146, que rige actualmente en la versión del StVÄG 1987, fueron declaradas constitucionales por el BVerfG (E 39, 156), pero en la literatura, con razón, han sido, en gran medida, rechazadas. Contra el § 137, I, 2, se puede señalar que en procesos gigantes la admisión de más de tres defensores también podría posibilitar el aceleramiento a través de una división especializada del trabajo. Pero, ante todo, el § 146 despierta reparos, también en la forma hoy vigente. La colisión de intereses que esa disposición quiere evitar será impedida, normalmente, por el § 356, StGB, y por la propia atención del acusado; pero si alguna vez se presenta, bastaría con la exclusión en el caso particular, como lo preveía el § 146 en la versión anterior a 1975. La nueva regulación conduce a que ahora queden sin defensa los acusados que sólo juntos podrían haberse pagado un defensor. También puede presentarse una acumulación dilatoria de defensores, precisamente cuando varias personas están acusadas en el mismo procedimiento, que no concuerda con el objetivo político-jurídico del § 137, I, 2. Además, con frecuencia, sólo hay disponible como defensor *un* solo especialista destacado; en ese caso, bajo determinadas circunstancias, el § 146 fuerza a los coacusados a hacerse defender por un abogado individual de forma menos competente que como lo podría haber hecho el especialista en una defensa conjunta. Por consiguiente, el legislador debería volver a la versión del § 146 vigente con anterioridad a 1975.

Con la nueva versión del § 146, introducida por la StVÄG 1987, la prohibición de la defensa múltiple fue restringida, al menos, de forma clara. En la actualidad, el defensor puede defender simultáneamente y sin impedimentos a varias personas cuando ellas están imputadas en distintos procedimientos por distintos hechos. Con ello, en oposición a la jurisprudencia precedente, está permitida, especialmente, la "*defensa múltiple sucesiva*"; tampoco se encuentra ya comprendida por el § 146 la defensa de varios imputados en distintos procesos cuyas acusaciones se basan en un conjunto de hechos comunes o en una conexión con hechos comunes. Además, de la palabra "simultáneamente" se infiere que un defensor puede aceptar el mandato de un coimputado después de renunciar al primer mandato, que una primera relación de defensor puede ser continuada después de la incorporación inadmisible de un segundo defensor y que la muerte de un mandante anterior no excluye una segunda defensa. En cambio, también en caso de que exista una conexión de distintos hechos está prohibida la defensa de los acusados por diferentes hechos a través de un mismo defensor (§ 146, 2ª parte).

A pesar de la limitación legal que resulta actualmente de la prohibición de la defensa múltiple, la disposición del § 146 es también desacertada desde el punto de vista político-jurídico y atenta fuertemente contra el ejercicio profesional de la abogacía. Por ello, debería ser interpretada en forma restringida y no extensivamente, en oposición a la jurisprudencia precedente. De todos modos, en adelante el BGH ha exigido equilibrar mesuradamente la "aspiración de evitar, en lo posible, un conflicto de intereses que se presenta en caso de que exista un único defensor" y la necesidad "de una limitación del ejercicio libre de la abogacía, que no sea tan riguroso". En ese sentido, ante una infracción al § 146, para que prospere un recurso de casación, el BHGSt 27, 22, ha requerido la comprobación de una colisión de intereses concreta (comentario afirmativo de K. MEYER, JR 77, 212). Las preguntas aisladas de un defensor en favor de un coacusado no se oponen al § 146 (BGH MDR/H 82, 449). No se atenta contra el § 146 cuando un abogado mantiene conversaciones iniciales con varios imputados, sin haber decidido todavía a quién quiere defender (Düsseldorf StrV 84, 106). Conforme a la clara voluntad del legislador, en aplicación adecuada del § 146, no es admisible excluir a un defensor a causa de otro conflicto de intereses no regulado legalmente (Düsseldorf NStZ 91, 352).

Sobre el rechazo de defensores que no pueden ser admitidos como tales, cf. § 146a.

5. Revocación del defensor de oficio

Un defensor no es excluido en ningún caso en virtud de la ley, ni puede ser rechazado por la fiscalía. Tampoco el acusado puede rechazar un defensor que se le ha nombrado; él sólo puede elegir otro defensor y, de esta manera, lograr que el nombramiento deba ser revocado (§ 143). Sin embargo, si la relación de confianza entre el imputado y su defensor de oficio está destruida por divergencias de opiniones sobre la conducción de la defensa (Hamm StrV 82, 510; Düsseldorf StrV 93, 6) o por una denuncia penal realizada por el defensor contra su mandante (BGHSt 39, 310), se debe nombrar otro defensor a pedido de parte (de lo contrario es procedente la casación conforme al § 338, nº 8; cf. *infra* § 42, E, IV); esto rige también cuando el defensor (¡y no el acusado!) solicita la revocación por ese motivo (igualmente Hamm NJW 75, 1238; de otra opinión Frankfurt NJW 71, 1851; sobre esto SEIBERT, NJW 71, 2274). De todos modos, se debe permitir una excepción cuando la revocación del defensor de oficio es solicitada con el propósito de paralizar el procedimiento como, en particular, en los procesos contra terroristas. Por otra parte, para el caso de pérdida de la confianza es posible el cambio del defensor necesario sin una exposición más detallada de los motivos, cuando tiene lugar por acuerdo y no tiene como consecuencia gastos o dilaciones (KG NStZ 93, 201).

6. Defensor de resguardo

A pesar de numerosas objeciones en la literatura, en la práctica judicial se ha generalizado el nombrar un defensor necesario *junto* al defensor elegido en causas de primera instancia de grandes proporciónes, o el no destituirlo después de la presentación del defensor elegido (sobre este problema cf. FEZER, 4/42-43). Esta práctica es justificada con el argumento de que el deber de asistencia para el acusado y de realización acelerada del procedimiento exige el nombramiento de defensores de oficio ya cuando únicamente se "perfila el peligro de que el defensor no puede o ... no quiere tomar las medidas necesarias para la realización del juicio

oral"[14]. En realidad, es imposible admitir que un proceso de larga duración no pueda ser terminado sólo porque el defensor elegido renuncia a su mandato poco antes de la finalización y el defensor de oficio que se nombra (§ 145, I) no está al tanto del asunto. Por otra parte, la práctica actual es imponer al imputado un defensor de oficio con pleno poder en el proceso (!), a pesar de la existencia de un defensor elegido, situación difícil de conciliar con el texto del § 143 (por ello, a favor del derecho de queja contra un defensor necesario impuesto, también Frankfurt StrV 87, 379). En el pasado esta práctica ha impedido también, con cierta frecuencia, una defensa efectiva; pues en cuanto el imputado, su defensor elegido y el defensor oficial impuesto no se pueden poner de acuerdo en una estrategia, el defensor obligatorio, apartado de la confianza y de la información de su cliente, tiene pocas probabilidades de proteger efectivamente sus derechos fundamentales. Él mantiene en pie tan sólo la apariencia de un defensor reglamentario y justifica para los tribunales la tentación permanente de conducir el procedimiento sin suspensión también en caso de impedimentos a corto plazo del defensor elegido, la mayoría de las veces mejor informado.

Ante la probabilidad de una duración extensa del procedimiento también puede ser necesario el nombramiento de dos defensores necesarios para asegurar que se pueda seguir actuando aun ante la falta temporal de uno de ellos. El primer defensor necesario puede obtener este derecho a través de la queja (Frankfurt NJW 72, 1664; StrV 93, 348).

Algunos autores proponen *de lege ferenda* solucionar ese conflicto a través de la introducción de defensores sustitutos (del mismo modo en la 18ª ed.); éstos deberían estar presentes desde un principio y ser pagados por el Estado, pero sólo deberían intervenir en el proceso, en los casos del § 145. Sin embargo, esta solución no es muy satisfactoria. Ya el beneficio económico-procesal puede ser discutible, p. ej., cuando el defensor sustituto solicita el nuevo interrogatorio de los testigos a causa de preguntas complementarias (WELP, 1978, 122). Además, también puede ser desventajoso para la defensa si se desarrolla sucesivamente diferentes estrategias. Pero sobre todo se conserva la separación en abogados de confianza y defensores nombrados judicialmente para asegurar el procedimiento, con lo cual se pasa por alto el derecho del imputado, protegido por el § 143, de asegurarse, en cualquier estado del procedimiento, la asistencia exclusiva de uno o más defensores de su confianza, en caso de necesidad, por elección. Por tal motivo, HEINICKE, 1984, 408, propone nombrar judicialmente tantos defensores de confianza del círculo de los elegidos o

[14] Así, con referencia al § 145, I, BGHSt 15, 306, 309; BGH NJW 73, 1985; Frankfurt NJW 72, 2055; Hamm NJW 79, 1986; LG Koblenz NStZ 95, 250, con reseña de WASSERBURG; de otra opinión SCHMIDT-LEICHNER, NJW 75, 421; restrictivamente Frankfurt StrV 86, 144.

aceptados por el imputado como sean necesarios para asegurar el procedimiento. En todo caso, en la elección del segundo "defensor de resguardo" se debe tener en cuenta, en lo posible, los deseos del acusado[15].

Si el acusado es absuelto, el derecho de reembolso de los gastos originados por la actuación de un defensor de elección no puede ser restringido a los costos de una defensa oficial, en tanto el nombramiento del defensor oficial no sea la consecuencia del endeudamiento del acusado (BVerfG NStZ 84, 561). Se discute si el defensor de elección está obligado a informar a un defensor oficial, que se añade durante el procedimiento, sobre el curso que lleva el proceso hasta ese momento (a favor de ello KG JR 81, 86; en contra BEULKE, JR 82, 45).

D. Exclusión del defensor; medidas para dirigir la audiencia

I. La exclusión

La jurisprudencia anterior siempre había admitido la exclusión del defensor cuando él abusaba de su papel de órgano de la administración de justicia, sobre todo por conspiración con su mandante. Esta práctica había sido declarada inadmisible por el BVerfGE 34, 293 (caso "Schily:), en el año 1973, debido a la falta de fundamentos legales, por infracción al art. 12, I, GG, de modo tal que desde entonces no fue posible la exclusión del defensor. Sólo la ley complementaria de la 1.StVRG, del 20/12/1974, reguló detalladamente la materia (cf. sobre todo ello la 11ª ed., 87 y s.; 12ª ed., 90). La ley antiterrorismo del 14/4/1978 (BGBl. I, 497) amplió e intensificó las posibilidades de intervención así obtenidas (críticamente SEELMANN, 1979). REMAGEN-KEMMERLING, 1992, ofrece un análisis completo de la jurisprudencia, en parte contradictoria, y de propuestas para la reforma de los §§ 138a y siguientes.

1. Conforme a ello, existen actualmente *cinco grupos de casos* en los cuales un defensor está excluido de actuar en un procedimiento:

a) cuando él fuera vehementemente sospechoso o lo fuera en grado que justifica la apertura del procedimiento principal, esto es, por lo menos fuera suficientemente sospechoso (sobre los grados de la sospecha *infra* § 37, B, I) de cooperar con el cliente en forma punible (p. ej., como partícipe o encubridor personal) con respecto a su hecho (BGH NStZ 86, 37), § 138a, I, nº 1 y 3.

Así, en principio, es necesaria la sospecha *vehemente*; la sospecha *suficiente* alcanza sólo cuando un procedimiento contra el defensor es suficiente, por lo menos, como para acusar (BGH MDR/H 79, 989). A causa de la gravedad de la intervención, la sospecha vehemente no puede estar basada en investigaciones iniciales insuficientes, sino que debe estar fundada en hechos determinados que tornen suficientemente probable la condena del defensor (ULSENHEIMER, 1975, 111). No obstante, apartándose de la jurisprudencia precedente, el BGHSt 36, 133 (con reseña de MEHLE, NStZ 90, 92; FEZER, JR 90, 79; SCHOLDERER, StrV 93, 228), resolvió que en caso de sospecha suficiente de un encubrimiento personal la exclusión de un defensor no presupone, sin más, la iniciación de un procedimiento de investigación, y menos todavía su progreso hasta la madurez para acusar. Como fundamento es alegado el texto de la ley y la circunstancia de que "una influencia decisiva de las autoridades a cargo de la acusación" (*loc.*

[15] Düsseldorf y Stuttgart StrV 90, 54; así como KNELL-SALLER, 1995, 120.

cit., 137) se opone a la finalidad de la ley; sin embargo, no se debería renunciar, precisamente, a las mejores posibilidades de investigación de la fiscalía. Frente a ello, el concepto de participación del § 138a, I, nº 1, se debe interpretar extensivamente, de modo tal que, p. ej., en el proceso contra el encubridor por receptación, el ladrón no pueda actuar como abogado. Pues, así como el § 60, nº 2, el § 138a, I, también debe abarcar, más allá de los partícipes en el sentido de los §§ 25 y ss., StGB, a todo el que ha actuado en el hecho en forma punible en la misma dirección que el imputado (cf. *infra* § 26, B, III, 2, a) y, por ello, podría impedir el descubrimiento de la verdad en el proceso por fuertes intereses propios (cf. BGH MDR/H 77, 984; de otra opinión ULSENHEIMER, 1975, 111; GÖSSEL, 1979, 29); según el BGH, NJW 84, 316, la exclusión también debe ser posible cuando el abogado no puede ser perseguido penalmente por su participación debido a la falta de instancia de persecución penal. Ya la posibilidad teórica de una sanción del tribunal de honor debe justificar la exclusión (discutible); en cambio, no existe participación cuando el abogado originó el hecho punible de su mandante por un consejo jurídico equivocado pero justificable (Stuttgart NJW 87, 2883);

b) cuando él fuera, al menos, suficientemente sospechoso de abusar de la comunicación con el mandante detenido, con el fin de delinquir, § 138a, I, nº 2, 1ª alternativa.

Esta disposición, en forma más amplia que el § 138a, I, nº 1 y 3, no sólo pretende proteger el descubrimiento de la verdad, sino también impedir al detenido menoscabar aún más el ordenamiento jurídico con ayuda de su abogado. Sin embargo, la disposición llegó demasiado lejos puesto que, según su texto expreso, abarca a todos los tipos penales del StGB (p. ej., ¡también a las simples injurias!) (así también GÖSSEL, 1979, 30);

c) cuando, al menos, fuera suficientemente sospechoso de abusar de la comunicación con el mandante con el fin de poner en peligro en forma considerable la seguridad del establecimiento penitenciario, § 138a, I, nº 2, 2ª alternativa.

A causa del grave perjuicio que también existe para la posición jurídica del imputado, la amenaza considerable para la seguridad del establecimiento sólo puede ser supuesta cuando esos peligros no pueden ser suprimidos de otro modo (cf. ULSENHEIMER, 1975, 114; de otra opinión GROß, 1975, 424);

d) cuando su participación en determinados delitos contra la seguridad del Estado pondría en peligro la seguridad de la República Federal de Alemania, § 138b[16];

e) cuando el procedimiento tuviera por objeto un hecho punible conforme al § 129a, StGB, y determinados hechos fundasen la sospecha de que ha cooperado con el mandante en forma punible con respecto al hecho de aquél, § 138a, II.

El § 138a, II, no se manifiesta acerca de la intensidad del grado de sospecha necesario. Pero si se acepta la simple sospecha inicial, de modo peligroso para un Estado de Derecho,

[16] BEULKE, 1980, 104, exige la supresión de esta disposición que, según su opinión, atenta fuertemente contra el derecho a la libre elección del defensor; concordantemente JUNKER, 1996, 200.

también podrían ser excluidos abogados cuando ni siquiera puede ser comprobado que podría ser abierto un procedimiento principal (cf. *infra* § 37, B, I). De ahí que deba ser exigida, al menos, una sospecha que no sólo haga probable la iniciación, sino también la realización del procedimiento de investigación (KG NJW 78, 1538).

2. En contra de la jurisprudencia anterior, el BGHSt 42, 94 (con comentario de WEIGEND, NStZ 97, 47), ha decidido ahora que también el nombramiento del defensor necesario puede ser revocado únicamente con sujeción a los §§ 138a y siguientes. Esta decisión debe ser aprobada: el defensor necesario, en el desempeño de su cargo, no está sujeto a otras limitaciones distintas a las impuestas a un defensor de elección y, por ello, tampoco puede ser retirado de su cargo con mayor facilidad (RIEß, JR 79, 36; DENCKER, NJW 79, 2176; *AK*-STERN, § 138a, núm. marg. 8, con más información).

3. Las normas de exclusión de los §§ 138a y ss. son, en general, terminantes. De ahí que en ningún caso una violación de los deberes profesionales pueda conducir a la exclusión (instructivo Köln NJW 75, 459). También es inadmisible excluir a un defensor invocando los §§ 32 y 34, StGB, para evitar el sabotaje del procedimiento (BOTTKE, JA 80, 95; de otra opinión KÜHNE, núm. marg. 114). Por consiguiente, también se debe aceptar como defensor a un testigo o a una víctima de un hecho punible (escéptico KREY, I, núms. margs. 741 y siguientes). Únicamente debe ser rechazado un "defensor" que sea procesalmente incapaz, porque él, en un sentido relevante jurídicamente, no puede defender de modo alguno.

4. La exclusión debe regir para *todo el procedimiento*; por tanto, un defensor excluido no puede defender posteriormente a un coacusado (BGHSt 26, 221; ¡discutible!). Fuera de ello, un acusado no puede actuar en el mismo procedimiento penal al mismo tiempo como defensor de un coacusado (BGH StrV 96, 469); pues existe el peligro de que él incrimine a su mandante para desincriminarse a sí mismo. Además, como acusado, él no puede estar obligado en la misma forma a la verdad y a la justicia como cuando se trata de un defensor.

5. Sobre la exclusión resuelve, en general, el OLG, en ciertos casos, también el BGH (cf., con más detalle, § 138c), y, por cierto, en audiencia oral para la que se debe citar al defensor y se debe informar al imputado y, de ordinario, a la Junta Directiva del Colegio de Abogados (§ 138d, I-V); en oposición al texto del § 138d, I, no se necesita una audiencia oral cuando, desde un principio, el tribunal no toma en cuenta la exclusión (Düsseldorf NStZ 91, 299, con mayor información). Según el BGHSt 28, 116, la recepción de la prueba está sujeta a las reglas de la libertad probatoria (en contra, con motivos considerables, *LR*, DÜNNEBIER, 23ª ed., § 138d, núm. marg. 8). Según el § 138c, V, el procedimiento de exclusión también puede ser continuado cuando el defensor renuncia voluntariamente a su mandato después de la iniciación del procedimiento en su contra. Si con ello se comprueba que la actuación del defensor en el procedimiento fue inadmisible, eso equivale a la exclusión. La regulación pretende impedir que el defensor se sustraiga a las consecuencias de una exclusión con la que se cuenta, a través de su separación anticipada del proceso (con más detalle Koblenz JR 80, 477, con comentario de RIEß). Contra la exclusión, el defensor puede interponer queja inmediata, mientras que la resolución que rechaza la exclusión no es impugnable (§ 138d, VI); tampoco es impugnable el rechazo de la anulación de una exclusión (BGHSt 32, 231).

Si la fiscalía presenta un pedido de exclusión del defensor, el tribunal actuante no está facultado para rechazar la presentación ante el OLG; pues de ese modo se arrogaría una facultad de decisión que sólo está asignada al tribunal superior (Karlsruhe NStZ 83, 281 con reseña de BOHNERT).

6. La exclusión debe ser revocada (§ 138a, III, nº 1-3):

a) tan pronto como ya no existan sus presupuestos,

b) cuando el defensor fue absuelto en un procedimiento principal que fue abierto a causa de las circunstancias que llevaron a la exclusión,

c) cuando un tribunal de honor o profesional no constató violación culpable alguna de los deberes profesionales en atención a las circunstancias que llevaron a la exclusión o

d) cuando a más tardar un año después de la exclusión no fue abierto el procedimiento principal del Derecho procesal penal o el procedimiento ante el tribunal de honor o profesional, o no fue promulgado un decreto penal.

Una exclusión no puede ser revocada porque el imputado haya sido puesto en libertad. En casos especialmente complicados la exclusión puede ser mantenida por la duración de otro año, a pesar de que no fue abierto procedimiento principal alguno, ni procedimiento alguno ante el tribunal de honor o profesional (§ 138a, III, 2). Mientras un defensor esté excluido, no puede defender al imputado tampoco en otro proceso ordenado legalmente. El defensor excluido no puede visitar a imputados detenidos (§ 138a, IV). Más allá de ello, un defensor excluido no puede defender a otros imputados en el mismo proceso; el defensor de presuntos terroristas tampoco puede defender a ningún imputado en otros procesos que tengan por objeto un hecho punible según el § 129a, StGB (§ 138a, V, 1).

II. Medidas de orden de la audiencia contra el defensor

De la cuestión de la exclusión del defensor se debe distinguir el problema de si se le puede *quitar la palabra*, p. ej., porque calumnió a testigos o porque sus declaraciones no están relacionadas con el objeto de la defensa. Esto le está permitido al presidente en virtud de su facultad de dirección del proceso conforme al § 238, I (cf. BGH MDR 64, 72, y § 257, II y III). Otra cuestión que debe ser diferenciada de la exclusión del defensor es si éste, en caso de necesidad, puede ser *retirado de la sala de audiencia*, en virtud del poder de policía, por desobediencia o falta de decoro. Dado que el defensor, junto a la fiscalía y al tribunal, es un órgano de la administración de justicia con los mismos derechos, se debe considerar inadmisible la aplicación de medios de corrección conforme a los §§ 177 y 178, GVG, y, con ello, también el alejamiento del defensor por motivos del poder de policía (opinión dominante; cf. KÜHNE, núm. marg. 102.1). Por el contrario, un defensor sin toga puede ser rechazado (BVerfGE 28, 21; ¡discutible!).

E. Deberes y derechos del defensor

Las obligaciones y facultades del defensor están delineadas por su posición procesal y ya fueron expuestas *supra*, en el apartado A, con sus principales aspectos. Además, en cuanto ellas hayan encontrado su expresión en disposiciones procesales especiales, también serán discutidas en la descripción del procedimiento principal siempre en detalle. Por lo tanto, aquí sólo resumiremos una serie de aspectos trascendentes (instructivo PFEIFFER, 1984).

Los problemas prácticos de la defensa, ante todo, también cuestiones de táctica y oportunidad, son tratados detalladamente en DAHS, 5ª ed., 1983.

I. Asesoramiento jurídico sin encubrimiento personal

En primer lugar, el defensor tiene que dar *consejo jurídico detallado* a su mandante. Él debe asistirlo no sólo en la salvaguarda de sus derechos procesales, sino también explicarle la situación jurídica material. Así, puede proporcionarle conocimientos de Derecho, incluso cuando el imputado pueda valerse de ellos para eludir la pena alegando, p. ej., la falta de intención de apropiarse de algo, legítima defensa o un error de prohibición inculpable. El defensor infringe la prohibición de entorpecimiento sólo cuando él mismo inventa la declaración de su cliente o le exige a éste que formule declaraciones defensivas convenientes contrarias a la verdad: con ello viciaría al imputado como medio de prueba y, al menos, incurriría en una pena por tentativa de encubrimiento personal (§ 258, StGB)[17]. Si el imputado realiza por sí mismo una declaración semejante, el defensor, que lo sabe, no puede, sin embargo, dar a conocer la verdad al tribunal (obligación de guardar silencio); por otra parte, él puede exponer con arreglo a esa declaración, pero únicamente como aquella de su mandante y no como si se tratara de su propia convicción, porque, de no ser así, ofrece mendazmente su persona como garante de que él mismo no ha llegado a saber nada opuesto en las conversaciones previas (obligación de callar; de otra opinión OSTENDORF, 1978, 1349; como aquí HEINICKE, 1984, 485; con mayor alcance BEULKE, 1980, 35).

La actuación del defensor en debida forma procesal excluye, desde un principio, el tipo penal de encubrimiento personal (§ 258, StGB), aun cuando ella impida el castigo del autor culpable (KG StrV 88, 141; Düsseldorf NStZ 91, 299): concuerda con las reglas de la administración de justicia y no responde al tipo delictivo de un delito contra la administración de justicia.

Sobre la delimitación entre defensa penal admisible y encubrimiento personal punible, muy discutida en particular, con más detalle MALLISON, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, 1979; STRZYZ, *Die Abgrenzung von Strafverteidigung und Strafvereitelung*, 1983; LAMBERTI, *Strafvereitelung durch Strafverteidiger*, 1988. Se debe tener presente que el § 258, StGB, requiere dolo directo ("intencionalmente o a sabiendas"). Por consiguiente, no existe aún encubrimiento personal cuando el defensor expone relatos de su mandante sobre los hechos, cuya veracidad él mismo pone en duda (BGHSt 38, 348). Sin embargo, de allí no se debe derivar un "privilegio general para el defensor" con la consecuencia de que su punibilidad requiera también, en la realización de otros tipos penales, no ya dolo eventual, sino únicamente dolo directo; el BGH ha negado, en casos de dolo eventual, la existencia de una "causa de justificación, relevante genéricamente, fundada en la observancia de los deberes del defensor" (BGHSt 38, 349). Por consiguiente, el defensor puede presentar al tribunal una declaración del mandante posiblemente falsa, pero cuando presenta como prueba un documento que tal vez esté falsificado puede incurrir en una pena conforme al § 267, StGB –cometido con dolo eventual–[18]. No obstante, el BGH favorece al defensor, en la medida en que es muy exigente para considerar reunidos los elementos del dolo eventual; éste sólo se presenta "cuando el mandante le ha dado a conocer con mayor o menor claridad... que los medios de prueba estaban fal-

[17] Opinión dominante; discrepa FEZER, 1993.

[18] Crítico SCHELTE, StrV 97, 45; VON STETTEN, StrV 95, 606; SCHEFFLER, StrV 92, 299; 93, 470.

sificados" (BGHSt 38, 351). En los hechos, esto conduce al reconocimiento de un cierto privilegio para el defensor.

II. Actividades extrajudiciales

Fuera de ello, el deber de asistencia debería dar lugar a que el defensor ayudara también a su mandante, si la situación fáctica lo exigiera, a través de hechos, es decir, a través de *averiguaciones propias* (con mayores detalles RÜCKEL, 1984; KÖNIG, StraFo 96, 98). Por cierto, la StPO no incluye derechos coercitivos a disposición del defensor. Pero él puede inspeccionar el lugar del hecho para procurar conseguir testigos de descargo y hacer elaborar dictámenes periciales privados en favor del imputado. Incluso puede buscar a los familiares del imputado y pedirles que, en beneficio de su mandante, hagan uso de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente (BGHSt 10, 393: no hay encubrimiento personal, § 258, StGB): ése es el justo derecho que poseen y su ejercicio les puede ser solicitado por todos. Además, él puede distribuir notas del imputado para ayudar la memoria y fotocopias de interrogatorios judiciales (BGHSt 29, 99: no hay punibilidad conforme a los §§ 129 y 129a, StGB) o dar a conocer declaraciones del imputado al defensor de un coimputado (Frankfurt GA 82, 181). Sin embargo, es inexacta la limitación según la cual ello no debe regir cuando el defensor persigue sólo aparentemente fines defensivos y, en realidad, quiere ayudar a la agrupación terrorista. Según se observa, ello acaba en un Derecho penal de ánimo inadmisible (en sentido afirmativo BOTTKE, JA 80, 448). El límite del encubrimiento personal sólo es traspasado cuando el defensor afecta la voluntad de decisión de testigos a través de engaño o amenazas, cuando induce a prestar declaraciones falsas o contribuye de cualquier otro modo a la falsificación de medios de prueba (p. ej., borrando huellas en el lugar del hecho, alterando documentos o ayudando a la comunicación clandestina en la cárcel, para que el imputado se ponga de acuerdo con el coautor; cf. OSTENDORF, 1349); en otras palabras: no puede "enturbiar las fuentes probatorias".

III. Presencia en las investigaciones

Una defensa eficiente exige, en lo posible, un amplio *derecho a estar presente* en los actos de averiguación de otros intervinientes en el proceso. La StPO asegura ampliamente la presencia del defensor necesario en el procedimiento principal (cf. al respecto *infra* § 42, E, IV), pero sólo de forma muy incompleta en el procedimiento preliminar. En efecto, a partir de la 1.StVRG el defensor está autorizado a estar presente, sin limitaciones objetivas, en los actos instructorios *judiciales* realizados en el procedimiento preliminar (§ 168c y d); sin embargo, el derecho a estar presente en forma directa en los interrogatorios de testigos está ahora limitado en los casos del § 168e. Además, este derecho sufre una restricción fáctica debido a que el defensor no es citado para la realización de estos actos, cuando el aviso pondría en peligro el éxito de la investigación (§ 168c, V, 2; cf. *infra* § 37, c, II, 2). Por el contrario, las investigaciones de la fiscalía en el procedimiento preliminar son, en principio, secretas. De ahí que el

defensor no tenga ningún derecho a estar presente en los interrogatorios de testigos y tampoco en la confrontación del acusado con fines de reconocimiento por un testigo (KG NJW 79, 1668). La ley le otorga el derecho de estar presente únicamente en los interrogatorios del imputado, con la limitación del § 168c, V, 2 (§§ 163a, III, 2, y 168c, I, V). Por último, en las investigaciones realizadas por la *policía*, el defensor no tiene ningún derecho a estar presente, por tanto, tampoco en el interrogatorio del imputado (esto evidencia un paralelo entre el § 163a, III y IV; de otra opinión KÜHNE, núm. marg. 104, invocando el principio del *fair trial*). Sin embargo, el imputado puede forzar la presencia del defensor, negándose a declarar en su ausencia (§ 163a, IV, 2, en relación con el § 136, I, 2).

Esta regulación es poco satisfactoria: el temor y la desconfianza de que el defensor, si sabe demasiado, pueda obstaculizar la averiguación de la verdad, estarían equivocados si se tiene en cuenta su posición como órgano de la administración de justicia. Por el contrario, el defensor, a través de preguntas complementarias y críticas a los testigos, podría ayudar a evitar errores en la investigación que, a veces, son más difíciles de corregir en estadios posteriores del procedimiento. Por ello, al menos se debe considerar que la fiscalía y la policía están autorizadas, si es que no están ya obligadas, a permitir al defensor estar presente en los interrogatorios. Sobre todo esto, instructivo KRAUSE, StrV 84, 169. Con respecto a la influencia de la defensa en la práctica de la prueba en el procedimiento preliminar NELLES, StrV 86, 74.

IV. Vista de los autos

El derecho del defensor a *examinar los autos* (con inclusión del compendio del registro de penados, BVerfG NStZ 83, 131; SCHMIDT, NStZ 83, 89), así como a *inspeccionar* los instrumentos de prueba conservados oficialmente rige, en general, durante todo el procedimiento (§ 147, I). No obstante, en todos los estadios del procedimiento se le puede impedir al defensor la vista de los autos cuando, conforme a los §§ 138a y b, está pendiente un proceso de exclusión en su contra (§ 138c, III, 1) o cuando ha sido impuesta la prohibición de comunicación según los §§ 31 y ss., EGGVG (§ 34, III, nº 2, 3ª frase, EGGVG). De lo contrario, la vista o la inspección sólo pueden ser negadas excepcionalmente antes del cierre de la investigación, cuando ellas podrían poner en peligro el fin de la investigación (§ 147, II); así, p. ej., cuando a través de la comunicación del contenido de los autos se frustrarían secuestros sorpresivos o detenciones, o cuando "de ese modo puede evitarse comprometer a una persona privada" (nº 187, I, RiStBV). Según la opinión hasta ahora dominante, contra la negativa a examinar los autos en virtud del § 147, II, no es procedente la reclamación conforme a los §§ 23 y ss., EGGVG[19].

[19] Hamm NStZ 84, 280; Hamburg StrV 86, 422; Frankfurt StrV 89, 96 (con reseña de WELP, StrV 89, 194); 93, 393 (con comentario en contra de TASCHKE); 93, 397; Karlsruhe NStZ 97, 49; a favor de la constitucionalidad BVerfG StrV 94, 1, con comentario de LAMMER. De otra opinión, con argumentos convincentes, WELP, StrV 86, 446; HIEBL, 1994, 161 y siguientes. A favor de la revisibilidad en casos de excepción Hamm StrV 93, 299. Frankfurt StrV 96, 310, propone admitir siempre una reclamación ante actos arbitrarios de la fiscalía.

El BVerfG[20] ha confirmado esta práctica, pero ha establecido una limitación para el caso de que el defensor necesite examinar los autos con la finalidad de poder influir efectivamente sobre la resolución judicial de prisión (sobre las consecuencias prácticas BOHNERT, GA 95, 468). También una decisión del EGMR (StrV 93, 283) deja entrever que la opinión dominante es objetable, al menos cuando se trata de la imposición de la prisión preventiva (al respecto SCHMITZ, 1993; ZIEGER, 1993). Más allá de ello, la vista del protocolo sobre los actos instructorios en los que el defensor tenía derecho a estar presente no puede serle negada nunca (§ 147, III). Si, no obstante, esto sucede, está concedida la vía legal conforme a los §§ 23 y ss., EGGVG[21]. A su requerimiento, los autos deben ser entregados al defensor (¡no los instrumentos de prueba!), incluso para estudiarlos en su domicilio; sin embargo, un requerimiento semejante puede ser rechazado a través de una decisión irrecurrible cuando a ello "se oponen motivos importantes" (§ 147, IV). La entrega de los autos al imputado es inadmisible: él, como resulta del § 147 *a contrario sensu*, no tiene derecho alguno a examinarlos (de otra opinión HIEBL, 1994, 36 y ss., 97 y s., quien concede al imputado un derecho propio a examinar los autos, si bien únicamente en forma de entrega de una copia de ellos; igualmente LG Ravensburg NStZ 96, 100. A favor del otorgamiento de un derecho de vista *de lege ferenda*, con razón, WELP, 1984, 312). No obstante, según una opinión discutida, por cierto, pero digna de elogios, el defensor puede y debe *comunicar* a su mandante, oralmente a partir de los autos o por entrega de extractos fotocopiados, todo lo que se refiera al proceso y pueda ser útil para una defensa conforme a los hechos (cf. HIEBL, 1994, 40 y siguientes); de lo contrario, él tampoco podría utilizar ciertas informaciones en escritos dirigidos al tribunal, que el imputado, naturalmente, lee. Sobre el objeto del derecho a examinar los autos detalladamente HIEBL, 1994, 99 y siguientes.

Sobre el concepto de "expediente", con más detalles, H. SCHÄFER, NStZ 84, 203; sobre los "instrumentos de prueba oficialmente conservados" RIEß, *Peters-FG*, II, 1984, 113; H. SCHÄFER, 1984; SCHLAG, *Koch-FS*, 1989, 229. Al expediente también pertenecen los disquetes en los que se archiva informaciones importantes (FETZER, StrV 91, 142). Sobre posibles manipulaciones de expedientes BARTON, *StA-Schleswig-Holstein-FS*, 1992, 335.

De la vista deben ser excluidos los documentos manuscritos, las anotaciones privadas de los jueces realizadas durante el debate (Karlsruhe NStZ 82, 299), así como las actas que son puramente de uso interno (nº 187, II, 1, RiStBV); estos son documentos sobre antecedentes de la administración interna (proyectos de actas [BGHSt 29, 394], duplicados, recursos administrativos, correspondencia con otras autoridades, entre otras) que se producen en relación con la causa penal (sobre esto KLEINKNECHT, *Dreher-FS*, 1977, 721). Si el imputado se siente afectado debido a que la fiscalía ha excluido un documento de los documentos manuscritos,

[20] NStZ 94, 551; ahora también BGH NStZ 96, 146.

[21] Celle NStZ 83, 379, discutido; con más detalles WELP, 1984, 323; KELLER, GA 83, 497; Hamm StrV 95, 571, con comentario a favor de MEHLE/HIEBL.

tiene a su disposición la vía legal conforme a los §§ 23 y ss., EGGVG (KLEINKNECHT, 1977, 726). Pero el derecho a examinar los autos no se limita a expedientes que son relevantes para la cuestión de la culpabilidad o de las consecuencias legales; él abarca también a los antecedentes de la prisión preventiva que se encuentran en el tribunal: allí pueden hallarse importantes informaciones para la defensa (BGHSt 37, 204, con reseña de FOTH, StrV 91, 337). Tampoco los protocolos sobre búsquedas pueden ser sustraídos al examen después del cierre de la investigación (Hamburg NStZ 92, 50).

El derecho a la vista de los protocolos sobre rastros elaborados por la policía, que a veces contienen huellas digitales, matrículas de autos o datos provenientes de la población, es objeto de vivas discusiones. En tanto tal material esté integrado a las actas de investigación de la fiscalía, está sujeto por completo al derecho de examinar los autos conforme al § 147. Sin embargo, en cuanto ese material sea dejado de lado por la policía como insignificante o sea devuelto, no es parte integrante de las actas de investigación. Si el defensor presenta una solicitud para hacer traer tales protocolos sobre rastros, el tribunal no está obligado a ello en virtud del § 147 (BGHSt 30, 131). Se trata, antes bien, de una solicitud de investigación probatoria (cf. *infra* § 43, B, I) que el tribunal debe admitir en el marco de la obligación de esclarecimiento con arreglo al § 244, II, cuando tiene indicios de que los protocolos sobre rastros contienen algo relevante para la cuestión de la culpabilidad o de la pena (BGHSt 30, 131; MEYER-GOßNER, NStZ 82, 353). Si el tribunal no hace traer los protocolos sobre rastros, de todos modos, si se diera el caso, se le debe dar al defensor el derecho de cumplimiento coercitivo, conforme al § 23, EGGVG, de examinarlas directamente en la policía o en la fiscalía; para ello, el tribunal debe suspender el juicio oral o, incluso, interrumpirlo[22].

Una escucha telefónica debe ser notificada al defensor aun durante el juicio oral, para que él pueda informarse sobre su resultado a través de la vista de las actas y pueda tomarlo en consideración en su defensa. Ello viene exigido por el principio del procedimiento llevado a cabo con lealtad, aun cuando el tribunal considere que el resultado no es importante para la decisión (BGHSt 36, 305).

Independientemente del derecho a la vista de los autos del defensor u otro interviniente en el proceso (para ello, SCHÄFER, NStZ 85, 198 y s.; la vista de los autos por el ofendido está regulada ahora en el § 406e, ver *infra* § 63, B, II, 2) se debe contestar la pregunta de si el examen del expediente también puede ser permitido a personas que no son parte en el proceso o a instituciones[23]. Mientras que, con anterioridad, esta situación era juzgada conforme al § 147, V, en relación con el nº 185, RiStBV, según apreciación debida (cf. Düsseldorf NJW 80, 1293; asimismo Hamm NJW 85, 2040), esta práctica ya no se presenta ahora como aceptable en atención a la decisión del BVerfGE 65, 1 (*Volkszählungsurteil:* sentencia sobre el censo de la población): a causa de la injerencia en el "derecho a la autodeterminación informativa" que existe en el otorgamiento de la vista es necesario, para ello, un fundamento legal (LG Regensburg NStZ 85, 233; Hamm NStZ 86, 236) del que, sin embargo, se carece en la actualidad (en contra de la opinión de SCHÄFER, 1984, 202, las disposiciones de la RiStBV no constituyen Derecho consuetudinario); no obstante, según la sentencia de Hamm NStZ 86,

[22] MEYER-GOßNER, 1982; cf. también BENDER/NACK, ZRP 83, 1; en este sentido igualmente BVerfG NStZ 83, 273, con reseña de PETERS, 275, y M. AMELUNG, StrV 83, 181; Hamm NStZ 84, 423, con comentario de MEYER-GOßNER; de otra opinión –sobre todo con motivo de la protección de datos– H. SCHÄFER, MDR 84, 454. A favor de un derecho directo a examinar los autos en virtud del § 147 WASSERBURG, NJW 80, 2440; NStZ 81, 211; DÜNNEBIER StrV 81, 504; BEULKE, *Dünnebier-FS*, 1982, 285, por el que los protocolos sobre rastros son considerados como parte integrante de las actas judiciales, bajo la adopción de un concepto "material" de actas. Sobre la cuestión de por cuánto tiempo deben ser conservados los protocolos sobre rastros después del sobreseimiento provisional del procedimiento preliminar, cf. SCHNARR, ZRP 96, 128.

[23] A tal efecto GRANDEL, *Die Strafakteneinsicht durch Verletzte und nichtverf.beteiligte Dritte im Licht des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*, tesis doctoral, Augsburg, 1989.

236, hasta que haya una regulación legal, el nº 185 RiStBV es, por un período transitorio, "ahora tanto como antes una regla adecuada y razonable cuyo límite, sin embargo, no puede ser superado de ningún modo en consideración a la jurisprudencia del BVerfG" (sobre esto también Koblenz NJW 86, 3093; Celle NJW 92, 253; Karlsruhe NStZ 94, 50). No obstante, entre tanto, este período transitorio podría estar vencido. Según el BVerfG NStZ 87, 286, la GG no otorga a terceros un derecho a que el Estado los ayude en la obtención de la reclamación civil de la reparación del daño, a través de la entrega de informaciones provenientes del procedimiento penal preliminar. La denegación de la vista a un tercero por *el tribunal* es un decreto contra el cual está admitida la queja de conformidad con el § 304 (Hamburg NStZ 82, 482), la denegación por *la fiscalía* es un acto de la administración de justicia contra el que procede la vía jurídica de los §§ 23 y ss., EGGVG (BGH NStZ 93, 351; Karlsruhe NStZ 94, 50, con comentario de KINTZI, NStZ 94, 448; Karlsruhe StrV 95, 576).

Si un procedimiento es sobreseído, el afectado que posee un interés legítimo puede exigir la vista de las actas y, dado el caso, puede reclamar de conformidad con los §§ 23 y ss., EGGVG: la denegación de la vista es admisible únicamente en un caso análogo al § 96 (Hamm NJW 84, 880; sin embargo, cf. H. SCHÄFER, MDR 84, 454).

Se discute si el defensor está obligado a colaborar en la reconstrucción de expedientes extraviados, poniendo a disposición sus transcripciones o copias, pero esto debe ser contestado negativamente, dado que el defensor sólo tiene que defender los intereses del imputado y no los del tribunal (WALDOWSKI, NStZ 84, 448; MEHLE, *Peters-FG*, II, 1984, 201; de otra opinión RÖSMAN, NStZ 83, 446). En todo caso, el contenido de los autos puede ser reconstruido a través de la libertad probatoria, de tal modo que ningún impedimento procesal se opone a un recurso de apelación (Saarbrücken NJW 94, 2711).

V. Comunicación escrita y oral con el mandante

1. El derecho del defensor a tener contacto escrito y oral con el imputado no puede, en principio, ser restringido, aun cuando aquél se halle en prisión (§ 148, I; instructivo KG JR 77, 213; BGH NJW 73, 2035; sobre esto FEZER 4/57-69; con mayores detalles *infra* § 30, D, III, 1). Sin embargo, la comunicación escrita entre un mandante al que se le imputa la comisión de un hecho punible según el § 129a, StGB, y su defensor puede ser controlada, incluso en el procedimiento cuyo objeto no es un hecho punible, conforme al § 129a, StGB (§§ 148, II, 1, 2; 148a; sobre esto NEUFELD, NStZ 84, 154; en la práctica, la reglamentación no ha dado buenos resultados, GOHL, *Rebmann-FS*, 1989, 199). Pero en el procedimiento preliminar, el contacto con el defensor sólo puede ser limitado a través de una orden judicial y esto también, únicamente, en caso de sospecha vehemente de la comisión de un hecho punible según el § 129a, StGB (BGHSt 36, 205 con reseña de MÜLLER-DIETZ, JZ 89, 961). El § 148, I, conforme a su sentido, debe comprender también, más allá de su tenor literal, las conversaciones iniciales en las que sólo se trata la posible aceptación del mandato (DANCKERT, StrV 86, 171; de otra opinión KG StrV 85, 405, con comentario en contra de W. HASSEMER). Sobre la inadmisibilidad de la vigilancia telefónica de los defensores ver *infra* § 34, IV, 4.

Si la comunicación escrita entre tal imputado y su defensor debe ser controlada, para las conversaciones entre ellos deben estar previstos ciertos mecanismos que excluyan la entrega de escritos y otros objetos (§ 148, II, 3). Uno de los dispositivos de esta especie que entra en consideración es, ante todo, el llamado *"cristal de separación"*, muy discutido por la opinión pública. Esta regla, que fue introducida por la ley antiterrorismo del 18/4/1978 (BGBl. I, 497), se queda atrás con respecto a las propuestas de mayor alcance que quisieron prever un control general de las conversaciones entre abogado y mandante en los "procedimientos por terrorismo".

De lege lata, del § 148, I y II, se puede inferir como argumento en contrario que, cuando se trata de otros hechos punibles distintos a los del § 129a, StGB, es inadmisible toda dificultad de la comunicación oral o escrita, en especial todo control o secuestro de correspondencia, así como un registro del defensor que aspire a ello o la colocación de un cristal de separación (así, en principio, también Hamm NJW 80, 1404; discutido; la opinión de la Comisión Jurídica, Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 8/1482, 13, es desacertada). Sin embargo, esto no excluye un registro del defensor, ni de las cosas que él lleva consigo en virtud de medidas propias del poder de policía en la audiencia (§ 176, GVG), cuando el presidente, libre de arbitrariedad, supone un peligro para el orden en la audiencia (BVerfGE 48, 118; críticamente KREKELER, NJW 79, 185). También es admisible que en la visita a un detenido se trate al defensor como a cualquier otro visitante por motivos de mantenimiento de la seguridad del establecimiento y que se lo registre sobre armas y herramientas que pudieran servir para la evasión (cf. BVerfGE 38, 26; BGH NJW 73, 1656, así como los §§ 24, III, y 26, StVollzG, que pueden ser aplicados analógicamente a los detenidos en prisión preventiva). Contra tales medidas existe la vía legal de los §§ 23 y ss., EGGVG (BGH NJW 80, 351).

2. Bajo la impresión provocada por el caso de secuestro "Schleyer", el legislador introdujo en una ley relámpago (ley para la reforma del EGGVG del 30/9/1977, BGBl. I, 1877) una *prohibición* completa del *contacto* entre abogado y mandante durante el desarrollo de actividades terroristas (sobre la "ley de prohibición del contacto" cf. GRONAU, StVollzG, 1977; así como el análisis crítico en JUNKER, 1996, 204 y siguientes). En virtud de los nuevos §§ 31 y 33, EGGVG, las autoridades judiciales de los estados federados pueden suspender las comunicaciones "de detenidos entre sí y con el mundo exterior, inclusive la comunicación escrita y oral con el defensor", cuando el gobierno de un Estado federado o bien una autoridad superior del Estado federado, que aquél determine, o el Ministro Federal de Justicia (ver § 32, EGGVG) realicen una triple constatación: que existe un peligro actual para la integridad física, la vida o la libertad de una persona; que determinados hechos fundamentan la sospecha de que ese peligro proviene de una organización terrorista; y que para defenderse de ese peligro se requiere la interrupción de las comunicaciones con los presos detenidos en conexión con hechos punibles en el sentido del § 129a, StGB (sobre la inaplicabilidad de la ley de prohibición del contacto a terroristas "solitarios", que no pertenecen a una organización, BGHSt 27, 260). Sobre la puesta en práctica y las consecuencias de la prohibición del contacto ver § 34, EGGVG; sobre la revocación, la confirmación judicial y la reiteración de la constatación según el § 31 ver § 35 y 36, EGGVG. Esta regulación legal aparece como indispensable para el legislador porque el fundamento de tales medidas en el criterio del estado de necesidad justificante (§ 34, StGB) era dudoso desde el punto de vista legal (a favor de la admisibilidad BVerfGE 46, 1; BGHSt 27, 260, con comentario crítico de AMELUNG, NJW 78, 623; SYDOW, JuS 78, 222). La constitucionalidad de la cuestionada ley de prohibición del contacto ha sido afirmada por el BVerfGE 49, 24. El § 34a, EGGVG, introducido por la ley del 4/12/1985 (BGBl. I, 2141), representa una clara moderación de las disposiciones de prohibición del contacto, ya que ordena nombrarle al detenido, a su solicitud, un abogado como persona para su contacto. Sobre el análisis de la reforma de la ley cf. KREKELER, NJW 86, 417.

VI. Defensa conflictiva; acuerdos

Mientras que en algunos procedimientos penales –sobre todo en aquellos que tienen un doblez político– se puede observar, en los últimos tiempos, una confrontación entre defensa y justicia no conocida anteriormen-

te[24], en la práctica, por otra parte, también se extienden cada vez más ciertas formas cooperativas de procedimiento, que abren un nuevo campo de actividades a la defensa; p. ej., si el defensor deja entrever frente a las autoridades de la investigación la predisposición de su mandante a confesar y obtiene, por ello, un trato moderado (sobreseimiento conforme al § 153a o mandato penal). Durante mucho tiempo se discutió hasta qué punto tal cooperación "extralegal" es oportuna desde el punto de vista jurídico-político y es jurídicamente admisible. El BGHSt 43, 195, ha contribuido a una aclaración con su fundamental sentencia sobre la práctica de los acuerdos, cf. *supra* § 15, A, II.

F. Asistentes

Junto a los defensores, la StPO conoce una segunda categoría poco significativa de procuradores en la figura de los *asistentes* (§ 149). De modo distinto que en el proceso civil y en el administrativo (§§ 90, ZPO, y 67, II, VwGO), en el proceso penal contra adultos sólo deben ser admitidos en el juicio oral el cónyuge o el representante legal del imputado, a su solicitud (con mayor alcance el § 69, JGG, para el proceso penal de menores); en el procedimiento preliminar su admisión está sujeta a la apreciación del juez. Sin embargo, la solicitud debe ser hecha por el propio facultado para ser asistente; la mera solicitud del acusado no es suficiente (Düsseldorf NJW 79, 938). El asistente tiene derecho de representación y a ser oído. Para ejercer estos derechos debe estar presente en el juicio oral, cuya fecha y lugar deben serle comunicados; pero también en el procedimiento preliminar se le puede permitir la participación en los actos instructorios. El asistente no tiene derechos de gran alcance –p. ej., para formular requerimientos de prueba–, que acercarían su posición procesal a la del defensor (distinto que en el proceso penal de menores, conforme al § 69, JGG).

Con más detalle sobre la asistencia conforme al § 149 y conforme al § 69, JGG, KAUM, 1992, 44 y ss., o 99 y siguientes.

[24] Sobre los problemas jurídicos de esta llamada defensa conflictiva WIESBADEN, NJW 95, 409, así como MALMENDIER, NJW 97, 227.

Capítulo 4
Objeto y presupuestos del procedimiento penal; actos procesales; decisiones judiciales

§ 20. El objeto del proceso

Bibliografía: *Keetsin Liu*, Der Begriff der Identität der Tat, 1927; *Schwinge*, Identität der Tat i. S. d. StPO, ZStW 52 (1932), 203; *Oehler*, Die Identität der Tat, Rosenfeld-FS, 1949, 139; *Hruschka*, Der Begriff der "Tat" im Strafverf.recht, JZ 66, 700; *Bindokat*, Zur Frage des proz. Tatbegriffs, GA 67, 362; *Bertel*, Die Identität der Tat, 1970; *Barthel*, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, tesis doctoral, Saarbrücken, 1972; *Schöneborn*, Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafproz. Tatbegriffs, MDR 74, 529; *Büchner*, Der Begriff der strafproz. Tat, tesis doctoral, Würzburg, 1976; *Puppe*, Die Individualisierung der Tat in Anklageschrift und Bußgeldbescheid u. ihre nachträgl. Korrigierbarkeit, NStZ 82, 230; *Neuhaus*, Der strafverf.rechtl. Tatbegriff - "ne bis in idem", 1985; *Marxen*, Der proz. Tatbegriff in der neueren Rspr., StrV 85, 472; *Krauth*, Zum Umfang der Rechtskraft bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller u. terrorist. Vereinigungen, Kleinknecht-FS, 1985, 215; *Wolter*, Tatidentität u. Tatumgestaltung im Strafprozeß, GA 86, 143; *Neuhaus*, Materielle Handlungseinheit u. proz. Tatidentität, wistra 88, 67; *idem*, Der strafproz. Tatbegriff u. seine Identität, MDR 88, 1012; 89, 213; *Mitsch*, Dauerdelikt u. Strafklageverbrauch, MDR 88, 1005; *Detmer*, Der Begriff der Tat im strafproz. Sinn, tesis doctoral, Bonn, 1989; *Gillmeister*, Zur normativ-faktischen Bestimmung der strafproz. Tat, NStZ 89, 1; *Bauer*, Erneute Neubestimmung des proz. Tatbegriffs usw., wistra 90, 218; *Fezer*, §§ 129, 129 a StGB u. der strafproz Tatbegriff, en: Schmidt (comp.), Rechtsdogmatik u. Rechtspolitik, 1990, 125; *Schlüchter*, Von der Unabhängigkeitsthese zu materiell-rechtl. begrenzter Tatidentität beim Dauerdelikt, JZ 91, 1057; *Cording*, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- u. Organisationsdelikten, 1993; *Erb*, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten u. bei fortgesetzten Taten, GA 94, 265; *Schlehofer*, Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat, GA 97, 101.

Ver, además, las indicaciones bibliográficas al § 50.

A. Fundamentos

I. Concepto

En un sentido amplio, objeto del procedimiento penal es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas. En cambio, el término técnico "*objeto del proceso*" tiene un significado más restringido. Se refiere únicamente al "hecho descripto en la acusación" de la(s) persona(s) acusada(s) (§§ 155, I, y 264, I), esto es, sólo al objeto del procedimiento judicial. Esta determinación es una consecuencia del principio acusatorio (sobre esto *supra* § 13): si la investigación judicial depende de la interposición de una acción (§ 151), ella también debe estar relacionada temáticamente con la acusación (sobre ello, con más detalle, *infra* § 38, D, III). Por el contrario, dentro de los límites del objeto procesal, el tribunal está obligado a esclarecer por completo el hecho, tanto en su aspecto fáctico como jurídico (cf. §§ 155, II, 264, II, y 265).

II. Funciones

El objeto procesal tiene tres *funciones*: designa el objeto de la litispendencia (sobre esto *infra* § 38, D, I), demarca los límites de la investigación judicial y de la obtención de la sentencia, y define la extensión de la cosa juzgada (para ello ver *infra* § 50). Su importancia es idéntica en las tres funciones[1].

B. Configuración del objeto procesal en particular

I. Identidad del objeto del proceso

A causa de la alta jerarquía del principio acusatorio (§ 151) y del principio *ne bis in idem* (art. 103, III, GG), la cuestión de si existe un mismo objeto procesal (*eadem res*) es de un significado importante. La *identidad del objeto procesal* tiene un componente personal y uno material, es decir, ella presupone:

1. La *identidad de la persona*: durante el proceso no puede realizar ningún cambio en la persona del imputado, en especial, p. ej., no se puede poner en el banquillo en lugar del acusado a un testigo vehementemente sospechoso o confeso del hecho (cf. *supra* § 13, B, I, 2).

2. La *identidad del hecho*.

a) Según la jurisprudencia y la doctrina dominante, el *concepto procesal de hecho*, decisivo a este respecto, es independiente, en gran parte, del derecho material. Él describe el "*acontecimiento histórico*" sometido al tribunal a través de la acusación, en tanto conforma una unidad según la *concepción cultural* (cf., p. ej., BGHSt 23, 141; NStZ 84, 469; *LR*, 24ª ed., GOLLWITZER, § 264, núms. margs. 4 y ss., en cada caso con más detalles). Sin embargo, sobre ello no se ha podido lograr acuerdo alguno hasta el momento, respecto de bajo qué presupuestos se debe admitir la existencia de un "acontecimiento histórico único" (sobre las distintas opiniones, con más detalles, cf. *infra* § 50, B, II, 4). Merece preferencia una combinación de puntos de vista fácticos y normativos (ROXIN, JR 84, 346; JZ 88, 260), que también la nueva jurisprudencia está inclinada a aceptar (p. ej., BGHSt 32, 215). Conforme a ello, forman parte de "un hecho", en primer lugar, independientemente de toda calificación jurídica, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él; pero, por ello, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real del Derecho material, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro[2].

[1] Discrepante, en parte, BGHSt 29, 288; cf. también PETERS, 278 y s.; OEHLER, 1949, 141 y s.; SCHÖNEBORN, MDR 74, 530; ACHENBACH, ZStW 87 (1975), 84 y s., 87 y siguientes.

[2] Un desarrollo provechoso de esta proposición en WOLTER, 1986. Según SCHLEHOFER, GA 97, 101, "hecho" y agotamiento de la acción penal abarcan todas las lesiones a la ley que están calificadas en la acusación como ocurridas en el mismo tiempo y lugar.

b) El hecho no es fijado estáticamente por la acusación en su identidad, sino que es susceptible de *modificaciones* de cierta importancia. El tribunal puede apreciarlo de otro modo no sólo jurídicamente (§§ 155, II, y 264, II), también puede considerar, en el marco del objeto del proceso, discrepancias fácticas de la acusación y del auto de apertura conocidos con posterioridad (cf. § 265, II), en tanto únicamente la sustancia del acontecimiento acusado permanezca intacta. Por consiguiente, no es decisivo si el acusado menciona un suceso determinado, sino si él constituye un acontecimiento único con el suceso designado por la acusación (BGH NStZ 96, 243).

Así, p. ej., se trata del mismo hecho cuando resulta que el acusado había cometido el hurto con fractura que se le imputa no el 12 de julio, sino ya cinco días antes, o que en esa oportunidad no ejerció violencia para descerrajar la ventana, sino que abrió la puerta con una llave falsa (sobre el deber de advertir conforme al § 265 en un caso semejante ver *infra* § 42, D, V, 2). Por el contrario, si un acusado por hurto confiesa que el dinero que se le encontró no proviene del hurto por el que se lo acusó, sino de una extorsión cometida anteriormente, los límites del hecho están excedidos (a lo sumo, entra en consideración una acusación suplementaria, § 266; sobre esto ver *infra* § 46, B, II). En cambio, en los delitos de peligro sin consecuencias en el tránsito vial, y pequeños cambios temporales pueden excluir la identidad del hecho a causa del peligro de equivocación que existe aquí (AG Gemünden NJW 80, 1477). También existe identidad de hecho entre conducir en estado de embriaguez y la introducción prohibida de estupefacientes, producida con esa ocasión (BGH StrV 95, 62). La idea directriz debe ser siempre: si la parte de la imputación contenida en la acusación no afectada por la discrepancia permite aún una individualización unívoca del objeto procesal, que excluya confusiones (con más detalle PUPPE, NStZ 82, 230).

3. El concepto procesal de hecho (detalladamente FEZER, 18) debe ser diferenciado de los conceptos del Derecho material de la unidad de hecho, de la pluralidad de hechos y del delito plurisubsistente (cf. las instructivas síntesis en *SK*-SCHLÜCHTER, § 264, núms. margs. 10 y18).

a) Cuando existe un *concurso ideal* de Derecho material (p. ej., al dar una bofetada: §§ 52, 223 y 185, StGB), en general, existe también *un* hecho procesal (instructivamente BGH NJW 81, 997; BGHSt 38, 37). En el caso de importación prohibida y simultánea de armas y de estupefacientes se trata de *un* hecho; por ello, la condena firme por un delito con arma ya no permite un enjuiciamiento posterior en virtud de la BtMG (BGH NStZ 89, 38). El concurso ideal también puede ser construido a través del llamado efecto de arrastre de otro hecho punible no menos grave. El conducir sin permiso (§ 21, I, nº 1, StVG) configura una unidad de hecho con el delito de robo y los delitos sexuales cometidos durante el viaje y compone con ellos un hecho (BGH NStZ 84, 135); según el BGH NStZ 96, 41, también existe un acontecimiento único de vida, si el autor, al conducir sin permiso para ello, entretanto, comete un robo a un banco.

De conformidad con el BGHSt 29, 288, rige una excepción para los delitos cometidos por organizaciones, previstos en los §§ 129 y 129a, StGB: cuando alguien es miembro de una agrupación criminal o terrorista, los hechos punibles cometidos en servicio a esa agrupación están en concurso ideal con los §§ 129 y 129a, StGB (discutido; a favor del concurso ideal, entre otros, GÖSSEL, JR 82, 111); no obstante, ellos son "hechos" autónomos en el sentido del § 264 si están amenazados con una pena máxima más grave (p. ej., asesinato o un delito con explosivos) que el delito cometido por una organización. Las consecuencias dogmáticas y prácticas de esa decisión no son apreciables todavía en toda su extensión (sobre esto, RIER, NStZ 81, 74). La sentencia fue confirmada por el BVerfG (E 56, 22) con el fundamento de que, en verdad, una unidad de hecho conduce necesariamente a la admisión de un acontecimiento único en el sentido del art. 103, III, GG; sin embargo, esto no regiría para las unidades de accio-

nes solamente jurídicas como son las fundadas, p. ej., a través de un delito permanente. A raíz de esto Hamm NStZ 86, 278, a pesar del concurso ideal, y Zweibrücken NJW 86, 2841, mediante la aceptación del concurso real, sostienen que la condena firme por el delito con armas no puede conducir al agotamiento de la acción penal en lo que se refiere a un delito de homicidio cometido con el arma[3]. El BGHSt 36, 151 (con reseña de NEUHAUS, StrV 90, 342; MITSCH, JR 90, 162) soluciona el problema de modo parecido a Zweibrücken, *loc. cit.*, a través de la aceptación de que la posesión ilícita de armas y una tentativa de extorsión con violencia o amenaza cometida con el arma serían dos hechos distintos para el Derecho material y procesalmente, de modo que, por tal motivo, la condena firme en virtud de la WaffG no agota la acción penal por el delito cometido con el arma.

ERB, 1994, introduce una nueva propuesta sobre el alcance del agotamiento de la acción penal en los delitos permanentes. De acuerdo con ella, a pesar de la relación de concurso del Derecho material, la cosa juzgada sólo abarca las fases de un delito permanente (inclusive los §§ 129 y 129a, StGB) que fueron descriptas en la acusación. Si el delito permanente, en una fase no incluida allí, se halla en concurso ideal con otro hecho punible de mayor gravedad, puede ser ejercida una nueva acción en lo que a ello se refiere.

b) Si desde el punto de vista del Derecho material *concurren realmente* varios delitos, existirán también, en general, varios hechos procesales (BGHSt 35, 14). Pero, en caso de unidad del acontecimiento histórico, puede existir, de forma excepcional, también *un* hecho procesal (así, cuando el autor provocó un accidente y luego huyó del lugar, cf. BGHSt 23, 141, 270; ello también debe regir cuando se realiza el § 142, StGB, por no regresar al lugar del accidente, BGH MDR/H 82, 626). Frankfurt StrV 94, 119, muy ampliamente, considera que existe un hecho cuando alguien es sorprendido por la policía comerciando estupefacientes y en la huida comete un hecho conforme al § 142, StGB. En cambio, según la jurisprudencia del BGH, en caso de que en la fuga sea cometido otro delito de tránsito, éste representa un hecho procesal independiente, aun cuando todo el viaje en automóvil satisface simultáneamente el tipo penal del § 316, StGB (BGHSt 23, 150, con referencia al principio del Derecho material según el cual varias acciones punibles independientes no podrían ser resumidas en una unidad jurídica a través de un hecho punible permanente de menor gravedad que se halla en unidad de hecho con ellas; en contra GRÜNWALD, JZ 70, 330 y siguiente). En los delitos de tránsito automotor, un determinado acontecimiento de tránsito configura siempre un hecho en sentido procesal, de modo tal que los viajes de ida y vuelta hacia y desde un determinado punto de destino, separados por una interrupción que importe permanencia, son dos hechos (Köln NStZ 88, 568). Del mismo modo, existen dos "hechos", en sentido procesal, cuando una tentativa de aborto conduce al nacimiento de un niño con vida y, a continuación, éste es asesinado (BGHSt 13, 21); cuando después del intento frustrado de quitarle a la víctima 30.000 DM a través de una estafa se intenta obtener el dinero por medio de una extorsión con violencia o amenaza (BGH NStZ 83, 87); cuando después de la compra de estupefacientes se emprende un viaje en auto en estado de incapacidad para conducir, como consecuencia del uso de los estupefacientes (BayObLG JZ 91, 1095; sobre ello SCHLÜCHTER, JZ 91, 1057; NEUHAUS, NStZ 93, 202); cuando el autor es acusado por encubrimiento personal porque ha escondido el cuerpo de la víctima y en el juicio oral resulta que él mismo ha cometido el asesinato poco antes (BGHSt 32, 215)[4]; cuando el autor es acusado por hurto y en el juicio oral se muestra como encubridor real (BGHSt 35, 80, con comentario crítico de ROXIN, JZ 88, 260; restringidamente Köln, NStZ 90, 203); cuando el autor es condenado por encubrimiento por receptación y posteriormente resulta que él mismo ha robado las cosas supuestamente sólo ocultadas (BGHSt 35, 60, con reseña de ROXIN, JZ 88, 260). En todos estos casos, si el segundo hecho es conocido sólo en el juicio oral, es preciso, a su respecto, interponer una nueva acusación; si el segundo hecho es descubierto sólo después de una condena firme del primero, todavía es posible una nueva acusación, mientras que si se considerara lo sucedido como un hecho único, a ella se le opondría el principio *ne bis in idem* (al respecto § 50, B, I, II). En lo que se refiere a la condena precedente (p. ej., por encubrimiento por receptación en el caso BGHSt 35, 60) una revisión conforme al § 359, n° 5, puede conducir a una absolución (LG Saarbrücken NStZ 89, 546, con reseña de GÖSSEL)[5]. Para la cuestión de cuándo se presenta un suceso único, la jurisprudencia más reciente, en su totalidad, tiende a permitir que contribuya a la decisión la importancia que tienen para el Derecho penal los respectivos sucesos parciales (cf. ROXIN, JR 84, 346; BGH StrV 85, 181). Si ellos son similares unos a otros en el contenido jurídico de disvalor, se afirma la existencia de un hecho único con mayor facilidad que cuando el acontecimiento descubierto con posterioridad alcanza una dimensión del injusto considerablemente mayor. Así, el BGH considera que existe un hecho único cuando una tentativa de defraudación de impuestos, respecto del mismo impuesto, es proseguida ante la autoridad financiera en razón de una nueva resolución (BGHSt 36, 105). Pero el BGH NStZ 93, 50, a raíz de una jurisprudencia antigua, considera también la existencia de un hecho único cuando, conforme al § 138, StGB, un acusado resulta ser autor del hecho no denunciado; sin embargo, tal solución no se funda en la fórmula de la alternatividad, aplicada con anterioridad (ver *infra* § 50, B, II, 5), sino que se basa en que el autor no denunció el hecho. Todas las acciones que consisten en un hacer, vinculadas con la posesión de estupefacientes, han de constituir una "unidad de valoración", y deben poder ser juzgadas como un hecho único, aunque sólo se haya acusado por uno de los actos integrantes de la actividad (BGH NStZ 94, 495).

c) Los hechos individuales en los *delitos plurisubsistentes* (p. ej., § 260, StGB) no constituyen, sólo por su profesionalidad, habitualidad o por el ejercicio del comercio, una unidad de acción, desde el punto de vista del Derecho material (cf. SCH/SCH/STREE, advertencia previa al § 52, núm. marg. 100), ni un hecho procesal (de otra opinión, en especial, EB. SCHMIDT, I, núms. margs. 309-311). Tampoco se presenta *un* hecho procesal cuando el miembro de una agrupación criminal comete hechos punibles por su pertenencia a ese grupo (BVerfGE 45, 434; a favor BOTTKE, JA 79, 596; crítico FLEISCHER, NJW 79, 1337). En general, tampoco conduce a la aceptación de un hecho único en el sentido del § 264 la comisión a través de una división del trabajo con arreglo a un plan (BGHSt 26, 284).

d) Cuando se trata de omisiones, para la cuestión de si una omisión acusada y una condenada constituyen el mismo hecho depende de si existe una relación más estrecha entre las situaciones a partir de las cuales se originó el deber de obrar (BGH NStZ 95, 46).

II. Indivisibilidad del objeto del proceso

1. De este principio resulta que el proceso *comprende al hecho en todo sentido*. "El objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación como se presenta según el resultado del debate" (§ 264, I).

a) En *sentido fáctico*, el hecho comprende todas las acciones de preparación, concomitantes y posteriores.

b) En *sentido jurídico*: el proceso comprende el hecho bajo todos los puntos de vista jurídicos.

Por consiguiente, el tribunal no está sujeto a la apreciación jurídica del hecho que motiva el auto de apertura (§ 264, II). Esto significa que el tribunal puede tomar en cuenta circunstancias agravantes o atenuantes que aparecieron en el juicio oral, así, p. ej., si la acusación se realiza por hur-

[3] Enérgicamente en contra GRÜNWALD, StrV 86, 243; rechaza la unidad de hecho y, por ello, concuerda en el resultado PUPPE, JR 86, 205; cf., además, NEUHAUS, NStZ 87, 138, y MITSCH, NStZ 87, 457; MDR 88, 1005.

[4] Al respecto ROXIN, JR 84, 346; JUNG, JZ 84, 535; MARXEN, 1985. Frankfurt GA 88, 374, extraen de ello la consecuencia de que, en general, las acciones de encubrimiento personal y de encubrimiento real son un hecho distinto al de la acción previa.

[5] Sobre la "eliminación de decisiones de tribunales penales, contradictorias desde el punto de vista del Derecho material", con mayores detalles, MEYER-GOßNER, *Salger-FS*, 1995, 345.

to simple puede condenar por hurto con arma; el tribunal también puede condenar bajo un punto de vista jurídico distinto (p. ej., por apropiación indebida en lugar de por hurto, por denuncia falsa en vez de por declaración falsa [BayObLG NStZ 91, 405] o por complicidad en lugar de por coautoría y viceversa) o bajo puntos de vista jurídicos más extensos (p. ej., por falsificación de documento "y por una estafa cometida a través de la misma acción") (cf., sin embargo, § 265; ver *infra* § 42, D, V, 2).

c) Al contrario que en el proceso civil, con respecto a un mismo objeto procesal *no* existen *sentencias interlocutorias*; así, p. ej., ninguna sentencia que conteste afirmativamente a la cuestión de la culpabilidad, pero que deje abierta aún la cuestión de la punibilidad o la cuestión acerca de una medida (cf., empero, *de lege ferenda infra* § 42, G, II).

2. Sin embargo, la indivisibilidad puede sufrir ciertas *excepciones*.

a) Así, cuando por motivos procesales no es admisible la persecución bajo uno de los varios puntos de vista jurídicos correspondientes materialmente.

Cuando ante la existencia de una unidad de hecho en la que coinciden un delito de acción pública y un delito perseguible a instancia de parte no ha sido interpuesta la instancia de persecución penal, el hecho sólo puede ser perseguido bajo el aspecto de delito de acción pública (si, p. ej., alguien con el fin de cometer una coacción entró por la fuerza a un departamento ajeno, el hecho puede ser perseguido sin instancia de persecución penal sólo conforme al § 240, StGB, pero no como allanamiento de morada).

b) Además, en el procedimiento recursivo es posible impugnar partes de una sentencia, separables lógicamente, p. ej., sólo la cuestión de la punibilidad, la decisión sobre la ejecución condicional o la imposición o falta de imposición de una medida (§ 318); cf. al respecto *infra* § 51, B, III.

III. Pluralidad de objetos procesales

Es absolutamente posible que en un mismo procedimiento –esto es, en el mismo marco externo– sean tratados *una pluralidad de objetos procesales*, p. ej., en caso de pluralidad de hechos o de participación; la intervención de cada acusado individual en el hecho o en cada acción de varias acciones jurídicamente independientes (p. ej., en varios hurtos con fractura) constituye un objeto procesal independiente. Prescindiendo de los casos de pluralidad de hechos y de participación, el tribunal también puede tratar conjuntamente varias causas penales en caso de similitud (p. ej., en caso de adulteraciones de vino de distintos vitivinicultores en el mismo pueblo) o en caso de reciprocidad (p. ej., en una pelea) o en caso de que existan otras conexiones (p. ej., la falta de denuncia de un delito, punible según el § 138, StGB, con ese delito). Una *unión* semejante presupone únicamente una mera conexión entre los distintos hechos (§ 237); en caso de que no existan los presupuestos estrictos del § 3 (sobre ello *supra* § 7, A, V; § 8, B, I), ella es admisible pero, naturalmente, sólo cuando el tribunal que realiza la unión es competente por razón de la materia y territorialmente para cada causa penal en particular (cf. BGHSt 26, 271; 38, 172).

Tanto la unión como la *separación*, nuevamente posible en todo momento del procedimiento, quedan libradas a la apreciación del tribunal que puede decidir sobre ello tan pronto como la fiscalía haya llevado ante él las causas penales, a través del ejercicio aislado o conjunto de la acción (ver § 237). La decisión sobre la separación es impugnable (con prescindencia de los casos del § 304, IV, BGH NStZ 93, 296) a través del recurso de queja (Frankfurt StrV 91, 501). La unión de causas penales con conexión entre sí tiene la ventaja de que se debe practicar prueba sólo una vez sobre el suceso total y, por ello, se garantiza la mayor economía procesal posible.

§ 21. Los presupuestos procesales

Bibliografía: *Rosenberg*, Beiträge zur Lehre von den Prozeßvor., ZStW 36 (1915), 522; *Oetker*, Zur Lehre von den Prozeß- und Urteilsvor. im Strafverf., GerS 104 (1935), 85; *Niese*, Prozeßvor. und -hindernisse und ihre Feststellung im Strafprozeß, DRZ 49, 505; *Engisch*, Prozeßfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit, Rosenberg-FS, 1949, 101; *Bockelmann*, Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Recht, 1951; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch - Strafklagerecht, 1968; *Sulanke*, Die Entsch. bei Zweifeln über das Vorhandensein von Prozeßvor. und Prozeßhindernissen im Strafverf., 1974; *Volk*, Prozeßvor. im Strafrecht, 1978; *Többens*, Der Freibeweis und die Prozeßvor. im Strafprozeß, tesis doctoral, Freiburg, 1979; *idem*, Der Freibeweis und die Prozeßvor. im Strafprozeß, NStZ 82, 184; *Rüping*, Die völkerrechtl. Immunität im Strafverf., Kleinknecht-FS, 1985, 397; *Wolfslast*, Immunität und Hauptverhandlung im Strafverf., NStZ 87, 433; *Herret*, Verf.beendigung, Kostentragung und Entschädigung beim Tod des Beschuldigten oder Angekl., tesis doctoral, Gießen, 1988; *Pflüger*, Der Abschluß des Strafverf. beim Tod des Angekl., NJW 88, 675; *Laubenthal/Mitsch*, Rechtsfolgen nach dem Tod des Angekl. im Strafverf., NStZ 88, 108; *Pföhler*, Zur Unanwendbarkeit des strafrechtl. Rückwirkungsverbots im Strafprozeß aus dogmenhistor. Sicht, 1988; *Gatzweiler*, Der Sachverständige zur Beurteilung der Verhandlungsfähigkeit bzw. Verhandlungsunfähigkeit, StrV 89, 167; *Hillenkamp*, Verf.hindernisse von Verfassungs wegen, NJW 89, 2841; *Katzorke*, Die Verwirklichung des staatl. Strafanspruchs, 1989; *Dehn*, Verf.hindernis bei völkerrechtswidriger Entführung durch deutsche Strafverfolgungsorgane, tesis doctoral, Heidelberg, 1993; *Weiler*, Irreparable Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires rechtsstaatl. Strafverf. als Verf.hindernis?, GA 94, 561; *Wilske*, Strafverfahren gegen völkerrechtswidrig Entführte..., ZStW 107 (1995), 48; *Wolfslast*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995; *Rath*, Zum Begriff der Verhandlungsfähigkeit im Strafverfahren, GA 97, 214.

A. Concepto y delimitación

Presupuestos procesales, en sentido amplio, son las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él (p. ej., competencia del tribunal, existencia de una instancia de persecución penal, sometimiento del inculpado a la jurisdicción respectiva, etcétera).

Un intento interesante y continuado en el sentido de una nueva determinación del concepto y de la función de los presupuestos procesales puede ser encontrado en VOLK, p. 169. Él ha orientado los presupuestos procesales individuales al concepto de la finalidad del proceso que, según él, consiste en el aseguramiento de la paz jurídica. En relación a este fin procesal, los presupuestos procesales serían presupuestos tipificados del aseguramiento de la paz jurídica, sin cuyo concurso no existirían motivos, en realidad, para la actuación del ordenamiento jurídico-penal (VOLK, p. 204; críticamente sobre esto ZIELINSKI, *H. Kaufmann-GS*, 1986, p. 877).

Los presupuestos procesales deben ser distinguidos de las *condiciones objetivas de punibilidad* (tales son, según la opinión dominante, p. ej., la adecuación a Derecho en la ejecución de un acto oficial en el delito de resistencia contra funcionarios [StGB § 113] y la comisión de un hecho antijurídico en estado de embriaguez en el delito de embriaguez completa [StGB § 323a]). Las condiciones objetivas de punibilidad se refieren al Derecho material: si falta una de tales condiciones, debe ser reconocida la necesidad de absolver (ver también, *infra* C).

Los presupuestos de los *actos procesales* o de las *formas procesales*, al contrario que los presupuestos procesales, no afectan a las condiciones de admisibilidad del proceso en su totalidad, sino solamente a la cuestión de la admisibilidad de actos procesales particulares en el marco de un proceso (p. ej., el ofrecimiento de prueba). Cf. sobre esto, *infra* § 22, B.

B. Los presupuestos procesales en particular

I. Capacidad jurisdiccional del tribunal:

1. Sometimiento del imputado bajo la *jurisdicción* respectiva (§§ 18 y 19, GVG); cf. sobre esto, *supra* § 6.

2. *Carencia de las condiciones limitativas en caso de extradición*. Si una potencia extranjera ha concedido la extradición a Alemania de un inculpado y ha sometido la validez de ese auxilio judicial a una condición, esa condición debe ser observada en el proceso (§ 72 IRG).

3. *Admisibilidad de la vía jurídica* (§ 13, GVG). Según el § 82, OWiG, una contravención también puede ser juzgada, si es el caso, en el procedimiento penal.

4. *Competencia material y territorial* del tribunal.

a) En principio, el tribunal tiene que verificar de oficio su *competencia material* en cada estadio del procedimiento (§ 6). Si, por ejemplo, la acción penal es ejercida ante un tribunal que considera que se trata de una causa de competencia de un tribunal superior, debe remitir las actuaciones, a través de la fiscalía, para que conozca de ellas ese tribunal superior (§ 209, II). Por el contrario, el tribunal superior puede abrir por sí mismo el procedimiento cuando se trate de casos de competencia de los tribunales inferiores de su distrito judicial (§ 209, I). La misma regulación rige también para el debate (§§ 225a, y 270). El § 6 se antepone también al § 269 si el tribunal superior ha aceptado su competencia discrecionalmente (cf. *supra* § 7, A, IV).

b) Para la *competencia de las cámaras penales especiales* en el sentido del § 74e, GVG, rigen reglas particulares (sobre esto ver *supra* § 7, A, III, 2, c). El tribunal puede verificar esta competencia de oficio sólo hasta la apertura del debate, después de lo cual únicamente el imputado puede cuestionarla (§ 6a) y sólo hasta el comienzo de su interrogatorio sobre el hecho (cf. § 243, IV).

c) Las mismas limitaciones mencionadas en b) rigen también para la verificación de la *competencia territorial* (§ 16).

d) Si el tribunal ha *admitido su competencia en contra de la ley* (p. ej., si ha desestimado incorrectamente una solicitud de incompetencia territorial planteada a tiempo), entonces hay allí un motivo absoluto de casación de la sentencia (§ 338, n° 4).

II. Perseguibilidad del hecho concreto

1. El hecho debe estar todavía *"intacto"*, esto es, no puede haber sido ya juzgado o estar pendiente de juzgamiento en otra causa (principio del *ne bis in idem*, ver *infra* § 50, B, I, 1). Si un tribunal reconoce que el mismo hecho está pendiente de juzgamiento ante otro tribunal, entonces, según diversas disposiciones de Derecho judicial, la causa debe ser continuada por el tribunal superior y si ambos son de la misma jerarquía tiene prioridad el tribunal ante el cual el hecho ha sido radicado inicialmente (§ 12; sobre esto ver *supra* § 8, A, I, 1).

2. El delito de cuya persecución se trata no puede estar *prescripto*.

La teoría anteriormente dominante había considerado a la prescripción, en parte, como causa material de extinción de la pena y, en parte, como causa de extinción e impedimento procesal (la llamada "teoría mixta"). De acuerdo con la nueva teoría, la jurisprudencia (cf. BGHSt 2, 300) ha admitido prevalecientemente el carácter procesal puro de la prescripción (en contra, con importantes argumentos, H. KAUFMANN, 1968, 121, 154). La cuestión se ha reactualizado a causa del debate acerca de la prórroga de los plazos de prescripción para los delitos de Estado cometidos en la época nacional-socialista. En parte se ha defendido el punto de vista según el cual, a pesar del carácter procesal de la prescripción, una prórroga de sus plazos resultaría inadmisible por violar el principio del Estado de Derecho[1]. A favor de la admisibilidad, con razón, BVerfGE 25, 269: el autor, como lo muestra también la posibilidad de interrupción del § 78c, StGB, no tiene interés alguno, digno de protección, en poder ponderar la duración de su perseguibilidad ya antes de la comisión del hecho.

3. La persecución penal no tiene que haber sido clausurada con motivo de una amnistía legal.

4. Tiene que haber una *acusación* y un *auto de apertura del juicio* adecuados al ordenamiento jurídico (sobre esto *ver infra* § 38, D, III, d; E, V, a-d).

5. En algunos casos, debe existir indispensablemente una *instancia de persecución penal* o una *autorización* administrativa (p. ej., § 194, IV, StGB).

III. Perseguibilidad del acusado

1. El acusado debe estar *vivo* y tener *capacidad para estar en juicio*.

a) La muerte del acusado es un impedimento procesal (de otra opinión FEZER, 9/139) y termina por sí misma con el procedimiento, incluso sin

[1] Cf., sobre esto, KLUG, JZ 65, 149; BEMMANN, JuS 65, 333; BAUMANN, *Der Aufstand des schlechten Gewissens*, 1965; GRÜNWALD, MDR 65, 521; SCHREIBER, ZStW 80 (1968), 348.

auto de sobreseimiento (BGH NStZ 83, 179; cf. *infra* § 51, B, II, 1, a; en contra LAUBENTAHL/MITSCH, 1988; PFLÜGER, GA 92, 20). Naturalmente, el defensor puede solicitar un sobreseimiento meramente declarativo, que haga posible una decisión sobre las costas del proceso según el § 467[2]. La decisión sobre los hechos dictada después de la muerte del acusado es nula y debe ser revocada, por razones de precisión (Schleswig NJW 78, 1016; en particular cf. KÜHL, NJW 78, 977).

b) Capacidad para estar en juicio significa que el imputado tenga capacidad "para representar racionalmente sus intereses, ejercer sus derechos y conducir su defensa de forma inteligente e inteligible"[3] (HENKEL, 233; sobre los criterios de apreciación, CABANIS, StrV 84, 87). Este concepto no es, por cierto, idéntico al concepto procesal civil de capacidad procesal. Según las circunstancias, la capacidad de actuar en juicio puede estar presente, por un lado, en un enfermo mental o en un fallido civil (BGH NStZ 83, 280) y, por otra parte, faltar en alguien con plena capacidad de culpabilidad, p. ej., a causa de un intento de suicidio. La capacidad de estar en juicio también determina si un inculpado o testigo puede comprender con suficiencia la lectura de sus derechos según los §§ 136, 52 y 55, para lo cual, según la jurisprudencia, la prueba es libre (cf. *infra* § 24, B, II), así que el principio *in dubio pro reo* no resulta aplicable (BGH NStZ 93, 395). Pero también los actos procesales de un incapaz de estar en juicio surten efecto si le son favorables, p. ej., si sirven para evitar que quede firme una condenación, como en el caso de la interposición de un recurso (BayObLG NStZ 89, 131).

Se discute la cuestión de si –y en qué medida– el imputado debe ser capaz de estar en juicio en el procedimiento en casación. Podrá alcanzar con una capacidad procesal limitada, pues aquí se trata únicamente de la cuestión jurídica, cuya apreciación, por regla general, debe ser delegada por el acusado en su defensor. Sobre este punto el BGH tiende a considerar suficiente la existencia de capacidad de estar en juicio hasta el vencimiento del plazo para recurrir (§ 341), porque el imputado debe decidir por sí mismo acerca de la interposición del recurso. Más allá de ello se debe exigir que el acusado esté en condiciones de sostener, por lo menos, una discusión básica con su defensor acerca de la continuación o el desistimiento del recurso, pues la facultad de desistirlo también corresponde al acusado (BGHSt 41, 16; BVerfG NStZ 95, 391)[4].

[2] Frankfurt NStZ 82, 48, con comentario de KÜHL. De otra opinión BGHSt 34, 184, con comentarios de KÜHL, NStZ 87, 338 y BLOY, JR 87, 348; en contra del BGH, PFLÜGER, 1988.

[3] HENKEL, 233; sobre los criterios de apreciación, CABANIS, StrV 84, 87. Un concepto estricto de la capacidad de estar en juicio, vinculado a la autonomía del imputado, ha sido desarrollado por RATH, 1997.

[4] Estas resoluciones fueron tomadas en el caso "Mielke". Sobre ellas, cf. WIDMAIER, NStZ 95, 361; en la sentencia BGHSt 41, 72, están documentadas todas las cuestiones dicutidas.

Si la realización del debate pone en peligro la vida del imputado o es de temer seriamente que él pueda sufrir, por el juicio, daños irreparables a su salud, corresponde dictar el sobreseimiento del proceso según el mandato del art. 2, II, 1, GG (BVerfGE 51, 352). Si el imputado es sólo transitoriamente incapaz de estar en juicio, entonces el tribunal sobreseerá el proceso *provisionalmente* (§ 205) y si no fuera posible contar con un restablecimiento de la capacidad el proceso será sobreseído *definitivamente*. En el procedimiento para la aplicación de una medida de seguridad (cf. *infra* § 64) no es necesario que el afectado sea capaz para actuar en juicio (§ 415).

Si a causa del avance, independientemente del juicio, de una enfermedad grave del acusado, él, con gran probabilidad, no podrá vivir hasta la sentencia, el respeto por la dignidad humana obliga, de todos modos, a dictar el sobreseimiento del proceso. En este supuesto no interesa que el acusado siga siendo todavía capaz para actuar en juicio (caso "Honecker")[5]. Un impedimento procesal tal ha sido rechazado mayoritariamente por los autores, dado que también deben ser considerados dignos de protección los intereses de la comunidad jurídica en el esclarecimiento y comprobación de los hechos investigados[6]. Sin embargo, la meta del juicio es la sentencia y no un interés histórico independiente de ella[7].

c) Así como el concepto procesal civil de capacidad procesal es reemplazado por el concepto de capacidad de actuar en juicio, también el concepto de legitimación procesal resulta poco provechoso en el proceso penal (oficialidad), dado que este tipo de procedimiento no es un proceso de partes (cf. *supra* § 17) y, por ello, tampoco hay lugar para un concepto de aptitud para ser parte.

d) Acerca de lo dicho en c) rige una excepción importante en el caso del *procedimiento de acción privada*, cuyas características lo muestran como un proceso de partes (cf. *infra* § 61). No obstante ello, los conceptos de capacidad y legitimación procesales tienen, en este procedimiento, también un significado limitado. Así, están aquí "legitimados activamente" todos los ofendidos por un delito de acción privada –según las circunstancias, también las personas jurídicas (§ 374, III)–; por el lado de la acusación están "legitimados" sólo los que tienen capacidad para ejercer el comercio; por el contrario, en el caso de los incapaces de ejercer el comercio o de quienes tienen capacidades limitadas, la acción sólo puede ser ejercida, renunciada, etc., por su representante legal.

[5] Cf., sobre el caso "Honecker", detalladamente KG NStZ 93, 297; BerlVerfGH NJW 93, 515 y ss.; LG Berlin NStZ 93, 298; NJW 93, 1608; KG NJW 93, 673, con comentario crítico de JAHNTZ, NStZ 93, 298; BVerfG NJW 93, 915 y s.; 93, 1577. Sobre una problemática similar: caso "Mielke", BerlVerfGH NJW 94, 436.

[6] BEULKE, n° 289; SCHLÜCHTER, StPR, 100; MEURER, JR 93, 89; SCHOREIT, NJW 93, 881; WASSERMANN, NJW 93, 1567; DEGENHART, *Staatsrecht*, 9ª ed., 1993, n° 584a; SACHS, Zeitschrift für Politik 93, 121 (134 y ss.); STARCK, JZ 93, 231; a favor de lo afirmado en el texto PAEFFGEN, NJ 93, 152; KOPPERNOCK/STAECHELIN, StrV 93, 433 (440 y siguiente).

[7] Un trabajo histórico referido al proceso ha realizado RICHTER, *Kurzer Prozeß. Honecker und Genossen - Ein Staat vor Gericht?*, 1993.

e) Contra *niños* de hasta catorce años el proceso debe ser sobreseído según la teoría dominante (cf. SCHAFFSTEIN/BEULKE, § 6, I, 3). Esto no depende, por cierto, de la falta de capacidad para estar en juicio de los niños, sino de que el legislador ha establecido aquí, como impedimento procesal, una presunción de incapacidad de culpabilidad que no admite prueba en contrario (§ 19, StGB).

2. En tanto no se trate de una excepción dispuesta por la ley (sobre esto detalladamente *infra* § 42, F), el acusado debe estar *presente* en el debate (§ 230). El BGH (BGHSt 26, 84) ha rechazado que sea ilícita esta obligación de asistencia, caracterizada como un presupuesto procesal a tener en cuenta de oficio, pues si ya la incapacidad de estar en juicio hace que el procedimiento sea irregular, esto debe regir con más razón en caso de la total ausencia del acusado (de otra opinión SCHLÜCHTER, StPR, 99).

3. El acusado no puede ser sometido a persecución penal si goza de *inmunidad* como legislador (art. 46, II, IV, GG). Las disposiciones de leyes estaduales sobre los presupuestos bajo los cuales puede ser realizada o continuada una persecución penal contra miembros de un órgano legislativo tienen efecto también para otros estados de la República Federal y para la Federación misma (§ 152a).

Es por ello que en el supuesto de inmunidad no se trata de una causa de exclusión de la pena, sino de un impedimento procesal –superable llegado el caso– (cf. Düsseldorf NStZ 87, 87, con comentario de JAKOBS).

4. En los últimos tiempos, se ha intentado, en medida creciente, derivar impedimentos procesales de infracciones estatales contra el principio del Estado de Derecho, como, p. ej., en los casos extremos de una excesiva duración del procedimiento imputable a la justicia (BVerfG NStZ 84, 128; ver, con más detalles, *supra* § 16, C) o de lesiones al principio del *fair trial* (cf. *supra* § 11, V). Si esto es posible y, en qué medida, es algo que no está todavía científicamente aclarado[8]. También en el caso de una "condena anticipada por los medios" (ver *supra* § 9, III) se discute la posibilidad de introducir un impedimento procesal[9]. El caso llamado "Schmücker" fue sobreseído por el LG Berlin a causa de las múltiples, diversas e irreparables lesiones al principio del Estado de Derecho de las que padecía (StrV 91, 371). (A una limitación de la acumulación de lesiones insalvables adhiere SCHIEFFLER, JZ 92, 131.) Acerca de la cuestión de un impedimento procesal en caso de intervención de un agente provocador, cf. *supra* § 10, B, II, 1, f, bb.

[8] Cf. RIER, JR 85, 45; VOLK, StrV 86, 34; en principio de acuerdo HILLENKAMP, 1989; WEILER, 1994; HAMM, StrV 91, 533; críticamente KATZORKE, 1989, 50 y siguientes.

[9] Cf. HASSEMER, NJW 85, 1921; ROXIN, NStZ 91, 153; en el Derecho comparado ESER/MEYER (comp.), *Öffentl. Vorurteilung u. faires Strafverf.*, 1986.

Más allá de ello, se discute si el *traslado contrario al Derecho internacional público* de un imputado, realizado por la policía alemana desde el extranjero, puede fundamentar un impedimento procesal. Según la jurisprudencia (BGH NStZ 85, 464; Düsseldorf NJW 84, 2050; BVerfG NStZ 86, 178; 468), éste no debería ser el caso, en tanto el Estado afectado no exija la restitución de la persona sustraída[10]. Si a través de la actuación de un agente provocador en el extranjero, el imputado es llevado con engaño a regresar a la República Federal y, ya en ella, detenido, según la sentencia BVerfG NStZ 95, 95, ni el Derecho internacional público, ni el art. 1, 2, GG, imponen el sobreseimiento del proceso, que no debe ser dictado, tampoco, cuando el acusado es conducido nuevamente al país extranjero por pedido de su gobierno.

Según la sentencia del BGH (BGHSt 33, 183, con comentario de K. MEYER, JR 86, 301), la omisión de notificar la sentencia de primera instancia no debería fundar impedimento procesal alguno, porque el acusado conoce el contenido esencial de la motivación a través su pronunciamiento público y de su lectura en la audiencia de apelación. La afirmación es cuestionable, pues el conocimiento de la sentencia escrita es imprescindible para una preparación apropiada de los recursos.

IV. Otras clasificaciones

En la *literatura*, los presupuestos procesales son distinguidos según la clasificación aquí efectuada, aunque son estructurados, en particular, desde muy diversos puntos de vista. P. ej., se distingue entre presupuestos procesales positivos y negativos, estos últimos también llamados impedimentos procesales. Los primeros deben estar afirmados positivamente (ver, p. ej., *supra* II, 1 y 2; III, 3). Para otras clasificaciones ver también la 8ª ed., 90 y ss.; EB. SCHMIDT, I, nº 122 y siguientes. De éstas y otras clasificaciones no derivan consecuencias prácticas.

C. Deber de examinar; procedimiento probatorio

En principio, la existencia de todos los presupuestos procesales, en sentido amplio, debe ser verificada de oficio en cada etapa del procedimiento (con exclusión de la competencia de las cámaras penales especiales y la competencia territorial, §§ 6a, 16; sobre esto ver *supra* I, 4). Con prescindencia del caso especial de los §§ 6a y 16, 2, no hay excepciones procesales que deban ser consideradas por el tribunal sólo cuando el im-

[10] De otra opinión SCHULTZ, *Schweiz. Jahrb. f. intern. Recht*, 1967, 67; VOGLER, *Oehler-FS*, 1985, 379; SCHUBARTH, StrV 87, 173; SCHÜNEMANN, *Pötz-FS*, 1993, 215. Cf. también BAUER, *Die völkerrechtswidrige Entführung*, 1968; DEHN, *Verfahrenshindernis bei völkerrechtswidrige Entführung durch deutsche Strafverfolgungsorgane*, tesis doctoral, Heidelberg, 1993; SCHLIMM, ZRP 93, 262; GRAMS, JA 94, 65.

putado haya apelado a ellas. Si los presupuestos procesales no han sido antes cuestionados por el recurrente, entonces pueden ser controlados también en la instancia de casación (cuestionable jurisprudencia del BGH, ver BGHSt 16, 115 e *infra* § 53, I).

Para la constatación de los presupuestos procesales se aplica, tanto en la ciencia como en la praxis (cf., p. ej., KÜHNE, n° 353), un procedimiento de prueba libre (cf. *infra* § 24, B). Sin embargo, esa postura no debe ser seguida: en primer lugar, no resulta viable verificar las circunstancias de las cuales depende la corrección de todo el proceso a través de un procedimiento probatorio informal y poco confiable (TÖBBENS, tesis doctoral, 90). En segundo lugar, es objetable que los presupuestos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, o las causas personales de exclusión de la pena, estén tan cerca unas de otras, hasta tal punto que a veces sean intercambiables y que la atribución de una circunstancia al Derecho material o al procesal dependa, con frecuencia, de casualidades históricas. En vista de ello, no es razonable acordar a esta diferenciación consecuencias procesales de tamaña importancia (VOLK, 1978, 28).

D. Consecuencia de la falta de un presupuesto procesal

Si falta un presupuesto procesal (o existe un impedimento procesal), entonces el procedimiento es inadmisible, no se puede dictar una decisión sobre los hechos y el proceso debe terminar, por ello, con un sobreseimiento. Dicho sobreseimiento, durante el procedimiento de investigación, es dictado por decreto de sobreseimiento de la fiscalía y después de la presentación de la acusación, por auto judicial (§§ 204 y 206a). Si la inadmisibilidad es advertida sólo en el juicio oral, entonces el proceso debe ser sobreseído por sentencia (§§ 206a y 260, III).

Si es posible contar con la desaparición del impedimento procesal (p. ej., en el caso de la incapacidad para estar en juicio del imputado), entonces corresponde dictar un sobreseimiento meramente provisional del proceso después de la presentación de la acusación, de acuerdo al § 205 o, si fuera el caso, incluso también durante el juicio. Sobre la renovación del auto de apertura o su saneamiento ulterior cf. *infra* § 40, C, II, 1, d.

§ 22. Sobre la teoría de los actos procesales en el proceso penal en general

Bibliografía: *Nußbaum*, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908; *Kern*, Zur Lehre von den Prozeßhandlungen im Strafprozeß, Lenel-FS, 1921, 52; *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, 1925; *Siegert*, Die Prozeßhandlung, ihr Widerruf und ihre Nachholung, 1929; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950; *Kalthoener*, Probleme aus dem strafproz. Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 1957; *Herbert Müller*, Fehlerhafte prozessuale Willenserklärungen, tesis doctoral, Tübingen, 1965; *Lässig*, Deutsch als Gerichts- und Amtssprache, 1980; *J. Meyer*, "Die Gerichtssprache ist deutsch" - auch für Ausländer?, ZStW 93 (1981), 507; *W. Schmid*, Bedingte Prozeßhandlungen im Strafprozeß?, GA 82, 95; *Fünfsinn*, Die Auslegung des Begriffs "ohne Verschulden" bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, NStZ 85, 486; *Gössel*, Überlegungen zur "Zulässigkeit" im Strafverf. usw., H. Kaufmann-GS, 1986, 977; *Linz*, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne Antrag, JR 87, 94; dazu *Gössel*, JR 86, 385; 87, 97; *Schrader*, Wiedereinsetzung und Rechtsmittelbelehrung, NStZ 87, 447; *Kabbani*, Dolmetscher im Strafprozeß, StrV 87, 410; *Schlothauer*, Hilfsbeweisantrag - Eventualbeweisantrag - bedingter Beweisantrag, StrV 88, 542; *Basdorf*, Strafverf. gegen der deutschen Sprache nicht mächtige Beschuldigte, Meyer-GS, 1990, 19; *Paulus*, Beweisverbote als Prozeßhandlungshindernisse, *ibidem*, 309; *Leisner*, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Jura 90, 120; *Niemöller*, Bedingte Beweisanträge im Strafverf., JZ 92, 884; *Weith*, Gerichtssprachenproblematik im Straf- und Bußgeldverf., 1992.

A. Concepto

I. La expresión *acto procesal* no se halla en la StPO. Dado que el proceso es una suma de actos humanos se puede calificar a todos esos actos (p. ej., actos instructorios, detención, declaración testimonial, sentencia) como actos procesales. Puesto que este concepto amplio no es muy adecuado, se recomienda comprender por actos procesales sólo aquellas *manifestaciones* que desencadenan *voluntariamente* una consecuencia jurídica en el proceso, que, por consiguiente, han de seguir impulsando el proceso conforme a la voluntad manifestada (como, p. ej., instancia de persecución penal, acusación, orden de detención, ordenación del debate, sentencia, interposición de recursos).

Según el sujeto, los actos procesales pueden ser clasificados en judiciales o no judiciales; conforme al contenido, en *requerimientos* y *decisiones*. Un acto puede ser simultáneamente decisión y requerimiento; así, la acusación es, a la vez, una decisión de la fiscalía y un requerimiento al tribunal de apertura del procedimiento principal.

II. En cambio, la *doctrina dominante* considera actos procesales a todos los actos de los sujetos procesales relevantes para el Derecho procesal, también, los actos de ejecución (p. ej., una aprehensión), con lo cual la delimitación en particular es discutida. La doctrina dominante distingue, con referencia a GOLDSCHMIDT, entre actos provocativos y actos ejecutivos.

1. Los *actos provocativos* están dirigidos a la obtención de otro acto procesal, sobre todo de una decisión judicial; por lo tanto, tienen por objeto la configuración del procedimiento a través del ejercicio de influencia sobre otro sujeto procesal. Como subgrupo se diferencia entre requerimientos y declaraciones.

2. Los *actos ejecutivos*, por el contrario, configuran el proceso directamente por sí mismos (p. ej., renuncia a recursos, aportación de medios de prueba, prestación de fianza). Debido a la falta de características comunes positivas, ellos sólo pueden ser delimitados negativamente: no deben "obtener" el acto procesal de otro interviniente en el proceso.

III. El concepto de los *actos procesales doblemente funcionales* fue acuñado por NIESE. Con ello debe ser comprendido el fenómeno de que un acto procesal (p. ej., una detención o un registro domiciliario) también puede tener consecuencias de Derecho material. Se discute si esa diferenciación de la dimensión procesal y de Derecho material de un acto es productiva (afirmativamente EB. SCHMIDT, I, núms. margs. 60 y ss.; crítico SAX-*KMR*, intr. X, núm. marg. 4).

B. Presupuestos de validez

I. Capacidad procesal

Así como la *capacidad procesal* del imputado es un presupuesto del proceso en su totalidad (cf. *supra* § 21, B, III, 1), también lo es para la realización de actos procesales particulares. P. ej., si el acusado, que en general es procesalmente capaz, al entregar la renuncia a un recurso se encuentra muy perturbado psíquicamente por la impresión que le causó el pronunciamiento de la sentencia, en ciertas circunstancias la renuncia al recurso puede ser ineficaz debido a la falta de capacidad procesal del acusado. Por otra parte, la autorización para desistir un recurso dada por un incapaz para contratar civilmente puede tener eficacia si él es procesalmente capaz (BGH NStZ 83, 280). También aquí rigen, nuevamente, normas distintas para el procedimiento de acusación privada (cf. ya *supra* § 21, B, III, 1, d); aquí sólo puede desistir de la acción privada alguien que tiene capacidad para contratar.

II. Requisitos del acto procesal como declaración de voluntad

1. La declaración debe poseer un *sentido fácil de reconocer*. En caso necesario, su contenido objetivo debe ser determinado a través de la *interpretación*, la cual se debe basar no sólo en el tenor literal, sino, ante todo, en el sentido reconociblemente aludido (Hamburg JR 82, 36; BGH StrV 82, 356). Una interpretación tal es admisible y conveniente para todos los actos procesales, por tanto, también cuando se trata de sentencias; sin embargo, el contenido no puede resultar de circunstancias que se encuentren por completo fuera de la declaración. Por ello, la referencia a otra sentencia, realizada en una sentencia, no satisface la necesidad de su contenido (cf. RGSt 66, 8). Con respecto a la interposición de un recurso, en el § 300 está dicho expresamente que una designación errónea no perjudica, de donde se puede inferir, tanto más, que la mera falta de claridad en la designación no torna ineficaz al recurso (cf. BGHSt 2, 67). Así, p. ej., el "requerimiento de reposición" contra una sentencia de rechazo, conforme al § 412, formulado por una persona no versada en leyes puede ser interpretado como recurso de apelación cuando es claro que se quiere un examen completo de la sentencia (Düsseldorf NJW 88, 153).

2. Es muy cuestionado el tratamiento del *vicio de voluntad* en la ejecución de un acto procesal.

a) Según la opinión dominante, un *error* no afecta la validez del acto procesal (BGHSt 5, 341) porque las declaraciones del procedimiento deben ser inimpugnables (en cuanto a la crítica cf. *infra* § 51, B, V, 4). Sin embargo, si el tribunal no ha aclarado un error perceptible del acusado, la declaración puede ser nula a causa de la lesión del deber de asistencia judicial (ver Rob. Schmidt, JuS 67, 158, así como BGHSt 18, 257 y 19, 101).

b) En caso de *engaño* al acusado, del fundamento jurídico general contenido en el § 136a, que se basa en el art. 1, GG, resulta la ineficacia del acto procesal (de otra opinión el BGH, cf. BGHSt 17, 14, que, en ciertas circunstancias, llegaría al mismo resultado a causa de la lesión del deber de asistencia judicial).

c) También en el caso del acto procesal obtenido mediante *amenazas*, el § 136a debe ser aplicado análogamente (de modo más restringido BGHSt 17, 14).

3. *Presupuestos formales*

a) Todas las declaraciones deben ser emitidas en el idioma del tribunal (alemán) (§ 184, GVG).

Si se trata de personas que no dominan el idioma alemán (extranjeros), así como de sordos y mudos, se puede recurrir a un intérprete en cualquier estado del procedimiento y, por cierto, en forma gratuita (art. 6, III, c, e, MRK; EGMR NJW 85, 1273); se discute hasta qué punto esto rige también para las conversaciones previas con el defensor de elección (en contra Düsseldorf StrV 92, 362, 363, con comentario de Wolf; a favor Hamm StrV 94, 475). El intérprete debe prestar un juramento especial (§ 189, GVG) y en caso de que falte, en general, la sentencia debe ser revocada (BGH StrV 97, 515). Si el acusado no habla nada de alemán, la falta de intérprete constituye un motivo de casación conforme al § 338, nº 5; si domina parcialmente el alemán, según el § 337 puede ser fundada una casación si él no pudo seguir determinadas partes del proceso (BGHSt 3, 285; BGH StrV 92, 54). Si el intérprete no traduce correctamente declaraciones testimoniales que incriminan al acusado, eso fundamenta su parcialidad; en ese caso, lo traducido por él no puede ser utilizado (LG Berlin StrV 94, 180). También la acusación debe ser traducida a un idioma comprensible para el acusado, pero no el contenido completo del expediente (Düsseldorf JZ 86, 508; según Hamburg NStZ 93, 53, en ciertas circunstancias puede ser suficiente una traducción oral en el juicio oral); si esta actividad no se realiza, el caso es equiparable a la omisión de la lectura de la acusación y fundamenta la casación (BGH StrV 93, 2). Sin embargo, con la traducción correcta de la acusación está satisfecho el derecho del imputado a un procedimiento justo, de modo que no existe un derecho a la traducción de la sentencia escrita (opinión dominante)[1].

También el escrito de interposición de un recurso debe estar redactado en idioma alemán. Pero un extranjero debe ser informado sobre ello en un idioma comprensible para él; de lo contrario, puede requerir reposición del plazo (§ 44) (BGHSt 30, 182). De forma más amplia, los escritos de interposición de recursos en idioma extranjero son considerados admisibles o bien siempre (Lässig, 1980, y J. Meyer, 1981, con mayores detalles) o, por lo menos, cuando un juez entiende el idioma extranjero (Meurer, JR 82, 517). Sin embargo, a ello se opone el § 184, GVG; también sería demasiado grande el peligro de que como consecuencia de malos entendidos se llegara a sentencias erróneas. Sobre todo esto, con más detalles Basdorf, 1990.

b) Anteriormente estaban prescriptos determinados actos (levantar la mano al jurar, quebrar la varilla en el pronunciamiento de la sentencia de muerte) y el uso de determinadas *formas verbales* (p. ej., en el pronunciamiento del fallo de los jurados a través del presidente: "... doy fe del fallo de los jurados"). Una forma verbal semejante sólo la encontramos todavía hoy en el juramento: "lo juro".

c) Como *formas de expresión* existen hoy la *oralidad* y sus formas amplificadas de la *lectura* (cf. § 268, II) y de la *declaración por acta* (ver, p. ej., §§ 299 y 314), así como la *escritura* (p. ej., §§ 314 y 341).

[1] Del mismo modo, BVerfG JZ 83, 659, con más detalles, y comentario de Rüping para el caso de que el acusado sea representado por un abogado en el procedimiento del recurso de casación; Hamm StrV 90, 101, con reseña de Kühne.

La escritura en sí requiere *firma* de propia mano. Sin embargo, las exigencias en la forma escrita han ido disminuyendo paulatinamente. En la actualidad, la jurisprudencia se contenta con que la persona del declarante resulte del documento fuera de dudas. Este puede ser el caso de una firma ilegible e, incluso, de la falta de firma de puño y letra (cf. al respecto BGHSt 12, 317).

Para la escritura (p. ej., para la interposición de un recurso) es suficiente también un *telegrama*. El comprobante decisivo no es el telegrama de envío, sino el telegrama de llegada que ingresa al tribunal. Por ello, p. ej., también es eficaz un telegrama cursado por el defensor por teléfono a la oficina de telecomunicaciones; pues la firma de propia mano no es indispensable, antes bien, para la firma, el defensor también puede valerse de otra persona –en este caso del empleado de telégrafos– (RGSt 66, 209; BGHSt 8, 174). También el mensaje telefónico, a través de la oficina postal de distribución, de un telegrama que contiene la interposición de un recurso deja a salvo el plazo, cuando el mensaje es oído por una persona autorizada y preparada para recibirlo y levanta un *acta* de ello palabra por palabra (BGHSt 14, 233). Lo mismo rige para la interposición de un recurso (BayObLG NJW 81, 1591) y para la fundamentación de un recurso (BGHSt 31, 7, con reseña de W. SCHMID, NStZ 83, 37) por télex y carta telegráfica (Koblenz NStZ 84, 236). En cambio, la interposición telefónica del recurso no es admisible (BGHSt 30, 64); pues aquí de ninguna manera existe una declaración escrita de la interposición del recurso, de modo que el peligro de malos entendidos es muy grande (discutido; negativamente WOLTER, JR 82, 211). Por las mismas razones, la renuncia telefónica de un recurso es ineficaz (Stuttgart NJW 82, 1472).

III. Resistencia al sometimiento a condiciones

La vinculación de los actos procesales a *condiciones* es, en general, inadmisible, porque debe existir claridad sobre el comienzo, estado y fin del procedimiento penal. Así, el ejercicio de la acción y la interposición de un recurso son enemigos de las condiciones; "ya la duda de si la declaración está vinculada a una condición torna inadmisible al recurso" (BGHSt 5, 183). Algo análogo rige para las instancias de persecución penal, para las renuncias y para los desistimientos de recursos.

Por el contrario, son admisibles los requerimientos de prueba como *requerimientos eventuales*: el defensor solicita el interrogatorio de otro testigo para el caso de que el acusado no sea absuelto[2].

Asimismo, el BGH (E 29, 396) ha declarado admisible un requerimiento de la fiscalía conforme al § 154a, III, 1 y 2, de incluir nuevamente las partes separadas de un hecho, aun cuando el requerimiento sólo es formulado bajo la condición de que el tribunal quiera absolver al acusado o únicamente condenarlo a una pena de hasta un determinado máximo. En tales requerimientos eventuales la defensa o la fiscalía no provocan ninguna ambigüedad, ya que la validez del requerimiento depende de una decisión del mismo tribunal. Por ese motivo, también en caso de actos ejecutivos, se puede admitir condiciones suspensivas que se refieren a circunstancias internas del proceso[3].

[2] SCHLOTHAUER, 1988, diferencia en este contexto entre requerimiento de prueba auxiliar, requerimiento de prueba eventual y requerimiento de prueba condicionado.

IV. Revocabilidad

De la cuestión de la importancia de los vicios de voluntad para la eficacia del acto procesal hay que distinguir la cuestión de la *revocabilidad* del acto procesal. A los intervinientes en el proceso les está permitido, con gran alcance, revocar sus actos procesales. Así, los intervinientes pueden desistir o modificar en todo momento requerimientos (p. ej., requerimientos de prueba) y declaraciones. Sin embargo, la StPO contiene una serie de prohibiciones expresas y tácitas de revocación de actos procesales. De tal modo, no son libremente revocables los autos de apertura, las sentencias judiciales, los autos impugnables con queja inmediata (cf. § 311, III), acciones desde el momento de la apertura del procedimiento principal (§ 156) y, bajo determinadas condiciones, las interposiciones de recursos (§§ 302, II, 2; 303) (opinión dominante, cf. *LR*, 24ª ed., GOLLWITZER, § 302, núms. margs. 39 y siguientes). Según el BGHSt 10, 245, un ejemplo de irrevocabilidad no contemplada expresamente en la StPO es el desistimiento de un recurso (de otra opinión SPECHT, GA 77, 72).

V. Plazos, términos, reposición al estado anterior

1. Un *plazo* es un período de tiempo dentro del cual debe cumplirse un acto procesal. Finaliza sólo a las 24 hs. del último día (cf. §§ 186 y ss., BGB), independientemente de la finalización del horario de servicio de la autoridad (BVerfGE 41, 323, 327 y s.; 42, 128, 131). Se puede distinguir entre plazos legales y plazos judiciales (p. ej., § 201, I). La StPO no posee la diferenciación de la ZPO entre plazos simples y plazos perentorios; pero todos los plazos fijados a las partes por la StPO son objetivamente plazos perentorios, esto es, no pueden ser prorrogados por el tribunal; su salvaguarda es verificada de oficio. En la actualidad, esto es explicado expresamente por el § 37, I, 2. En cuanto a las particularidades del cómputo de los plazos cf. los §§ 42 y 43.

Contra la inobservancia de los plazos procede, como remedio, la *reposición al estado anterior* (§§ 44-47). Por "plazos" se debe comprender a todos los plazos de actos procesales, sin consideración de si deben ser cumplidos exclusivamente ante el tribunal o –como, p. ej., el plazo para la queja en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pú-

[3] Cf. sobre ello la exposición del estado de opinión en W. SCHMID, 1982; estableciendo una diferencia NIEMÖLLER, 1992, 886 y ss., quien distingue entre condiciones admisibles de la sentencia y condiciones inadmisibles de enjuiciamiento.

blica, conforme al § 172, I– ante la fiscalía (cf. *infra* § 39, B, II, 3). En cambio, para los plazos de exclusión, como la prescripción, rige algo distinto; contra su inobservancia no procede la reposición. En la práctica, la importancia de la reposición reside principalmente en la inobservancia de los plazos de los recursos; pero también la reposición es solicitada, con relativa frecuencia, contra la inobservancia de un plazo para la interposición de reposición. Sobre la reposición con la finalidad de recuperar la posibilidad de hacer valer motivos particulares de casación, cf. *infra* § 53, I, *1*, 3.

Según el § 44 es presupuesto de la reposición que el solicitante haya sido obstaculizado en la observación del plazo sin culpa (p. ej., por accidente, enfermedad o por fenómenos de la naturaleza). De acuerdo con ello, se debe conceder la reposición cuando alguien, sin culpa alguna, no ha tomado conocimiento de una notificación o cuando el reparto de la correspondencia se retrasa indebidamente. Para una interpretación detallada de las palabras "sin culpa" en referencia al concepto de culpabilidad del Derecho material FÜNFSINN, 1985.

Conforme a la jurisprudencia continua del BVerfG no se debe establecer demasiadas exigencias a las precauciones del imputado contra una eventual inobservancia del plazo (o a la inmediación del requerimiento de reposición), especialmente cuando se trata del plazo para la interposición de objeción contra un mandato penal conforme al § 409 (o de una decisión que impone una multa, según el § 66, OWiG), porque en esos casos de "primer acceso" al tribunal, la objeción representa la única posibilidad para el imputado de obtener el derecho a ser oído, concedido por el art. 103, I, GG, en el procedimiento penal (o en el procedimiento para la imposición de una multa)[4]. Conforme a ello, en casos semejantes, se debe conceder la reposición cuando la inobservancia del plazo fue causada por un retraso (si bien no imprevisible) del correo en el envío del escrito de objeción[5], por un retraso en la recepción de parte del tribunal (BVerfG NStZ 83, 83), o por la ausencia del imputado –por vacaciones, enfermedad o por motivos de trabajo– en la época de la notificación (BVerfGE 40, 88; 43, 95), o bien debido a que se realizó la notificación a un extranjero que no domina suficientemente el idioma alemán (BVerfGE 40, 95; 42, 120; BVerfG NStZ 91, 446). El que no asiste al acto de apelación procede, en general, de forma culpable cuando no ha considerado suficientemente una congestión de tránsito previsible (BVerfG StrV 94, 113). Es muy importante que también la culpa del defensor o de su oficina, referente a la observación del plazo en la impugnación de la decisión sobre la culpabilidad o las consecuencias jurídicas (distinto en la impugnación de la decisión sobre costas, BGHSt 26, 126), fundamenta la reposición cuando el imputado no ha contribuido a causar la inobservancia a través de su propia culpa (BGHSt 14, 308, 332); la concurrencia de culpa del imputado reside, p. ej., en que él, en forma contraria al cuidado, ha confiado sus asuntos jurídicos a un abogado que dio pruebas de no merecer confianza en el manejo de la materia de plazos (BGHSt 25, 89; al respecto, crítica autorizada en JANKNECHT, NJW 73, 1890) o en atención a sus especiales motivos hace suponer el temor de que no actúa en la medida suficiente (BGH NStZ 97, 560). Algo análogo rige para la culpa de familiares cercanos u otras personas de confianza (Zweibrücken StrV 92, 360). Un asesoramiento incorrecto sobre las perspectivas de éxito de una vía jurídica no fundamenta una reposición (Düsseldorf NJW 82, 60). Por el contrario, a pesar de que el § 85, II, ZPO, no tiene ninguna concordancia en la StPO, la opinión dominante sostiene que otros intervinientes (actor privado y acusador conjunto, ofendido en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública) tienen que responder por la culpa de su abogado (BGHSt 30, 309; Düsseldorf NJW 93, 341). La culpa oficial (p. ej., el oficio de notificación acerca de un recurso es transmitido con retraso por el establecimiento penitenciario) siempre fundamenta la reposición en favor del imputado. También su confianza en una jurisprudencia unívoca fundamenta la reposición cuando disposiciones procesales referentes a los plazos deben ser aplicadas más estrictamente que hasta ahora (BVerfG NJW 93, 720). Por otra parte, a la fiscalía se debe atribuir la culpa de un ujier, de modo que no puede solicitar una reposición si, por su culpa, se vence el plazo para fundamentar el recurso de casación (BayObLG JR 85, 254, con comentario en contra de WENDISCH). En cuanto a la reposición, en caso de infracción del § 145a, III, cf. *infra* § 51, B, IV, 2.

[4] Cf., p. ej., BVerfGE 37, 93, 96; 37, 100, 102; 38, 35, 38; 40, 42, 44; 40, 46, 49 y s.; 40, 88, 91; 41, 356, 358; 54, 80, 84.

[5] BVerfGE 40, 42; 41, 23; 41; 341; 41, 356; 42, 258; 43, 75; 46, 404; 50, 397; 54, 80, 84. En caso de interposición escrita de un remedio jurídico no se necesita contar con un plazo de circulación postal de más de un día (BGH GA 94, 75).

Es presupuesto formal de la reposición un requerimiento que debe ser presentado dentro de una semana posterior a la eliminación del obstáculo, bajo la indicación y justificación del motivo del obstáculo (§ 45, 1). Según el § 45, II, 1, la justificación puede ser presentada aún después del transcurso del plazo indicado hasta la finalización definitiva del procedimiento de reposición (BVerfGE 41, 332, con comentario en contra de HEYLAND, JR 77, 402; BVerfGE 43, 95); la mayoría de las veces, ella se realiza a través de documentos o de declaraciones juradas de testigos. Una declaración jurada del mismo solicitante no es suficiente (de otro modo que conforme al § 294, ZPO); sin embargo, ella puede consistir en una explicación simple del solicitante (BGHSt 25, 92) que sea suficiente para la justificación cuando, según la experiencia, a ella le es inherente una probabilidad que no es insignificante, como, p. ej., en el caso de vacaciones realizadas en la época general de vacaciones (cf. BVerfGE 26, 315; 38, 39; 40, 92) o cuando no existen otros medios disponibles para la justificación y la autoridad omite tomar precauciones a través de las cuales podría haberse documentado el momento de la expedición de un oficio (BVerfG StrV 95, 393). Con la solicitud de reposición se debe practicar, a la vez, el acto inobservado (p. ej., el recurso) (§ 45, II, 2); si ello ya sucedió, la reposición puede ser concedida también sin solicitud (§ 45, II, 3).

La solicitud de reposición no afecta la cosa juzgada ya verificada; sólo cuando la reposición es concedida, queda suprimida retroactivamente. La ejecución de una decisión judicial tampoco es suspendida por la solicitud

de reposición; sin embargo, el tribunal puede ordenar el aplazamiento de la ejecución (§ 47).

2. Un término es un momento que está determinado para el comienzo de un acto procesal (p. ej., de un interrogatorio de testigos, de la realización de una inspección ocular, de un juicio oral).

De modo excepcional, también es posible una *reposición* contra la inobservancia de un término en los casos enumerados especialmente por la ley. Ella es concedida, ante todo, cuando se trata de sentencias que fueron dictadas en ausencia del acusado (§§ 235, 329, III, y 412) y conduce a la supresión retroactiva de la sentencia. Aun cuando el actor privado haya llegado tarde al juicio oral, la ficción ordenada por la ley de un desistimiento de la acción privada puede ser suprimida a través de una reposición (§ 391, II-IV).

Si el acusado no fue citado a la audiencia o no fue citado en debida forma, puede requerir la reposición, en caso de desconocimiento sin culpa de la audiencia o de retraso sin culpa a pesar del conocimiento adquirido, en aplicación analógica de los §§ 235, 329, III, y 412 (discutido; cf. DITTMAR, NJW 82, 209).

VI. Problemática del acceso

Sobre el *acceso a las declaraciones de voluntad del proceso penal* pormenorizadamente W. SCHMID, *Dünnebier-FS*, 1982, 101.

§ 23. Las decisiones judiciales en general

A. Las clases de decisiones judiciales

I. Según su *forma,* las decisiones judiciales son sentencias, autos o decretos.

1. Las *sentencias* son dictadas por el tribunal sobre la base de un juicio oral y público. Ponen fin a la instancia y son impugnables a través del recurso de *apelación* o del de *casación*, en tanto no queden firmes con el pronunciamiento (sobre la sentencia, en particular, *infra* §§ 46 y siguientes).

2. Los *autos* son pronunciados por el tribunal, y, por cierto, durante el juicio oral también con la participación de los jueces legos, fuera del juicio oral, sin ellos. En general, los autos sirven para impulsar el proceso en dirección a la sentencia, p. ej., a través del auto sobre la apertura del procedimiento principal, la exclusión de la publicidad o la lectura de un documento (con respecto a decisiones en forma de auto que ponen fin al proceso cf. *infra* III, 1). Los autos son impugnables, cuando lo son, a través del recurso de queja (simple o inmediata).

3. Los *decretos* son decisiones que toma un juez individual en cumplimiento de una función especial (como presidente del tribunal, como juez de la investigación, como juez comisionado o requerido), p. ej., la fijación de la fecha y hora para el juicio oral por el presidente. Esas decisiones, o bien no son impugnables de modo alguno, o son impugnables a través del recurso de queja (cf. § 304) o, incluso, por convocatoria a los restantes miembros del tribunal (p. ej., § 238, II).

II. Una decisión judicial no está aún pronunciada con la firma del juez. Sólo existe un pronunciamiento (con el efecto de la inalterabilidad en la misma instancia) cuando la decisión es notificada a las personas ajenas al tribunal. Para ello, no es necesario que la notificación de la decisión tenga lugar en virtud de orden judicial, BayObLG NJW 81, 2589 (de otra opinión Bremen NJW 56, 435; Hamburg NJW 63, 874). Según el LG Hildesheim (NStZ 91, 401), contra un auto que rechaza la apertura del procedimiento principal también puede ser interpuesto el recurso de queja cuando el auto ha sido notificado a la fiscalía, por equivocación, sin la firma y sin el conocimiento del juez.

En contraposición con la opinión que se basa en la publicación de la decisión, según el BGH NStZ 94, 96, la desestimación del recurso de casación conforme al § 349, II, debe dictarse ya con efecto exterior y no ser susceptible de modificación cuando fue entregada, conforme al trámite del procedimiento, suscripta por los jueces.

III. Según su *contenido* se puede diferenciar entre decisiones que ponen fin al proceso y decisiones que posibilitan su continuación.

1. Las *decisiones que ponen fin al proceso* proceden:

a) cuando son dictadas sobre la base de un *juicio oral*, en principio, a través de una *sentencia*; esto rige tanto para la decisión de fondo (condena o absolución), como para la decisión procesal (decisión formal) que, en el caso del sobreseimiento del proceso, proceden, p. ej., por falta de instancia de persecución penal o por agotamiento del derecho de ejercer la acción penal a través de la cosa juzgada; en el último caso también se puede comprender la sentencia de este modo: "La persecución penal es declarada inadmisible".

Excepcionalmente, sobre la base de un juicio oral, procede una decisión que pone fin al proceso a través de un *auto*: a saber, el sobreseimiento del procedimiento por insignificancia (§ 153, II, 3; § 153a, II, 3).

b) Si, con anterioridad, no se ha realizado *un juicio oral,* la decisión se dicta *en forma de auto*, p. ej., la decisión que se dicta en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (§ 175), la decisión que rechaza la apertura del procedimiento principal (§ 204, I) o la decisión sobre un requerimiento de revisión del proceso (§ 370).

2. Las *decisiones que posibilitan la continuación del proceso* son dictadas, generalmente, en forma de auto (p. ej., el auto de transmisión del § 270); constituye una excepción la decisión del tribunal de casación que anula una sentencia de la instancia inferior y reenvía la causa: esta decisión, que posibilita la continuación del proceso, dictada sobre la base de un juicio oral, se dicta en forma de sentencia (§§ 353 y 356).

B. Disposiciones comunes para las decisiones judiciales

I. Las decisiones del tribunal dictadas en el curso de un juicio oral (p. ej., sobre la exclusión de la publicidad, sobre la prestación de juramento de un testigo, sobre la lectura de un documento) son emitidas después *de oír* a los sujetos del proceso (§ 33, I); las decisiones dictadas fuera del juicio oral exigen que, al menos, sea oída la fiscalía (§ 33, II), pero también deben ser oídos otros sujetos del proceso si se trata de la utilización en su perjuicio de hechos o resultados de prueba (§ 33, III); existe sólo una excepción, cuando, como en el caso de la orden de la prisión preventiva o de un secuestro, una audiencia previa haría fracasar la medida (§ 33, IV, sin embargo, cf. también el § 33a).

El oír a un acusado que tiene defensor no presupone una intimación expresa del tribunal para que declare; antes bien, es suficiente que los intervinientes hayan tenido oportunidad reconocible de manifestarse. El BGH (NStZ 93, 500) deja abierta la cuestión de si un acusado que no tiene defensor debe ser invitado en forma expresa a tomar una posición y, dado el caso, si esto debe ser registrado en las actas como formalidad esencial conforme al § 273, I.

II. Se exige una *fundamentación* (§ 34):

1. para todas las decisiones que son impugnables a través de recursos (para que el tribunal que resuelve el recurso pueda comprobar la exactitud de la decisión); además,

2. para todas las decisiones a través de las cuales se rechaza un requerimiento (p. ej., el rechazo del requerimiento de prueba). En ello son decisivas las consideraciones propias de un Estado de Derecho: el solicitante tiene que observar que su requerimiento ha sido analizado detenidamente y que no impera la arbitrariedad.

Por supuesto que todas las sentencias, aun cuando no puedan ser impugnadas a través de un recurso, necesitan de una fundamentación (§§ 267 y siguiente). En el antiguo proceso con tribunal de jurados el fallo de los jurados no contenía fundamentación alguna.

La forma de la motivación está ordenada en la ley sólo para la sentencia (§ 267) y para la orden de prisión (§ 114). En todos los casos los motivos deben permitir reconocer, ante todo, si la decisión se basa en consideraciones jurídicas o fácticas.

III. Sobre la forma de *dar a conocimiento* las decisiones, la ley determina que la decisión dictada en presencia de la persona interesada (p. ej., una sentencia o una orden de prisión) debe ser puesta en su conocimiento a través de su *pronunciamiento*, la decisión dictada en su ausencia por *notificación*, o bien, cuando a partir del conocimiento de la decisión no comienza a correr plazo alguno, por *comunicación exenta de formas especiales* (§ 35).

Al darse a conocer una decisión que puede ser impugnada a través de un recurso sujeto a plazo, el interesado debe ser advertido sobre las posibilidades de recurrir y sobre los plazos y formas previstos para ello: así, si

contra una sentencia es admisible la apelación, él debe ser instruido sobre las consecuencias jurídicas de los §§ 40, III, 329 y 330 (§ 35a).

Por otra parte, la notificación de las decisiones es ordenada por el presidente del tribunal y llevada a cabo a través de la secretaría (§ 36, I). Cuando existen dudas acerca de cómo o a quién hay que notificar una decisión, es el juez (no la secretaría) el que tiene que dictar la medida que corresponda; de lo contrario, la notificación no tiene efecto (Düsseldorf NJW 82, 590). Las decisiones necesitadas de ejecución deben ser transmitidas a la fiscalía (§ 36, II; excepción: § 36, II, 2). Para el procedimiento de las notificaciones rige la ZPO (§ 37). Conforme al § 181, ZPO, también pueden ser notificados sustitutivamente los miembros de la familia y las personas que trabajan para la familia; por el contrario, una notificación sustituta al compañero –en una pareja– no es admisible (muy poco convincente BGHSt 34, 250, con reseña de WENDISCH, NStZ 87, 470; Stuttgart NStZ 88, 379).

Según el BGHSt 33, 183, si no se realizó la notificación de la sentencia de primera instancia no existe en ello un impedimento procesal que exija la casación de oficio para la anulación de la sentencia de apelación; con mayores detalles *supra* § 21, B, III.

En especial, es muy discutida la cuestión de si para la notificación de decisiones susceptibles de ejecución es competente el presidente del tribunal o la fiscalía; con más detalles Saarbrücken NStZ 86, 470, con comentario de WENDISCH.

Capítulo 5
La adquisición de la prueba, en especial el Derecho probatorio

§ 24. Los fundamentos del Derecho probatorio

Bibliografía: *Beling,* Revision wegen "Verletzung einer Rechtsnorm über das Verf." im Strafprozeß, Binding-FS, 1911, II, 87; *Ditzen,* Dreierlei Bew. im Strafverf., 1926; *Döhring,* Die Erforschung des Sachverhalts, 1964; *Sarstedt,* Bew.regeln im Strafprozeß, E. Hirsch-FS, 1968, 171; *Willms,* Wesen und Grenzen des Freibew., Ehrengabe f. Heusinger, 1968, 393; *Ziegler,* Zweckmäßigkeitstendenzen in der höchstrichterl. Auslegung des Bew.rechts im Strafverf., 1969; *Lüderssen,* Die strafrechtsgestaltende Kraft des Bew.rechts, ZStW 85 (1973), 288; *Greger,* Bew. und Wahrscheinlichkeit, 1978; *Volk,* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978; *Többens,* Der Freibew. und die Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß, tesis doctoral, Freiburg, 1979; *idem,* Der Freibew. und die Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß, NStZ 82, 184; *Alsberg/Nüse/Meyer,* Der Bew.antrag im Strafprozeß, 5ª ed., 1983; *Dedes,* Grundprobleme des Bew.verf., H. Kaufmann-GS, 1986, 929; *Hiegert,* Die Sphäre der Offenkundigkeit in der StPO, 1989; *Keller,* Offenkundigkeit und Bew.bedürftigkeit im Strafprozeß, ZStW 101 (1989), 381; *Meyer-Goßner,* Über die "Gerichtskundigkeit", Tröndle-FS, 1989, 551; *Dedes,* Bew.verf. und Bew.recht, 1992; *Grünwald,* Das Bew.recht der StPO, 1993; *Schneider,* Bew. und Bew.würdigung, 5ª ed., 1994; *ter Veen,* Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozeß, 1995; *Graul,* Systematische Untersuchungen zur Offenkundigkeit im Strafprozeß, 1996; *Seiler,* Die Stellung des Beschuldigten im österreichischen Anklageprozeß, 1996.

Cf., además, las indicaciones al § 15.

A. Prueba y justificación

Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho (los principios probatorios están expuestos detenidamente *supra* § 15). En cambio, para la *justificación* que se exige, p. ej., para la recusación de un juez (§ 26, II), para la fundamentación de un pedido de reposición (§ 45, II) o para la fundamentación del derecho a abstenerse de declarar testimonialmente (§ 56) es suficiente la mera probabilidad.

B. Prueba rigurosa y prueba libre

I. Para la comprobación de las circunstancias importantes para los pormenores del hecho, la culpabilidad del autor y la medida de la pena, en suma, para las llamadas cuestión de la culpabilidad y cuestión de la pena, la ley ordena una formalidad rigurosa para la producción de la prueba; se habla aquí de *prueba rigurosa*. Ella está doblemente restringida:

1. Está limitada a los *medios de prueba legales*, esto es, a los imputados, testigos (§§ 48-71), peritos (§§ 72-85), inspección ocular (§§ 86-93) y documentos (§§ 249-256).

2. Estos medios de prueba sólo pueden ser utilizados conforme a las reglas establecidas detalladamente en los §§ 244 y siguientes.

II. Conforme a la práctica continua, el tribunal puede investigar todas las demás circunstancias a través de la *prueba libre*, es decir, se puede cerciorar de cualquier forma (p. ej., a través de la consulta de actas o una encuesta telefónica); además, en muchos casos basta la mera justificación. El procedimiento de la prueba libre, que la StPO no menciona expresamente, se ha impuesto en general a raíz de trabajos de BELING y de DITZEN, pero no ha tenido hasta hoy una fundamentación suficiente desde el punto de vista teórico (cf. TÖBBENS, 1979, 25; VOLK, 1978, 73).

El procedimiento de la prueba libre es aplicado:

1. Para la verificación de hechos importantes para la decisión únicamente desde el punto de vista procesal, p. ej., el momento del conocimiento del hecho y del autor cuando se trata del legitimado para ejercer la instancia de persecución penal o para la comprobación de la edad de un testigo (importante para el juramento, §§ 60, nº 1, y 61, nº 1);

2. Para la comprobación de hechos (también de importancia para el Derecho material) para otras decisiones que no sean sentencias, p. ej., para la emisión de una orden de detención o para la apertura del procedimiento principal.

Sobre la aplicación de la libertad probatoria en la constatación de presupuestos procesales, cf. *supra* § 21, C. Si un hecho es doblemente relevante, esto es, importante tanto para la cuestión de la culpabilidad y de la pena, como también procesalmente, rige el procedimiento de la prueba rigurosa (BGH StrV 82, 101).

III. Según el BGHSt 16, 166, a través de la prueba libre también puede ser aclarada la cuestión de si en el interrogatorio de un imputado han sido aplicados métodos de interrogación prohibidos (§ 136a, cf. *infra* § 25, III), porque allí se trata de la comprobación de un mero vicio procesal (de otra opinión PETERS, 339; SCHLÜCHTER, núm. marg. 474).

C. La necesidad de prueba

I. Principio: Todos los hechos importantes para la decisión

Mientras que en el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, sólo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de la instrucción, rige el principio de que *todos* los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados (ver § 244, II).

Entre los *hechos que necesitan ser probados* se puede diferenciar a aquellos hechos directamente importantes, a los indicios y a los hechos que ayudan a la prueba.

1. Entre los *hechos directamente importantes* se cuentan todas las circunstancias que fundamentan por sí mismas la punibilidad (el testigo Z ha observado al campesino W cazando furtivamente) o la excluyen (el testigo vio que A, que dio muerte a B, fue agredido por él).

2. Los *indicios* son hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante; así, p. ej., el hecho de que el sospechoso del asesinato inmediatamente antes del homicidio de X lo amenazó de muerte o después del hecho quitó manchas de sangre de su pantalón, o que el sospechoso de haber estafado al seguro se procuró bencina antes del hecho y elevó la suma del seguro (detalladamente *supra* § 15, C, II, 1, b, cc).

3. *Hechos que ayudan a la prueba* son hechos que permiten extraer una conclusión de la calidad de un medio de prueba, p. ej., la veracidad o la memoria de un testigo.

II. Excepción: hechos notorios

Pero, excepcionalmente, un hecho no necesita ser probado cuando es *notorio* (§ 244, III, 2, primera alternativa). Así, el tribunal puede rechazar un requerimiento de prueba no sólo por notoriedad del hecho afirmado, sino también por ser notorio lo contrario a la afirmación de la prueba (discutido; con más detalle KELLER, 384 y ss.; TER VEEN, 1995, 89 y siguientes).

1. Notorios son, ante todo, los denominados hechos *generalmente conocidos*. A ellos pertenecen los sucesos de la naturaleza (p. ej., el momento de un eclipse de luna) y los acontecimientos históricos (p. ej., el asesinato de personas judías en campos de concentración, BGH NStZ 94, 140), así como, en general, todos aquellos hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables (enciclopedias, mapas y similares) (BGHSt 6, 293; 26, 59). También puede presentarse un conocimiento general semejante cuando el conocimiento está limitado a un círculo determinado de personas (p. ej., los habitantes de la ciudad X con respecto a la situación local) (BGHSt 6, 293).

2. Notorios son, además, los llamados hechos *notorios judiciales*, es decir, todo aquello sobre "lo que el juez llegó a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial" (BGHSt 6, 293; de modo discrepante SCHMIDT-HIEBER, JuS 85, 295; KELLER, 1989, 405 y siguientes). Por tanto, no son suficientes los conocimientos privados del juez (p. ej., si fue testigo de un accidente de tránsito; cf. también *infra* § 26, A, III, 2). Ante todo, son notorios judicialmente los acontecimientos que han constituido el fundamento de la decisión, de forma siempre invariable, en un gran número de procedimientos penales (BGHSt 6, 296).

Para ello, según la opinión del BGH, son suficientes también las constataciones hechas en las sentencias de otros jueces (cf. BGHSt 6, 292: inconstitucionalidad del FDJ; crítico al respecto PETERS, 308). Por otra parte, si un tribunal tiene conocimientos profesionales especiales en determinadas cuestiones (p. ej., la Sala del KG que se dedica únicamente a casos de cártel, BGHSt 26, 58), ellos son decisivos para la notoriedad judicial. Para la aceptación de la notoriedad judicial es suficiente que un juez "experto" pueda convencer a la mayoría del tribunal de sus conoci-

mientos (MEYER-GOßNER, 1989; *LR*, GOLLWITZER, 24ª ed., § 261, núm. marg. 28, con más información; en definitiva, también GRAUL, 1996, 122 y ss., 136; discutido). Sobre la cuestión de si la comprobación de la notoriedad judicial necesita ser protocolizada, cf. *infra* § 49, I, 2.

3. Sobre un hecho notorio no debe ser producida prueba alguna; pero, con motivo de la garantía del derecho a ser oído conforme a la ley, contemplada en el art. 103, I, GG, debe ser objeto del juicio oral (BGHSt 6, 295; BGH StrV 94, 527), a menos que sea *completamente evidente* y que, por ello, no necesite ser resaltado de forma expresa. La introducción de hechos notorios (sobre todo notorios judicialmente) en el juicio oral se realiza a través de la advertencia del tribunal de que, posiblemente, basará su decisión en esos hechos como notorios (BGH NStZ 95, 246).

4. Cuando se trata de hechos notorios, la práctica de una *contraprueba* no es absolutamente imposible. En caso de que ella tenga éxito, sólo existió, en rigor, la aceptación equivocada de la notoriedad. Sin embargo, cuando un hecho es generalmente conocido no basta la mera afirmación de lo contrario para obligar a la recepción de la prueba; antes bien, para ello tendrían que ser presentadas circunstancias nuevas y no conocidas hasta ahora (Düsseldorf StrV 92, 314). No obstante, es suficiente cuando a través de las nuevas circunstancias se despierta dudas razonables acerca de la verdad del hecho considerado verídico en un primer momento por el tribunal, en virtud de su aceptación general (con mayores detalles sobre todo esto GRAUL, 1996, 181 y siguientes).

D. Prohibiciones probatorias

Bibliografía: *Beling,* Die Bew.verb. als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 1903 (Neudruck 1968); *Sendler,* Die Verwertung rechtswidrig erlangter Bew.mittel im Strafprozeß usw., tesis doctoral, Berlin, 1956; *Spendel,* Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 64, 465; *idem,* Bew.verb. im Strafprozeß, NJW 66, 1102; *Grünwald,* Bew.verb. im Strafverf., JZ 66, 489; Jornadas de los juristas alemanes, 1966, t. I, Dictamen, Parte 3 A: *Andenaes, Nuvolone, Mueller, Peters, Rupp;* Parte 3 B: *Jescheck;* Parte F: Ponencias de *Sarstedt,* 8 y ss., y *Klug,* 30 y ss.; Diskussionen, 73 y ss.; *Kleinknecht,* Die Bew.verb. im Strafprozeß, NJW 66, 1537; *Rud. Schmitt,* Tonbänder im Strafprozeß, JuS 67, 19; *Honig,* Bew.verb. und Grundrechte im amerik. Strafprozeß, 1967; *Erdmann,* Die Ausdehnung der strafproz. Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozeß der Einzelstaaten, 1969; *Kühne,* Strafproz. Bew.verb. und Art. 1 I GG, 1970; *Otto,* Grenzen und Tragweite der Bew.verb. im Strafverf., GA 70, 289; *Rudolphi,* Die Revisibilität von Verf.mängeln im Strafprozeß, MDR 70, 93; *J. Blomeyer,* Die Revisibilität von Verf.fehlern im Strafprozeß, JR 71, 142; *Petry,* Bew.verb. im Strafprozeß, 1971; *Haffke,* Schweigepflicht, Verf.revision und Bew.verb., GA 73, 65; *Lüderssen,* Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Peters-FS, 1974, 349; *Seiler,* Bew.methodenverb. im österr. Strafprozeß, *ibidem,* 447; *Sydow,* Kritik der Lehre von den "Bew.verb.", 1976; *Dencker,* Verwertungsverb. im Strafprozeß, 1977; *Fezer,* Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverb. im Strafprozeß, JuS 78, 104, 325, 472, 612, 765; *Gössel,* Die Bew.verb. im Strafverf., Bockelmann-FS, 1978, 801; *Tiedemann,* Privatdienstl. Ermittlungen im Ausland usw., *ibidem,* 819; *Rogall,* Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafproz. Bew.verb., ZStW 91 (1979), 1; *Gössel,* Überlegungen zu einer neuen Bew.verb.lehre, NJW 81, 2217; *Bradley,* Bew.verb.

in den USA und in Deutschland, GA 85, 99; *Herrmann,* Aufgaben und Grenzen der Bew.verwertungsverb., Jescheck-FS, 1985, 1291; *Otto,* Die strafproz. Verwertbarkeit von Bew.mitteln usw., Kleinknecht-FS, 1985, 319; *Amelung,* Der Grundrechtsschutz der Gewissenserforschung und die strafproz. Behandlung von Tagebüchern, NJW 88, 1002; *Dalakouras,* Bew.verb. bezüglich der Achtung der Intimsphäre usw., 1988; *Kramer,* Unerlaubte Vernehmungsmethoden in der U-Haft, Jura 88, 520; *Rogall,* Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß, NStZ 88, 385; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Wahrheitsfindung und ihre Schranken (Aufsätze), 1989; *Strate,* Rechtshistor. Fragen der Bew.verb., JZ 89, 176; *Amelung,* Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990; *Küpper,* Tagebücher, Tonbänder, Telefonate, JZ 90, 416; *Michalke,* Die Verwertbarkeit von Erkenntnissen der Eigenüberwachung zu Bew.zwecken usw., NJW 90, 417; *Geppert,* Die "qualifizierte" Belehrung, Meyer-GS, 1990, 93; *Paulus,* Bew.verb. als Prozeßhandlungshindernisse, *ibidem,* 309; *Reinecke,* Die Fernwirkung von Bew.verwertungsverb., 1990; *Wolter,* Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß, Meyer-GS, 1990, 493; *idem,* Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen, StrV 90, 175; *Wu,* Rechtsfehler bei der Bew.gewinnung und ihr strafproz. Rechtsmittel, 1990; *Amelung,* Grundfragen der Verwertungsverb. bei bew.sichernden Haussuchungen im Strafverf., NJW 91, 2533; *Baumann/Brenner,* Die strafproz. Bew.verwertungsverb., 1991; *Beulke,* Hypothet. Kausalverläufe im Strafverf. bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 103 (1991), 657; *Blesinger,* Das Steuergeheimnis im Strafverf., wistra 91, 239, 294; *Gauthier,* Die Bew.verb., ZStW 103 (1991), 796; *Geis,* Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 91, 112; *Gössel,* Die Bew.verb. im Strafverf.recht der BRD, GA 91, 483; *Harris,* Verwertungsverb. für mittelbar erlangte Bew.mittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der Rspr. im deutschen und amerikan. Recht, StrV 91, 313; *Peres,* Strafproz. Bew.verb. und Bew.verwertungsverb., 1991; *Roxin,* Die Rspr. des BGH zum Strafverf.recht, en: Jauernig/Roxin, 40 Jahre BGH, 1991, 66; *Störmer,* Zur Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen, Jura 91, 17; *Hofmann,* Bew.verb. im Strafprozeß - Bew.erhebungsverb. und Bew.verwertungsverb., JuS 92, 587; *Klinghardt,* Stasi-Unterlagen als Bew.mittel im Strafverf., NJ 92, 185; *Knoll,* Die Fernwirkungen von Bew.verwertungsverb., 1992; *Marscholleck,* Zugang zu Stasi-Unterlagen für Zwecke der Strafverfolgung, NJ 92, 539; *Öztürk,* Grundlagen der Bew.verb. im türk. und deutschen Strafverf.recht, ZStW 104 (1992), 667; *Ranft,* Bemerkungen zu den Bew.verb. im Strafprozeß, Spendel-FS 1992, 719; *Salditt,* 25 Jahre Miranda, GA 92, 51; *Sv. Schröder,* Bew.verwertungsverb. und die Hypothese rechtmäßiger Bew.erlangung im Strafprozeß, 1992; *Störmer,* Dogmat. Grundlagen der Verwertungsverb., 1992; *Widmaier,* Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust (?), NStZ 92, 519; *Blau,* Bew.verb. als rechtsstaatl. Begrenzung der Aufklärungspflicht im Strafprozeß, Jura 93, 513; *Grünwald,* Das Bew.recht der StPO, 1993; *R. Hamm,* Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozeß, NJW 93, 208; *Hauf,* Ist die "Rechtskreistheorie" noch zu halten?, NStZ 93, 457; *Kiehl,* Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung . . ., NJW 93, 501; *Pelz,* Bew.verwertungsverb. und hypothetische Ermittlungsverläufe, 1993; *Schmidt/Dörr,* Stasi-Unterlagengesetz (comentario), 1993; *Rolf Schmitt,* Der strafproz. Eingriff in die Persönlichkeitssphäre bei schweren Delikten und die Verwertung von Bew.material, tesis doctoral, Köln, 1993; *Bauer,* Ist die Kritik an der "Rechtskreistheorie" (methodisch) noch zu halten?, NJW 94, 2530; *Dornach,* Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens, 1994; *Kelnhofer,* Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverb., 1994; *Koriath,* Über Bew.verb. im Strafprozeß, 1994; *Krey,* Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, 1994; *Störmer,* Verfassungsrechtl. Verwertungsverb. im Strafprozeß, Jura 94, 393; *idem,* Strafproz. Verwertungsverb. in verschiedenen Konste-

llationen, Jura 94, 621; *Weiler,* Strafprozessuale Verwertbarkeit von privatrechtlich entnommenen Blutproben, MDR 94, 1163; *Dornach,* Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als "Organ der Rechtspflege" Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?, NStZ 95, 57; *Fezer,* Grundfragen der Bew.verwertungsverb., 1995 (detallada y críticamente sobre esto, *Amelung,* GA 96, 332); *Flöhr,* Zur Berücksichtigung hypothetischer Kausalitätsverläufe im Strafprozeßrecht, Jura 95, 131; *Rogall,* Bew.verb. im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts, Rudolphi-FS, 1995, 113; *Bauer,* Der neue Streit um die Rechtskreistheorie als methodisches Problem, wistra 96, 46; *Beulke,* Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung "erste Hilfe" bei der Verteidigerkonsultation leisten?, NStZ 96, 257; *Frank,* Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996; *R. Hamm,* Staatliche Hilfe bei der Suche nach Verteidigern - Verteidigerhilfe zur Begründung von Verwertungsverb., NJW 96, 2185; *W. Hassemer/Matussek,* Das Opfer als Verfolger, 1996; *Hauf,* Der neue Streit um die Rechtskreistheorie, wistra 95, 53; *M. Heinrich,* Zur Operationsvorbereitung entnommene Blutproben als Beweismittel im Strafprozeß, 1996; *Maul/Eschelbach,* Zur "Widerspruchslösung" von Bew.verb.problemen in der Rechtsprechung, StraFo 96, 66; *Rogall,* Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, JZ 96, 944; *Schneider,* Überlegungen zur Zulässigkeit des Aushorchens von Inhaftierten durch V-Leute unter Einsatz technischer Hilfsmittel, JR 96, 401; *Amelung,* Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, Bemmann-FS, 1997, 505; *Herrmann,* Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger zu befragen, NStZ 97, 209; *Neuhaus,* Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung, NStZ 97, 312; *Renzikowski,* Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, JZ 97, 710; *Roxin,* Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rspr., JZ 97, 343; *idem,* Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 97, 18; *Verrel,* Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NStZ 97, 361, 415; *U. Schroth,* Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, JuS 98 (en prensa).

Aún no se ha impuesto una terminología uniforme en este difícil círculo de problemas. Bajo el concepto general de *prohibiciones probatorias* se sintetiza aquí a todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal. Se dividen en dos grupos: *prohibiciones de producción de la prueba* (I y II) y *prohibiciones de valoración de la prueba* (III), cuyas manifestaciones son expuestas sucintamente a continuación. A pesar de los esfuerzos intensivos de la literatura jurídica y de la jurisprudencia, todavía no se ha originado una teoría de las prohibiciones probatorias generalmente reconocida[1].

I. Prohibiciones de producción de la prueba; concepto y clases

1. La obligación procesal penal de esclarecimiento (cf., en especial, §§ 160 y 244) no rige en forma ilimitada; está restringida por un número de prohibiciones de producción de la prueba (prohibiciones de obtención de la prueba). Según ellas, o bien

a) determinados hechos no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (*prohibiciones de temas probatorios*) o

b) determinados medios de prueba no pueden ser empleados (*prohibiciones de medios probatorios*) o

c) en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos (*prohibiciones de métodos probatorios*), o se puede

d) ordenar o realizar la obtención de la prueba sólo por determinadas personas (*prohibiciones probatorias relativas*).

[1] Rogall, 1995, brinda una buena introducción incluyendo el Derecho procesal penal estadounidense, tan importante en este punto para el Derecho alemán.

2. a) En los §§ 61 y s., BBG, y 39, BRRG, p. ej., se encuentra la regulación legal de una *prohibición del tema probatorio*. De acuerdo con ello, en caso de secretos de Estado y de secretos por razón del oficio está excluido el esclarecimiento judicial para el supuesto de que el permiso para declarar no sea conferido.

b) En los §§ 52-55 y 81c, III, están establecidas prohibiciones de medios probatorios. Las personas que rehúsan, conforme a derecho, prestar testimonio o el examen corporal, están excluidas como medio de prueba en el procedimiento penal.

c) El § 136a contiene una típica *prohibición de métodos probatorios* (ver *infra* § 25, IV).

d) El § 81a establece una *prohibición probatoria relativa* que autoriza las intervenciones corporales realizadas sólo por un médico y únicamente con la orden de un juez (también de la fiscalía y sus funcionarios auxiliares en caso de peligro inminente por la demora); cf., además, §§ 98, 100, 105, 111e y 111n.

II. Sentido y nociones fundamentales de las prohibiciones de producción de la prueba

1. El esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado (al respecto cf. ya *supra* § 1 y BGHSt 14, 358, 365: "No es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio").

2. La regulación de los presupuestos particulares de producción de la prueba tiene en cuenta esta noción (sintéticamente sobre las distintas funciones de las prohibiciones probatorias cf. Koriath, 1994, 43 y siguientes). Para ello, dos ejemplos:

a) Si a los familiares cercanos no se les concediera el derecho a abstenerse de declarar testimonialmente, sería de temer la perturbación sensible de la estrecha relación de confianza dentro de la familia. Por ello, la protección de la familia ordenada por el art. 6, I, GG, es realizada por el § 52. Algo semejante rige para el círculo profesional mencionado en el § 53.

b) Muchas otras disposiciones de la StPO, reguladoras de la obtención de la prueba, son directamente leyes de aplicación de la GG (§ 136a –art. 1, GG–; §§ 81, 81a y 81c –arts. 2 y 104, GG–). La obligación de esclarecimiento está aquí limitada, en forma especialmente visible, a través de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.

III. Teorías generales sobre las prohibiciones probatorias

1. Si las condiciones a las que está vinculada la producción de la prueba no son observadas, surge la pregunta de si los resultados de la prueba

así obtenidos pueden ser valorados, esto es, si a las prohibiciones de producción de la prueba corresponden siempre prohibiciones de valoración de la prueba.

2. Ése no es *necesariamente* el caso (de otra opinión *AK*-KÜHNE, comentario previo al § 48, núm. marg. 52, a). Encontramos regulaciones expresas de una prohibición de valoración de la prueba únicamente en los §§ 81c, III, 5; 98b, III, 3; 100b, V; 100d, III, 3; 100d, V; 100f; 108, II; 136a, III, 2; en el art. 13, V, GG, en el § 7, III, G, 10; en el § 97, I, 3, InsO y en el § 393, II, 1, AO (sobre ellos, con mayores detalles, *infra* § 25, III, 6), en la ley de documentación de la Stasi (StUG) del 20/12/1991, que regula la posibilidad de valorar los documentos de la Stasi (en especial de los datos personales allí contenidos) y, en relación con ello, contiene numerosas prohibiciones probatorias expresas[2], así como en el § 51, I, BZRG, conforme al cual las condenas anteriores caducas o en condiciones de ser declaradas caducas, en principio, ya no pueden ser presentadas al interesado en un nuevo procedimiento penal y ya no pueden ser valoradas en su perjuicio (en cuanto a la constitucionalidad de esta reglamentación BVerfGE 36, 174).

De acuerdo con ello, en ningún caso está permitido considerar en el nuevo procedimiento penal como agravante de la pena a los antecedentes penales caducados o en condiciones de ser declarados caducos o eliminados de conformidad con el § 16, II, 1, BZRG (cf. BGHSt 24, 378; 28, 338). Por el contrario, está permitido recurrir a una condena anterior ya caducada *en tanto* el acusado se remita a ella para su *descargo* (cf. BGHSt 27, 108). Por lo demás, el § 51, I, BZRG, es interpretado en forma restrictiva por la jurisprudencia, en especial, no es aplicado a procedimientos anteriores, finalizados por un sobreseimiento (cf. BGH NJW 73, 289). Críticamente con respecto a la regulación legal DREHER, JZ 72, 618; TERHORST, ZRP 73, 5; por otro lado ver GÖTZ, JZ 73, 496.

Los demás casos no están regulados expresamente en la StPO y, en consecuencia, son discutidos enérgicamente. El único intento que hubo hasta ahora de dar una solución general a esta problemática es ofrecido por la llamada *"teoría del ámbito de derechos"* (*"Rechtskreistheorie"*), desarrollada por el BGH (fundamentalmente BGHSt [GrS] 11, 213), en virtud de la cual en caso de que se lesione prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar, y, con ello, también la valorabilidad de las pruebas obtenidas, depende de si la "lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él. En este análisis se debe considerar, ante todo, el motivo de justificación de la disposición y la cuestión acerca de en el interés de quién ha sido creada" (*loc. cit.*, 215). Sin embargo, también esta teoría del ámbito de derechos es vivamente

[2] Con mayores detalles sobre esto, KLINGHARDT, 1992; MARSCHOLLECK, 1992; SCHMIDT-DÖRR, 1993; crítico con respecto a la StUG, STAFF, ZRP 92, 462; STOLTENBERG, DtZ 92, 65.

combatida[3] y soporta muchas objeciones. Pues, por un lado, el acusado tiene derecho a que no sólo sean observadas las disposiciones establecidas especialmente para su protección, sino también a que el principio de formalidad quede garantizado en general; por tanto, también las infracciones en este ámbito afectan su "ámbito de derechos" y pueden justificar una prohibición de valoración, de modo tal que este criterio es poco adecuado para la diferenciación. Por otro lado, no está dicho, ni tampoco ha sido admitido directamente por el BGH, que una producción incorrecta de la prueba y que afecte el ámbito de derechos del acusado conduzca, sin excepciones, a la invalorabilidad del medio de prueba (así, sin embargo, SYDOW, 1976).

También se discute si, y en qué medida, debe ser rechazada una prohibición de valoración cuando el medio de prueba hubiera sido obtenido sin lesionar una prohibición de producción de la prueba. La consideración de estos *"cursos hipotéticos de la investigación"* es, por un lado, totalmente rechazada y, por otro, admitida sin más (cf. también *infra* IV, 1, c, aa, en conexión con el § 81a). A lo sumo, merece aprobación una solución intermedia. De acuerdo con ello, una prohibición de valoración probatoria no es improcedente cuando el medio de prueba hubiera sido obtenido, también, posiblemente, sin el vicio de procedimiento; antes bien, su obtención debe haber sido realizada muy probablemente en virtud de las investigaciones precedentes. Sin embargo, también en ese caso se debe afirmar la existencia de una prohibición de valoración cuando, tratándose de faltas graves al procedimiento, ello es imprescindible por motivos de tutela jurídica preventiva (fundamento jurídico del § 338); así, p. ej., la competencia judicial para ordenar la vigilancia telefónica (§ 100b) no tendría sentido si los resultados de las escuchas policiales arbitrarias fueran valorables sólo porque se hubiera podido pedir una orden judicial[4].

Aquí reside la problemática de la concepción de AMELUNG, 1990, en sí fecunda, que sostiene la existencia de una prohibición de valoración en caso de lesión de "derechos al dominio de la información" (esfera privada del derecho fundamental, derechos de abstenerse de declarar, derecho general a la protección de la personalidad, autorizaciones profesionales y estatales de mantenimiento del secreto), pero pretende admitir la valoración en caso de lesión de la reserva judicial, en tanto los órganos de persecución penal tengan derecho a la informa-

[3] Contra ella, sobre todo, EB. SCHMIDT, JZ 58, 596; RUDOLPHI, MDR 70, 93; estableciendo una diferencia PHILIPPS, *Bockelmann-FS*, 1978, 831. Empero, cf. también el "Alegato a favor de la teoría del ámbito jurídico" (*"Plädoyer für die Rechtskreistheorie"*) de BAUER, NJW 94, 2530 y s., la réplica de HAUF, wistra 95, 53, y la refutación de BAUER, wistra 96, 46.

[4] Con más detalles ROGALL, 1988, en referencia a WOLTER, NStZ 84, 276; ROXIN, NStZ 89, 376; FEZER, StrV 89, 290; MEURER, JR 90, 391, en polémica con BGH NStZ 89, 375; BEULKE, 1991; SV. SCHRÖDER, 1992, 111 y siguientes. Para el caso en que se elude conscientemente un auto judicial de registro AG Offenbach StrV 93, 406; LG Darmstadt StrV 93, 573. Cf. también *infra* § 35, A, IV, 1, g.

ción, de manera tal que ella también hubiera sido obtenida conforme a derecho. Ante el desprecio consciente de normas procesales, también se deberá llegar a una prohibición de valoración en virtud del principio del *fair trial* aun cuando, como en el caso del § 81a (cf. *infra*, f), el imputado no tenga derecho al dominio de la información. Esta concepción tampoco sirve para las prohibiciones de valoración que se originan en la lesión de derechos de intervención (§§ 168c, 224 y 257) (así el mismo AMELUNG, 1997, en franca polémica con sus críticos).

IV. Las prohibiciones de valoración probatoria en particular

Según lo expuesto inmediatamente antes, es correcto rechazar concepciones globales y buscar la solución para las prohibiciones individuales de producción de la prueba separadamente, en un análisis de los distintos intereses comprometidos en el caso y su ponderación[5]. En ello es de fundamental importancia la diferenciación entre prohibiciones de valoración probatoria dependientes (esto es, aquellas que se fundan en la lesión de una prohibición de producción de la prueba) y prohibiciones de valoración probatoria independientes (esto es, aquellas que no se basan en una lesión a la ley, sino que son derivadas directamente de la Constitución). De acuerdo con ello, para los casos más importantes resulta el siguiente panorama:

1. Prohibiciones de valoración probatoria dependientes de otras

a) Derechos del imputado

aa) Con anterioridad era discutido, particularmente, si una violación al deber de informar del § 136 conduce a una prohibición de valoración. En primer lugar, el BGHSt 22, 170, lo había rechazado en general, con el fundamento equivocado de que el § 136 era una mera disposición de forma. Las sentencias BGHSt 25, 325; 31, 395, habían respondido afirmativamente a la prohibición de valoración para el caso de infracción al § 243, IV, 1 (por consiguiente, la omisión de la información judicial en el juicio oral) y ya no calificaron al § 136 como disposición de forma; sin embargo, siguieron negando que la omisión de la información por la policía constituyera una prohibición de valoración: "Lo que rige para el juicio oral... no rige también, sin más, para el procedimiento preliminar" (BGHSt 25, 331; 31, 401). Finalmente, en BGHSt 38, 214, la crítica de toda la literatura provocó el abandono de esa jurisprudencia[6]. El BGH acentúa ahora, acertadamente, que el derecho a guardar silencio, por tanto, el principio según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo, figura entre los principios fundamentales del proceso penal, de modo tal que también su lesión por la policía debe conducir a una prohibición de valoración. Además, en el primer interrogatorio, realizado por la policía, el imputado, "en comparación con la situación en el juicio oral, está expuesto, de ninguna manera en menor medida, sino, antes bien, en mayor medida, al peligro de incriminarse a sí mismo de forma imprudente" (*loc. cit.*, 221). Cf., también, el auto de elevación del OLG Celle (StrV 91, 249, con reseña de AMELUNG, 454).

Actualmente, en algunos casos de excepción, el BGH admite todavía la valoración a pesar de la falta de información: cuando se comprueba que el imputado tuvo conocimiento de su derecho a guardar silencio, o cuando el acusado, que cuenta con la asistencia de un defensor, ha consentido expresamente la valoración en el juicio oral o no se opuso a ella hasta el momento mencionado en el § 257[7]. Lo mismo debe regir cuando un acusado, que no cuenta con defensor, ha sido informado por el presidente sobre la posibilidad de formular la oposición.

Despierta reparos la tesis de que el acusado que cuenta con defensor ya no puede hacer valer, con el recurso de casación, la imposibilidad de valoración de la declaración llevada a cabo sin haber sido informado sobre sus derechos, si él no se ha opuesto oportunamente a la valoración en el juicio oral. Esta solución, denominada solución de la oposición, aplicada en medida creciente por la jurisprudencia más reciente[8], deriva de una negligencia del defensor graves perjuicios jurídicos para el acusado. Ello es contrario a la obligación judicial de asistencia y a la circunstancia de que es tarea del mismo tribunal poner de manifiesto infracciones a las disposiciones fundamentales propias del Estado de Derecho. El temor de que el defensor podría reservarse la alegación de la lesión de las reglas del procedimiento para la instancia de casación, puede perder su razón de ser si el tribunal llama la atención del defensor sobre la lesión de las reglas del procedimiento y le pregunta si quiere oponerse a una valoración o si, no obstante, la desea[9].

Según BayObLG NStZ 94, 250, la prohibición de valoración probatoria del § 136 no rige para el procedimiento contra un tercero en el que la persona que por error no fue informada es exclusivamente testigo. La sentencia debe ser rechazada junto con la teoría del ámbito jurídico, en la que se apoya; cf. *supra* § 24, D, III, 2; pues también el tercero tiene derecho a que sólo los medios de prueba obtenidos legítimamente sean usados en su contra. Fuera de ello, el negar efectos frente a terceros a las infracciones al mandato de informar debería conducir al resultado absurdo de que una prohibición de valoración se presenta cuando *un* imputado no fue instruido, pero no cuando dos coimputados no son instruidos y, a consecuencia de ello, declaran. Pues, en ese caso, uno de ellos siempre podría ser condenado a partir de la declaración del otro, ya que no podría invocar la violación jurídica cometida contra aquél.

[5] En sentido afirmativo FEZER, 1978, 325; ROGALL, 1979; cf. también las clasificaciones sistemáticas en BAUMANN/BRENNER, 1991, y HOFMANN, 1992; EISENBERG, BewR, núms. margs. 362 y ss.; además, a favor de una ponderación en el caso individual, con ayuda del principio del *fair trial*, HAUF, 1993. Sobre las prohibiciones de valoración en conexión con la adquisición contraria a derecho de la prueba testimonial, instructivo y con aplicaciones para una "teoría normativa de las consecuencias de los vicios en el proceso penal", ROGALL, JZ 96, 944.

[6] Sobre esta decisión BOHLANDER, NStZ 92, 564; FEZER, JR 92, 385; ROXIN, JZ 92, 923; KIEHL, NJW 93, 501; RANSIEK, StrV 94, 343.

[7] Según Stuttgart NStZ 97, 405, la oposición también es tardía cuando es formulada sólo en la instancia de apelación –en ella, por cierto, hasta el momento del § 257–.

[8] P. ej., también en caso de infracciones al § 137; BGHSt 42, 15, 22 y ss., o al § 136a: BGH NStZ 96, 290, con comentario en contra de FEZER, StrV 97, 57.

[9] Contra la solución de la oposición también DORNACH, 1994, 190 y s., *idem*, NStZ 95, 57; FEZER, JR 92, 386; KIEHL, NJW 93, 501; a favor de ella WIDMAIER, NStZ 92, 519; R. HAMM, NJW 93, 295; 96, 2185; ponderando MAUL/ESCHELBACH, StraFo 96, 71. Más allá del caso de la solución de la oposición, FEIGEN, *Rudolphi-S.*, 1995, 161, se dirige, con razón, contra la tendencia, también creciente en general, de atribuir los errores de la defensa al imputado.

El BGH también pretende admitir, por regla general, la valoración de las declaraciones realizadas en la antigua RDA, cuya StPO no preveía obligación policial alguna de informar (BGHSt 38, 263, con comentario en sentido afirmativo de FEZER, JR 93, 427).

Si en un interrogatorio anterior no se informó al imputado sobre sus derechos y con posterioridad, después de haber sido informado, el imputado declara en el mismo sentido, se deberá hacer depender la valorabilidad de la segunda declaración de la información adicional al imputado de que la primera declaración es invalorable (la llamada información calificada)[10]; porque si el imputado repite la declaración anterior sólo porque cree que, de todos modos, ya no podrá hacerla desaparecer, el vicio procesal, que sigue teniendo efecto, no puede considerarse subsanado.

Si el imputado está psíquicamente impedido y, por tal motivo, no comprende la advertencia conforme al § 136, su declaración sólo puede ser valorada en el juicio oral cuando el acusado, que cuenta con la asistencia de un defensor, aprueba la valoración o no se opone a ella hasta el momento del § 257 (BGHSt 39, 349, con comentario en contra de FEZER, JZ 94, 686). La cuestión de si un imputado está en condiciones de comprender la información está regida por las reglas sobre la capacidad procesal, cf. *supra* § 21, B, III, 1, b.

bb) Si un imputado no es informado sobre su derecho a consultar a un abogado, ello ocasiona una prohibición de valoración; porque "la posibilidad de valerse de la asistencia de un defensor figura entre los derechos más importantes del imputado (cf. art. 6, III, c, MRK). De tal modo se asegura que el imputado no sólo sea objeto del procedimiento penal, sino que pueda influir en el desarrollo y en el resultado del procedimiento penal para salvaguardar sus derechos" (BGHSt 38, 374; sin embargo, dubitativo con respecto a la prohibición de valoración BGH NStZ 97, 609)[11]. Asimismo, se debe admitir una prohibición de valoración cuando el imputado es informado, por cierto, sobre su derecho de consulta, pero luego se le impide el nombramiento del defensor (BGHSt 38, 372); aquí existe una violación al § 137, I, 1[12].

De modo amplio, la sentencia del BGHSt 42, 15[13], también ha afirmado, acertadamente, una violación al § 137 y una prohibición de valoración respecto a la declaración llevada a cabo sin defensor, cuando la policía no ayuda suficientemente en la búsqueda de defensor al imputado, informado en debida forma, al ocultar la existencia de un servicio de abogados de turno. Sin embargo, la sentencia BGHSt 42, 170[14], en forma restrictiva,

[10] Así GRÜNWALD, JZ 68, 752; SCHÜNEMANN, MDR 69, 102; GEPPERT, 1990, en contra BGHSt 22, 129; como aquí, empero, LG Bad Kreuznach StrV 94, 293; LG Dortmund NStZ 97, 356 (sobre esto NEUHAUS, NStZ 97, 312).

[11] A favor de la prohibición de valoración: STRATE/VENTZKE, StrV 86, 30 y s.; ROXIN, JZ 93, 426 y s.; *SK-StPO*-ROGALL, § 136, núm. marg. 55; *AK-StPO*-ACHENBACH, § 163a, núm. marg. 28; VENTZKE, StrV 96, 524; ROXIN, JZ 97, 343; HERRMANN, NStZ 97, 209.

[12] Con respecto a esta sentencia ROXIN, JZ 93, 426; REIß, JR 93, 334.

[13] Sobre esto BEULKE, NStZ 96, 257; MÜLLER, StrV 96, 358; ROXIN, JZ 97, 343. Con respecto a la "solución de la oposición" practicada en esta sentencia, que en la práctica convierte en irrelevante a la prohibición de valoración probatoria cf. *supra* IV, 1, a), aa.

[14] Con respecto a esto VENTZKE, StrV 96, 524; ROXIN, JZ 97, 343.

valora declaraciones hechas por un imputado que, en un primer momento, había solicitado un defensor pero luego se había mostrado dispuesto a declarar sin defensor porque no podía conseguir uno en las horas nocturnas del interrogatorio. Esto es problemático porque el imputado que se deja persuadir por la policía para declarar sin asistencia de un abogado, no pasa por alto que frente al funcionario encargado del interrogatorio, formado criminalísticamente, se puede enredar con facilidad en contradicciones y puede declararse culpable incluso en contra de su voluntad. Por ello, cuando el imputado no insiste en un interrogatorio inmediato, se le debería dar tiempo de buscar un abogado a la mañana siguiente, antes de que continúe el interrogatorio. Si esto no sucede, también está lesionado el derecho a consultar a un defensor, con la consecuencia de que se presenta una prohibición de valoración.

cc) En los últimos años ha adquirido especial actualidad la cuestión de si está prohibido el empleo del llamado interrogatorio por ardid, como forma de sustraerse a los §§ 136 y 137, y si esto ocasiona una prohibición de valoración probatoria. La decisión determinante de la Gran Sala (BGHSt 42, 139) se basa en los siguientes hechos: a raíz de un robo, la policía obtiene de un compatriota, E, del acusado extranjero un indicio de su autoría. A consecuencia de ello, la policía indujo a E a llamar al acusado desde la Jefatura de Policía en presencia de un intérprete y a sonsacarle una confesión. El intento tuvo éxito y el acusado fue condenado a partir del testimonio del intérprete.

La Sala 5ª[15] había visto allí una forma de eludir el § 136 (e, indirectamente, el § 137) y quería declarar invalorable la declaración del intérprete, porque la policía, a través del interrogatorio por ardid relatado, había eludido la información al acusado –que en un interrogatorio hubiera sido indispensable– y, de ese modo, lo había inducido a declararse culpable en contra de su voluntad. En cambio, la Gran Sala (BGHSt 42, 139) ha declarado admisible, en principio, un procedimiento semejante. El § 136 y el principio de que nadie está obligado a incriminarse a sí mismo únicamente debe "proteger contra la suposición errónea de la obligación de declarar, experimentada posiblemente en virtud del carácter oficial del interrogatorio..."; la "libertad ante el error" no está protegida. No obstante, la Gran Sala también deriva, del principio del procedimiento llevado a cabo con lealtad, "reparos" contra el hecho de que "las autoridades de la investigación induzcan clandestinamente al imputado a formular declaraciones en la forma sometida a examen". Sin embargo, esos reparos deben ser ponderados con la "obligación del Estado de Derecho a una persecución penal efectiva". De acuerdo con ello, el interrogatorio por ardid sólo pue-

[15] Cf. sobre esto su auto de interpelación (NStZ 95, 410) y el auto de propuesta (NStZ 96, 200), así como ROXIN, NStZ 95, 465.

de ser introducido "cuando se trata del esclarecimiento de un hecho punible de importante significado y con el uso de otros métodos de investigación, la averiguación de los hechos sería mucho menos prometedora o se haría considerablemente más complicada"[16].

Mejor que esa solución de compromiso hubiera sido prohibir absolutamente los interrogatorios por ardid y declarar invalorables las declaraciones obtenidas a través de ellos; pues muchos motivos contribuyen a sostener que el § 136 debe proteger al imputado no sólo contra la coacción hipotética, sino también contra la "auto-incriminación dependiente del engaño y provocada por el Estado"[17].

Si un policía interroga al imputado en el lugar del hecho, sin instruirlo e, incluso, sin darse a conocer como tal, ello, indudablemente, constituye una violación al § 136 que vuelve invalorable la declaración. ¿Cómo puede ser admisible que el policía, de manera comparable, lo llame o lo haga llamar de incógnito?

Sobre la problemática de la aplicación analógica del § 136, cf. también *infra* § 25, III, 5-7.

dd) Si se afecta el derecho del imputado a estar presente (§§ 168c, II, y 168d, I), los resultados del interrogatorio judicial a un testigo o de una inspección ocular no pueden ser valorados. Esto también es así cuando, por descuido, no se realizó la comunicación al imputado, porque aquí está afectado su derecho a ser oído conforme a la ley (art. 103, I, GG y 6, MRK), dado que perdió la oportunidad de influir en el resultado de la prueba (BGHSt 26, 332). Los testigos tampoco pueden ser interrogados en el juicio oral sobre las actas invalorables (BGHSt 31, 140, con reseña de FEZER, 1978, 330; discrepante, sin embargo, BGHSt 34, 231, 234 y s., con comentario en contra de FEZER, StrV 87, 234). En caso de violación del § 168c, V, el acta del interrogatorio judicial viciado tampoco puede ser valorada bajo los presupuestos del § 251, II, como acta de "otro interrogatorio"[18]. Igualmente, cuando el defensor, en oposición al § 168c, V, no es informado sobre un interrogatorio judicial del imputado, su declaración no puede ser valorada (BGH NStZ 89, 282, con comentario de HILGER).

[16] Con mayores detalles sobre esto, ROXIN, NStZ 95, 465; *idem*, NStZ 97, 18. En la misma línea, el auto de la Gran Sala, categóricamente en contra BERNSMANN, StrV 97, 116; RENZIKOWSKI, JZ 97, 710; en cambio, VERREL, NStZ 97, 363, 415, está inclinado a aceptar la opinión de la Gran Sala.

[17] Ya antes la sentencia del BGHSt 39, 335, con reseña de WELP, NStZ 94, 294, había declarado admisible el interrogatorio por ardid. En contra, DENCKER, StrV 94, 671; LISKEN, NJW 94, 2069; TIETJE, MDR 94, 1078.

[18] Muy discutido; de otra manera BayObLG JR 77, 475, con comentario en contra de PETERS; BGHSt 34, 231, 234; como aquí *AK*-ACHENBACH, § 168c, núm. marg. 18, con más detalles. También BGH StrV 97, 512, pretende admitir una valoración conforme al § 251, II, pero, de todos modos, obliga al tribunal a advertir al acusado sobre ese cambio de valoración.

b) Derechos a abstenerse de declarar testimonialmente y de responder preguntas

Si se ha omitido la información a los parientes, exigida conforme al § 52, sobre su derecho a abstenerse de declarar testimonialmente, la declaración obtenida, no obstante, es invalorable, según la opinión unánime; ello es exigido por la "protección de la familia del acusado", a la que aspira la prohibición de producción de la prueba (BGHSt 11, 216). En oposición a la sentencia del BGHSt 22, 35, también se debe considerar invalorable la declaración después de la muerte del testigo, dado que la disposición del § 52 no pretende impedir únicamente la colisión de obligaciones del testigo, sino que también sirve a la protección del acusado (igualmente PETERS, JR 68, 429; FEZER, JuS 78, 330; MICHAELIS, NJW 69, 730; *SK*-SCHLÜCHTER, § 252, núm. marg. 30; BEULKE, núm. marg. 461). Si el pariente, en la declaración realizada sin ser informado, también se incrimina a sí mismo, sus declaraciones tampoco pueden ser valoradas en un procedimiento penal en su contra (AG Itzehoe StrV 96, 592).

De modo excepcional, la prohibición de valoración no procede cuando es seguro que el testigo no informado tenía conocimiento de su derecho de abstención y que tampoco hubiera hecho uso de él en caso de que se le hubiera informado en debida forma, porque, en ese caso, la sentencia no puede fundarse en la violación al § 52, III (BGH NStZ 90, 549).

Si un pariente legitimado para abstenerse de declarar testimonialmente es interrogado por un perito, debe ser informado previamente por el juez sobre su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente. La información por el perito no es necesaria, ni tampoco es suficiente.

bb) Los §§ 53 y 53a, que regulan el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente para determinados grupos profesionales, contrariamente al § 52, III, no prescriben el deber de informar, de modo que un deber tal puede inferirse, de todos modos, de la obligación judicial de asistencia cuando, en forma evidente y excepcional, el testigo desconoce su derecho de abstención (cf. *Kl/M*, § 53, núm. marg. 4). Si el portador del secreto profesional conoce su derecho a abstenerse de declarar testimonialmente y, sin embargo, declara, violando el § 203, I, StGB, según la opinión preponderante esa declaración es valorable, ya que la decisión está sujeta exclusivamente al ámbito de responsabilidad del testigo[19]. Ello deberá asentirse, ante todo, porque, con frecuencia, el juez no puede apreciar de manera alguna si el testigo declara sin autorización en el sentido del § 203, StGB (EISENBERG, BewR, núm. marg. 1265).

cc) En conexión con los §§ 52, 53 y 53a deben ser tratadas la prohibición de secuestro del § 97, I, y la prohibición de lectura del § 252. Una vio-

[19] BGHSt 9, 59; 15, 200; 18, 146; *LR*-DAHS, 24ª ed., § 53, núm. marg. 11; *KMR*-PAULUS, § 53, núm. marg. 55; SCHLÜCHTER, 1983, 489.2; de otra opinión FEZER, 15/21; HAFFKE, GA 73, 65; RANFT, *Spendel-FS*, 1992, 733; FREUND, GA 93, 56 y siguientes.

lación al § 97, I, produce, en complemento con los §§ 52, 53 y 53a, una prohibición de valoración adicional por medio de la cual se impide el eludir los derechos de abstenerse de declarar testimonialmente a través del secuestro (BGHSt 18, 229; *KK*-NACK, § 97, núm. marg. 7). El § 252 amplía el ámbito de protección de los §§ 52, 53 y 53a para el caso de que un testigo, que ya había declarado en el marco de un interrogatorio anterior, haga uso de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente sólo en el juicio oral. Cf. detalladamente sobre el contenido y extensión del § 252 *infra* § 44, B, III.

dd) Por el contrario, una violación a la prohibición del tema probatorio del § 54 (un funcionario público declaró sin autorización para hacerlo) no torna invalorable la declaración[20]. El BGH funda esta suposición en la consideración de que el § 54 sirve exclusivamente a la salvaguarda del secreto oficial y no responde, en cambio, a los intereses de la defensa del acusado. Esto es correcto, por lo menos, siempre que el secreto ya haya sido dado a conocer a través de la declaración y, con ello, se haya suprimido definitivamente el motivo del legislador para la invalorabilidad (ver GRÜNWALD, JZ 66, 498); las necesidades preventivas han sido tomadas en consideración a través de la responsabilidad del derecho disciplinario del funcionario. Sin embargo, si un tribunal o la fiscalía engañaran a un funcionario sobre la existencia del derecho a abstenerse de prestar declaración testimonial, el principio del *fair trial* impediría la valoración de la declaración.

ee) Si la información requerida por el § 55, II, fue omitida, conforme a la opinión del BGH la declaración del testigo igualmente debe ser valorable porque el § 55 sólo debe proteger al testigo de perjuicios, pero no afecta el ámbito de derechos del imputado (BGHSt [GrS] 11, 213; con motivo de este caso ha sido desarrollada, especialmente, la teoría del ámbito jurídico). A ello no sólo se le puede oponer las objeciones discutidas al comienzo contra la teoría del ámbito jurídico; ante todo, se debe señalar que el § 55 también pretende proteger al acusado de la incriminación a través de declaraciones cuyo valor de verdad es muy dudoso, desde un principio, a causa de la tendencia al favorecimiento del mismo testigo (empero, en contra de un fin de protección semejante GRÜNWALD, 1993, 145). Contra ello tampoco se puede alegar que la StPO no posee una prohibición general de valoración de las declaraciones de los coimputados (así, sin embargo, RANFT, núms. margs. 512 y siguientes). Por ello, las mejores razones están a favor de una prohibición de valoración probatoria[21].

[20] BGH MDR 51, 275; NJW 52, 151. Asimismo, ROGALL, 1979, 31; muy discutido, de otra opinión, p. ej.: EB. SCHMIDT, II, § 54, nº 10; PETERS, Informe a las 46ª Jornadas de los juristas alemanes, 108/109; RUDOLPHI, 1970, 98; FEZER, JuS 78, 474.

[21] Muy discutido; como aquí EB. SCHMIDT, JZ 58, 596; PETERS, Informe a las 46ª Jornadas de los juristas alemanes,128 y s.; RUDOLPHI, 1970, 98; como el BGH, entre otros, GRÜNWALD, 1966, 498; OTTO, 1985, 301.

Si un acusado ha sido interrogado como testigo en un procedimiento anterior y en esa ocasión, sin haber sido informado en conformidad con el § 55, II, hizo declaraciones que lo incriminaban, esas aserciones no pueden ser utilizadas en su contra en un procedimiento posterior (así también BayObLG NJW 84, 1246).

c) Medidas coercitivas

aa) Aquí tiene gran significado práctico, ante todo, el caso en el que una extracción de sangre conforme al *§ 81a* o el resultado de un examen semejante son obtenidos de modo ilícito, bien que la orden sea dada por una persona incompetente (p. ej., por un simple policía) o que la injerencia sea efectuada por una persona que no es médico (esto es, en la práctica, sobre todo: por un asistente en medicina). Sin embargo, hasta ahora, ante este tipo de violación, la opinión absolutamente preponderante ha declarado valorable al medio probatorio obtenido ilegítimamente[22]. La opinión dominante debe ser aprobada pues el § 81a (a diferencia de los §§ 52, 55 y 136) no da derecho a excluir del proceso al medio probatorio y tampoco pretende asegurar su calidad. Antes bien, su finalidad se agota en preservar al imputado de restricciones a la libertad y de peligros para la salud provocados por las injerencias imprudentes o inadecuadas. Pero esta protección ya es alcanzada debido a que la persona no autorizada para la injerencia (p. ej., la persona que no es médico) incurre en una sanción del Derecho material (por privación ilegítima de la libertad o por lesiones corporales). Por otra parte, el fin de protección del § 81a está "agotado" con esa violación, de modo que desde este punto de vista no existen objeciones contra la valoración posterior del medio de prueba obtenido ilegítimamente. Sólo cuando la disposición del § 81a es descuidada de forma consciente por la persona que debe dar la orden, el principio del *fair trial* (ver *supra* § 11, V) justifica una prohibición de valoración (cf. FEZER, JuS 78, 614; ROGALL, 1979, 31).

Aun cuando una extracción de sangre ha sido realizada sin que exista una orden según el § 81a, sino únicamente con el fin de preparar a alguien para una operación, y luego, en violación de la prohibición de secuestro del § 97, I, nº 3, ha llegado a manos de los órganos de persecución penal, según Celle NStZ 89, 385, y Zweibrücken NJW 94, 810[23], ella puede ser valorada como medio de prueba contra el paciente sólo si existieron los pre-

[22] Cf. BGHSt 24, 125, con numerosas especificaciones; en sentido afirmativo SCHÜNEMANN, JA 72, 635, SCHÖNEBORN, GA 75, 33, FEZER, JuS 78, 613, en cada caso con más detalles; de otra opinión, ante todo, EB. SCHMIDT, MDR 70, 462; estableciendo una diferencia SV. SCHRÖDER, 1992, 133 y siguiente.

[23] Con respecto a estas decisiones MAYER, JZ 89, 908; WENDISCH, OLGSt, nº 3, sobre el § 81a, StPO; WOHLERS, NStZ 90, 245; BEULKE, ZStW 103 (1991), 675 y ss.; SV. SCHRÖDER, 1992, 19, 136 y ss.; HAUF, NStZ 93, 461; GEPPERT, JK 94, StPO § 97/1; WEILER, MDR 94, 1163; *idem*, NStZ 95, 98; FLÖHR, Jura 95, 131; así como detalladamente HEINRICH, 1996, 13 y ss., 23 y siguientes.

supuestos del § 81a (en general, sobre cursos causales hipotéticos ver *supra* III, 2). Sin embargo, ello debe ser cuestionado, con HEINRICH, 1996, 23 y ss., en todo caso para el supuesto en el que al momento del secuestro (ilegal) ya no hubiera sido admisible una nueva extracción de sangre conforme al § 81a, p. ej., por el mal estado del paciente (así sucedió en las dos decisiones del OLG). Es que en ese caso, ya desde un principio, no existe margen alguno para la hipótesis de obtención legítima de otra extracción de sangre al momento del secuestro; y la consideración de la hipótesis de obtención legítima de la extracción de sangre concretamente existente, conforme al § 81a, fracasa –como HEINRICH, *loc. cit.*, 26 y ss., ha destacado convincentemente– a causa de la "prohibición de la conformación retrospectiva de la hipótesis" (*loc. cit.*, 33): "en la formulación de la hipótesis no es admisible recurrir a un acontecimiento" –aquí: la extracción de sangre– "que cronológicamente es anterior a aquel acto de investigación que causa la prohibición de valoración" –el secuestro– "cuya ilegalidad es válida para compensar" (*loc. cit.*, 31). Pero también para el caso en el que, al momento del secuestro, todavía hubiera podido ser extraída una segunda prueba de sangre, válida de conformidad con el § 81a, se podrá aceptar un curso hipotético, susceptible de consideración, de otra prueba de sangre que, si bien no reúne una identidad objetiva entre la obtenida realmente y la obtenible hipotéticamente, por lo menos revela una "identidad normativa" (con mayores detalles sobre esto, HEINRICH, *loc. cit.*, 34 y ss., y 44 y ss.); un caso semejante se presenta, p. ej., cuando el policía "llega sólo pocos instantes después de la extracción de sangre y procede inmediatamente al secuestro" (*loc. cit.*, 44).

bb) Según la opinión dominante, los resultados de una vigilancia telefónica conforme a los §§ 100a y ss. son invalorables cuando faltaron los presupuestos materiales para la vigilancia, en especial, la sospecha de la comisión de uno de los hechos de la lista del § 100a. Sin embargo, debe ser considerado restrictivamente, en ese contexto, que, según el BGHSt 41, 34, para la apreciación de los presupuestos materiales, a quien le compete ordenar le corresponde un margen discrecional, de modo tal que una prohibición de valoración sólo existe en caso de arbitrariedad o de grosera apreciación errónea (con más detalles sobre esto, *infra* § 34, IV, 3, b). Por el contrario, la inobservancia de los presupuestos formales de los §§ 100b y 101, ante todo, la falta de la forma escrita o de la comunicación allí exigidas, no provoca una prohibición de valoración. Únicamente debe regir algo distinto cuando falta una orden judicial o de la fiscalía, de conformidad con el § 100b, I (BGHSt 31, 308 y siguiente).

Para los llamados hallazgos casuales, esto es, para los conocimientos que no conciernen al hecho punible con relación al cual fue ordenada la vigilancia telefónica, el § 100b, V, establece una regulación especial en virtud de la cual la valoración entra en consideración sólo para comprobar los hechos de la lista del § 100a o delitos relacionados con ellos. Por lo demás, sobre la problemática de la llamada conversación en un ámbito privado, cf. *infra* § 34, IV, 3, c.

cc) También en lo concerniente a los presupuestos de aplicación para el agente encubierto según los §§ 110a y ss., StPO, la opinión dominante diferencia, como en el caso del § 100a, entre presupuestos materiales y formales (cf. sólo BEULKE, núm. marg. 481a). Con respecto a los hallazgos casuales, la ley también proporciona aquí, en el § 110e, una regulación especial que concuerda con la del § 100b, V. Por otra parte, sobre los problemas especiales de valoración probatoria en el marco de la aplicación del agente encubierto cf. *supra* § 10, B, II y siguiente.

2. Prohibiciones de valoración probatoria independientes

En el curso del procedimiento de investigación y en el marco de producciones de prueba admisibles, está permitido producir injerencias en derechos fundamentales. Los casos más importantes consisten en recurrir a grabaciones secretas en bandas magnetofónicas, fotos o películas, así como el secuestro de diarios privados. Aquí, una prohibición de valoración se puede derivar directamente de los arts. 1 y 2, GG. No obstante, en particular, se debe distinguir (cf. KÜPER, 1990; ROXIN, 1991, 78 y ss.; BAUMANN/BRENNER, 1991, 156 y ss.):

La valoración es absolutamente imposible cuando ella lesiona el núcleo esencial intangible de la personalidad y, con ello, la dignidad humana (art. 1, I, GG) (fundamental BVerfGE 34, 238). Esto sucede cuando se recurre a anotaciones íntimas de un diario sobre una relación sexual, con las que se pretende probar un perjurio (BGHSt 19, 325), pero también en caso de anotaciones escritas en las cuales un sospechoso de asesinato, sin referencia concreta al hecho, analiza sus conflictos internos y su inclinación a cometer hechos de violencia (BGHSt 34, 397). Lo mismo rige para los diarios íntimos de la esposa del imputado (LG Saarbrücken StrV 88, 480), así como para una carta del imputado a un médico, todavía no enviada, sobre su estado de salud (BayObLG NStZ 92, 556). En tales casos, desde un principio, se descarta una ponderación. Lamentablemente, el BGH no siempre se ha declarado con claridad partidario de la "teoría del ámbito esencial" y en la sentencia BGHSt 34, 397, permitió la valoración, puesto que antepuso los "intereses de la administración de justicia penal" al derecho a la personalidad del imputado, mientras que el BVerfGE 80, 367, en una decisión de 4 votos contra 4, a través de una valoración, declaró no afectado el núcleo esencial de la personalidad[24].

[24] Así también BEULKE, núm. marg. 473; convincente, en contra, el voto de los cuatro jueces vencidos, *loc. cit.*; en contra también WOLTER, StrV 90, 175; STÖRMER, NStZ 90, 397; GEIS, 1991; BERKEMANN, JR 90, 226; KÜPPER, 1990; ROLF SCHMIDT, Jura 93, 591. Sobre la sentencia del BGHSt 34, 397, cf. también los comentarios de PLAGEMANN, NStZ 87, 570, y GEPPERT, JR 88, 471.

Mientras la jurisprudencia y la opinión dominante juzgan tales casos como una injerencia en el derecho general a la personalidad o bien como una afectación de la dignidad humana, AMELUNG (1988; en forma similar LORENZ, GA 92, 254) pretende considerar las anotaciones en un diario personal como un "examen de consciencia" y someterlo a la protección del art. 4, GG (con consecuencias no del todo apreciables); sin embargo, va quizá demasiado lejos el clasificar los conflictos privados escritos consigo mismo y con el mundo como problema de consciencia en general.

Se debe seguir diferenciando en qué casos una valoración no interviene en los ámbitos más íntimos de la personalidad, sino sólo en la simple esfera privada y, con ello, en el derecho general a la personalidad. En supuestos en los que se trata de una "prohibición de valoración independiente", por tanto, en aquellos en los que el Estado no llegó a poseer el medio probatorio a través de una producción de prueba ilegal, se pondera, con razón, entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, de modo tal que, si se trata de delitos muy graves, la valoración es admisible. Por consiguiente, los registros contables de un criminal inveterado sobre sus delitos pueden ser usados para probar su culpabilidad. Aun cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en un videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba (BGHSt 36, 167, en contra JOERDEN, Jura 90, 642), mientras que se debería decidir en forma distinta si se tratara de probar una injuria o daños. La posibilidad de valoración también ha sido rechazada en la sentencia del BGHSt 14, 358, en la que se pretendía probar una tentativa de instigación de perjurio y una prevaricación a través de una grabación en banda magnetofónica realizada en secreto por un particular; asimismo, la valoración ha sido juzgada inadmisible para la prueba de una calumnia e imputación falsa (BayObLG NStZ 90, 101) o de espionaje del servicio secreto (BGH NStZ 94, 350, con comentario de LORENZ, JR 94, 430). FRANK, 1996, 118, pretende determinar la valorabilidad de las grabaciones realizadas ilícitamente por particulares en virtud de una analogía con los §§ 100a y c, StPO.

Finalmente, una valoración es totalmente inobjetable allí donde la esfera privada ni siquiera ha sido afectada. Por consiguiente, la llamada extorsionadora del secuestrador de un niño puede ser conservada en una cinta magnetofónica sin violación del § 201, StGB, en virtud de una situación similar a la legítima defensa y, con posterioridad, puede ser utilizada para probar su culpabilidad. También fueron valorables las fotografías tomadas en forma secreta en un casino, con las cuales se pudo probar que el mismo inspector de la Oficina de Hacienda, comisionado para controlar, había sustraído dinero a escondidas (Schleswig NJW 80, 352).

Por el contrario, se debe diferenciar terminantemente de las situaciones que se acaba de exponer la cuestión de una prohibición de valoración probatoria independiente, la que está precedida ya por la violación estatal de la prohibición de producción de prueba (cf. sobre esto *supra* IV, comentario previo al punto 1). En los casos de esta índole no se trata de ninguna manera de la teoría de tres categorías desarrollada por el BVerfG (ámbito personal fundamental-simple esfera privada-ámbito fuera de la esfera privada). Antes bien, el medio de prueba siempre es invalorable cuando se trata de violaciones graves o dolosas de derechos, debido a que el Estado no puede sacar provecho de injerencias sin fundamento legal. Por tanto, en el caso de secuestro "Schleyer" (BGHSt 34, 39) –en el que en un establecimiento penitenciario había sido preparada una grabación secreta de la voz de un acusado que se negaba a declarar, con el fin de probar su culpabilidad– no se necesitó de la ponderación empleada por el BGH para fundar la invalorabilidad (*loc. cit.*, 53). La ilegalidad de la grabación, fundada convincentemente por el BGH (sobre esto *infra* § 25, IV, 2, a; § 33, A, III, d), por sí misma, impidió su valoración.

V. "Los frutos del árbol envenenado"

Si se afirma una prohibición de valoración probatoria, se plantea entonces la pregunta siguiente, acerca de si ello vale sólo para el medio de prueba obtenido directamente de manera prohibida o si tampoco pueden ser valorados los medios probatorios obtenidos sólo indirectamente de ese modo (p. ej., si el imputado al que se le suministraron drogas para que hablara reveló el escondite del cadáver, a consecuencia de ello se encuentra el cadáver y se comprueba que los rastros de sangre en él son suyos; ¿llega tan lejos el *efecto extensivo* de la prohibición probatoria que los rastros de sangre no pueden ser aprovechados para probar su culpabilidad?). Para este problema, en el proceso penal *estadounidense* ha sido desarrollada la "*fruit of the poisonous tree doctrine*", según la cual una prohibición de valoración probatoria se extiende también a los medios de prueba obtenidos indirectamente (cf. MUELLER, 1966, 38; ERDMANN, 1969, 137 y s., 201 y ss.; HARRIS, 1991). También en el proceso penal alemán se debe admitir un efecto extensivo pues, de otro modo, las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente. La cuestión es sumamente discutida[25]. El BGH afirmó el efecto extensivo en una violación de la Ley para la limitación del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones (G 10), a causa de la violación al art. 10, GG, vinculada con ello (E 29, 244, con comentario de RIEGEL, JZ 80, 757). Por el contrario, conforme al BGHSt 32, 68; 35, 32, en caso de vigilancia telefónica ilícita (§ 100a) sólo debe existir un efecto extensivo siempre que las declaraciones de testigos y del acusado se basen directamente en la presentación de las actas ilícitas de la vigilancia. Para la invalorabilidad no debe bastar que las autoridades de la investigación probablemente hayan llegado a la pista del acusado sólo en

[25] A favor de un efecto extensivo: Köln NJW 79, 1216; Oldenburg NStZ 95, 413 (para un caso del § 136); GRÜNWALD, StrV 87, 470; FEZER, JZ 87, 937; OTTO, Ga 70, 293; SPENDEL, NJW 66, 1105; estableciendo una diferencia RANFT, núms. margs. 1615 y ss.; KORIATH, 1994, 103 y siguiente. En contra del efecto extensivo: Stuttgart NJW 73, 1941; SARSTEDT, 1966, 23; ROGALL, 1979, 39; SEILER, 1996, 193 y siguientes.

virtud de la vigilancia ilícita. Ello debe ser rechazado (igualmente, con propuestas de solución diferenciadas, WOLTER, NStZ 84, 276; SCHLÜCHTER, JR 84, 517). También en caso de violación del § 136a (un agente provocador, al que se hizo ingresar clandestinamente en una celda, sondea al imputado) el BGH pretende admitir el aprovechamiento de los testigos hallados a través de la declaración invalorable para probar la culpabilidad del acusado[26]. Asimismo, ello debe ser rechazado porque estimula directamente prácticas prohibidas y, en definitiva, permite vaciar de contenido al § 136a (como aquí GRÜNWALD, 1993, 158 y siguiente). También la falta de consentimiento judicial para el empleo de un informante quizá debe tornar invalorable su declaración, pero no la confesión del acusado así obtenida (BGH NStZ 96, 48). Por el contrario, se debe insistir en que la valoración de pruebas indirectas sólo puede entrar en consideración en el marco definido *supra* (III, 2, previo a *a*), cuando conforme al desarrollo precedente de las investigaciones ellas también hubieran sido obtenidas, muy probablemente, sin violación de las reglas del procedimiento.

VI. Averiguaciones probatorias ilícitas por particulares

Las pruebas pueden ser obtenidas no sólo por los órganos de persecución penal, sino también por particulares (p. ej., un ofendido hace averiguaciones por sí mismo para probar la culpabilidad del autor; pormenorizadamente sobre ello KREY, 1994). Cuando esos particulares proceden en ello ilícitamente (p. ej., sustraen documentos) y ponen a disposición de las autoridades de la investigación las pruebas así obtenidas, se cuestiona si las pruebas obtenidas pueden ser valoradas en el procedimieno penal. Dado que las disposiciones sobre el procedimiento de la StPO (¡y ante todo las prohibiciones de métodos probatorios!) sólo están dirigidas a los órganos de la persecución penal, este tipo de pruebas son, en principio, *valorables*[27]; una excepción debe regir únicamente para casos de extrema violación de los derechos humanos (cf. KLEINKNECHT, NJW 66, 1543), p. ej., cuando un particular obtiene una confesión a través de tormentos insoportables (GÖSSEL, § 23, B, II, c, pretende aplicar el § 136a, en general,

[26] BGHSt 34, 362; de otra opinión LG Hannover StrV 86, 521; GRÜNWALD, StrV 87, 470; Fezer, JZ 87, 937; SEEBODE, JR 88, 427; REICHERT/HAMMER, JuS 89, 446; NEUHAUS, NJW 90, 1221; ROXIN, 1991, 95 y siguientes.

[27] De otra opinión ROGALL, 1979, 40; *idem*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, 210 y s.; diferenciando GRÜNWALD, 1993, 163. Por el contrario, W. HASSEMER/MATUSSEK, 1996, 74, no se basan en la ilicitud de los métodos de averiguación privados según las medidas de las autorizaciones válidas para los funcionarios encargados de la investigación, pues los particulares no pueden alegar esas disposiciones. Antes bien, la posición subjetiva del imputado en el proceso penal se opone, en principio (con la excepción de los reproches más graves), a la admisión de métodos ocultos de investigación. La consecuencia sería una prohibición de valoración probatoria, aun cuando no pueda ser comprobado claramente si el imputado fue declarado culpable por averiguaciones privadas u oficiales (*loc. cit.*, 84).

a la valoración de pruebas obtenidas en forma privada, cf. *infra* § 25, IV). Además, las *prohibiciones de medios probatorios* están vinculadas, también aquí, a prohibiciones de valoración probatoria, porque en ellas no se trata de quién ha obtenido el medio de prueba. En la decisión de la banda de sonido BGHSt 14, 358, en la que se trató de una grabación de sonido secreta de un particular (¡lo mismo rige analógicamente también para el caso del diario privado!), el BGH llegó al mismo resultado debido a que consideró la valoración de la grabación por los órganos de la persecución penal como una nueva violación independiente de los derechos humanos (en sentido afirmativo SCHMITT, JuS 67, 25).

§ 25. El imputado en el Derecho probatorio

Bibliografía: *Hardwig*, Die Persönlichkeit des Beschuld. im Strafprozeß, ZStW 66 (1954), 236; *Eb. Schmidt*, Verhaftungsantrag, Rechtsmittelerklärungen und § 136 a StPO, JR 62, 290; *Walder*, Die Vernehmung des Beschuld. usw., 1965; *Wessels*, Schweigen und Leugnen des Beschuld., JuS 66, 169; *Eser*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverf., ZStW 79 (1967) 565; *Eb. Schmidt*, Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuld., NJW 68, 1209; *Seebode*, Schweigen des Beschuld. zur Person, MDR 70, 185; *Haffke*, Die Belehrungspflichten der Polizei, Die Polizei 72, 82; *Walder*, Einvernahmetechnik, SchwZStr 1972, 361; *Eser*, Der Schutz vor Selbstbezichtigung im dt. Strafprozeßrecht, ZStW-Beiheft Teheran, 1974, 136; *Dencker*, Belehrung des Angekl. über sein Schweigerecht und Vernehmung zur Person, MDR 75, 359; *Helgerth*, Der "Verdächtige" als schweigeberechtigte Auskunftsperson und selbständiger Prozeßbeteiligter usw., tesis doctoral, Erlangen, 1976; *Rogall*, Der Beschuld. als Beweismittel gegen sich selbst, 1977; *Bruns*, Der "Verdächtige" als schweigeberechtigte Auskunftsperson, Schmidt-Leichner-FS, 1977, 1; *Montenbruck*, "Entlassung aus der Zeugenrolle" - Versuch einer Fortentwicklung der materiellen Beschuld.theorie, ZStW 89 (1977), 878; *Puppe*, List im Verhör des Beschuld., GA 78, 289; *Rieß*, Die Vernehmung der Beschuld. im Strafprozeß, JA 80, 293; *Seebode*, Über die Freiheit, die eigene Strafverfolgung zu unterstützen, JA 80, 493; *Bringewat*, "Der Verdächtige" als schweigeberechtigte Auskunftsperson?, JZ 81, 289; *Delvo*, Der Lügendetektor im Strafprozeß der USA, 1981; *Wegner*, Täterschaftsermittlung durch Polygraphie, 1981; *Fincke*, Zum Begriff des Beschuld. und den Verdachtsgraden, ZStW 95 (1983), 919; *Prittwitz*, Der Lügendetektor im Strafprozeß, MDR 81, 886; *Achenbach*, Polygraphie pro reo?, NStZ 84, 350; *Dingeldey*, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozeß, JA 84, 407; *Eisenberg*, Vernehmung und Aussage (insb. im Strafverf.) aus empir. Sicht, JZ 84, 912, 961; *Gundlach*, Die Vernehmung des Beschuld. im Ermittlungsverf., 1984; *Wulf*, Strafproz. und kriminalprakt. Fragen der polizeil. Beschuld.vernehmung usw., 1984; *Geppert*, Notwendigkeit und rechtl. Grenzen der "informator. Befragung" im Strafverf., Oehler-FS, 1985, 323; *Hammerstein*, Sachaufklärung durch inquisitor. Vernehmung des Angekl., Middendorf-FS, 1986, 111; *Wolfslast*, Beweisführung durch heiml. Tonbandaufzeichnung, NStZ 87, 103; *Lindner*, Täuschungen in der Vernehmung des Beschuld., tesis doctoral, Tübingen, 1988; *Füllkrug*, Unzulässige Vorteilszusicherung als verbotene Vernehmungsmethode, MDR 89, 213; *Nothelfer*, Die Freiheit vom Selbstbezichtigungszwang, 1989; *Beulke*, Die Vernehmung des Beschuld., StrV 90, 180; *Dencker*, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, ZStW 102 (1990), 51; *Jerouschek*, Jenseits von Gut

und Böse: Das Geständnis und seine Bedeutung im Strafrecht, ZStW 102 (1990), 753; *Maisch*, Forensisch-psycholog. Aspekte von Verstößen gegen § 136 a StPO im Ermittlungsverf., StrV 90, 314; *Ransiek*, Die Rechte des Beschuld. in der Polizeivernehmung, 1990; *Schneider*, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, 1991; *Berning*, "Lügendetektion" aus interdisziplinärer Sicht, 1992; *Degener*, § 136 a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuld., GA 92, 443; *Berning*, "Lügendetektion": eine interdisziplinäre Beurteilung, MSchrKrim 93, 242; *Fezer*, Hat der Beschuld. ein "Recht auf Lüge"?, Stree/Wessels-FS, 1993, 663; *Dencker*, Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverf., StrV 94, 667; *Joerden*, Verbotene Vernehmungsmethoden - Grundfragen des § 136 a StPO, JuS 93, 927; *Frister*, Der Lügendetektor - Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode?, ZStW 106 (1994), 303; *Grünwald*, Das Beweisrecht der StPO, 1993; *Radisch*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten im deutschen und italienischen Umweltstrafprozeß, tesis doctoral, Marburg, 1996; *Schneider*, Überlegungen zur Zulässigkeit des Aushorchens von Inhaftierten durch V-Leute unter Einsatz technischer Hilfsmittel, JR 96, 401; *Seiler*, Die Stellung des Beschuldigten im österreichischen Anklageprozeß, 1996; *Volk*, Kronzeugen praeter legem?, NJW 96, 879; *Haas*, Der Beschuldigte als Augenscheinsobjekt, GA 97, 368; *Perschke*, Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren, 1997; *Schneider*, Überlegungen zur strafprozessualen Zulässigkeit heimlich durchgeführter Stimmenvergleiche, GA 97, 371; *H. A. Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 1997.

I. El imputado como medio de prueba

El imputado no es únicamente sujeto del proceso, esto es, interviniente en el procedimiento con derechos procesales autónomos (fundamentalmente sobre esto *SK*-ROGALL, comentario previo al § 133, núms. margs. 59 y ss.), sino, también, medio de prueba. En ello hay que diferenciar:

1. Las declaraciones del imputado y su comportamiento en el juicio oral juegan, sin lugar a dudas, un importante papel para la formación de la sentencia del tribunal. Por supuesto, es posible que una sentencia se base exclusivamente en la declaración del imputado, p. ej., en su confesión. A pesar de ello, el imputado no es medio de prueba en sentido técnico, como lo es el testigo; el imputado "no puede ser obligado a declarar como testigo contra sí mismo o a declararse culpable" (art. 14, III, g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que la RFA ratificó el 17/12/1973, BGBl. II, 1973, 1533)[1].

2. El imputado únicamente es medio de prueba en sentido técnico (objeto de la inspección ocular) siempre que sea examinado en relación a su estado psíquico o corporal, cuando se toma radiografías o huellas digitales de él, etc. (§§ 81, 81a y 81b), así como cuando se lo confronta con un testigo. Así, una confrontación coactiva tampoco infringe el § 136a, que se refiere exclusivamente a la declaración (cf. KG NJW 79, 1668).

[1] Sobre la prohibición de un deber de inculparse a sí mismo, en particular, ROGALL, 1977, 104; HELGERTH, 1976, 156. En contra de toda calificación de la declaración del imputado como medio de prueba PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte im Strafprozeß*, 1984, 197; él deriva la valorabilidad de su declaración del principio del derecho a ser oído conforme a la ley (en contra *SK*-ROGALL, comentario previo al § 133, núms. margs. 122 y siguientes).

II. El deber de comparecencia del imputado

Anteriormente, el imputado sólo estaba obligado a comparecer ante el juez. La 1.StVRG (en contra del dictamen de las Jornadas de los juristas alemanes de 1974) dispuso un deber de comparecencia también ante la fiscalía (§ 163a, III, con el § 161a y otras referencias). Si el imputado no se presenta, la fiscalía puede hacerlo conducir forzadamente (ver, en particular, §§ 163a, III, 133 y ss. e *infra* § 31, C, II, 2). La nueva regulación –que, en beneficio de la aceleración del proceso, aumenta considerablemente las competencias de la fiscalía en el procedimiento preliminar– limitará, por cierto, en el futuro, los interrogatorios por el juez de la investigación –que hasta ahora fueron necesarios y habituales en gran medida–, pero de ningún modo los excluirá; porque, cuando el imputado manifieste que sólo quiere declarar ante el juez, a la fiscalía, en el futuro, no le quedará más remedio que solicitar el interrogatorio judicial, de conformidad con el § 162, si no quiere prescindir de la declaración. También la mayor fuerza probatoria de las actas de confesión ante un juez (¡§ 254!) conducirá, en adelante, a pedidos de interrogatorios judiciales en el procedimiento preliminar.

III. El interrogatorio del imputado

1. El interrogatorio del imputado se realiza, en lo esencial, del mismo modo en todos los estadios del procedimiento (ver §§ 136; 163a, III y IV; 243, II y IV):

a) En primer lugar, se le debe hacer saber qué *hecho* se le imputa y qué disposiciones penales entran en consideración (esto último es prescindible para la policía).

b) Después de ello, se lo debe interrogar sobre sus "*circunstancias personales*". Este interrogatorio sirve, en principio, únicamente para la *comprobación de la identidad*, es decir, sólo se puede extender a las circunstancias mencionadas en el § 111, OWiG. Todas las preguntas de naturaleza personal que son de importancia para la cuestión de la culpabilidad o de la pena forman parte del interrogatorio sobre la causa. Si el acta, a través de su silencio (¡§ 274!), prueba que el interrogatorio sobre los datos personales no se llevó a cabo, sólo se prueba así la omisión de la comprobación de los datos personales (en la que, por regla general, no puede fundarse la sentencia), pero ello no demuestra que no han sido investigadas las circunstancias personales esenciales para la decisión sobre las consecuencias jurídicas (Köln NStZ 89, 44). La teoría y práctica más antiguas y discrepantes desconocen que el imputado sólo está obligado a declarar en lo referente a sus "datos personales" (restricciones, ver *infra* 2), mientras que puede callar sobre todas las circunstancias concernientes al "hecho" (esto es, cuestiones de la culpabilidad y de la pena) y debe ser adecuadamente informado (§§ 136, I, 2, 163a, III y IV, y 243, IV, 1). Las declaracio-

nes sobre el hecho realizadas con motivo del interrogatorio sobre los datos personales, sin que el acusado hubiera sido informado sobre su derecho a guardar silencio, no pueden ser valoradas cuando, más tarde, él se niega a declarar sobre el hecho (Hamburg MDR 76, 601; BayObLG JZ 84, 440; cf. también *supra* § 24, D, IV, 1, a). Sin embargo, en el marco del interrogatorio sobre la persona es admisible aclarar circunstancias personales de importancia puramente procesal, como la capacidad procesal (cf. *supra* § 21, B, III, 1) o la capacidad para defenderse por sí mismo (§§ 140, II, y 141, II) que, de todos modos, deben ser consideradas en cualquier estado del procedimiento (sobre todo esto cf. *Kl/M*, § 243, núms. margs. 10-12).

c) Luego se le debe *informar* que, conforme a la ley, es libre de decidir si quiere declarar sobre los hechos o no, que también puede entrevistarse previamente con un defensor elegido por él o que, dado el caso, puede realizar su declaración por escrito (en cuanto a las consecuencias de una violación a este deber de informar *supra* § 24, D, IV, 1, a). A ello se añade la información adicional de que el imputado puede requerir la producción de pruebas individuales para su descargo.

Si el presidente del tribunal exhorta al acusado a manifestar con una señal afirmativa o movimiento negativo de la cabeza si admite el hecho o no, después de la lectura de cada punto individual de la acusación, debe informarle con anterioridad sobre su derecho de abstenerse de declarar. En caso contrario, está fundada la casación por infracción al § 243, IV (BGH NStZ 88, 85).

d) Finalmente, el imputado debe ser interrogado *sobre el hecho*. A ello pertenecen, junto a las particularidades del caso, también todos los datos personales que van más allá de las meras señas personales, sobre todo antecedentes penales (cf. § 243, IV, 3), pero también la situación familiar, laboral y patrimonial, la evolución de la educación y el desenvolvimiento progresivo, enfermedades graves, taras hereditarias, su relación con los coacusados y testigos, etc. Análogamente a lo dispuesto por el § 69, al imputado se le debe advertir que declare, en principio, en forma de una *exposición coherente*, antes de que le sean dirigidas determinadas preguntas individuales. Al mismo tiempo, hay que darle la oportunidad de eliminar los motivos de sospecha que existen en su contra y de hacer valer los hechos que lo favorecen (sobre los problemas empíricos del interrogatorio y de la declaración, EISENBERG, 1984). Según la opinión actualmente dominante, el interrogatorio tiene una "doble función", pues tiene por objeto tanto la averiguación de la verdad, como satisfacer el derecho del imputado a ser oído conforme a la ley (en cambio, a favor de la finalidad exclusiva de conceder el derecho a ser oído conforme a la ley y en contra de todo interrogatorio inquirente DEGENER, 1992, con más informaciones).

2. Se discute si el imputado está obligado a dar sus *datos personales* y, en caso de negarse a ello, si se le puede imponer una multa conforme al § 111, OWiG. En principio, tal obligación podría deducirse *per argumentum e contrario* del § 136, I, 2, donde sólo se trata de la declaración sobre el hecho (en cuanto a la facultad de los agentes policiales para tomar los datos personales en el procedimiento de investigación cf. BGHSt 25, 13; HELGERTH, 1976, 105). Pero, si en el caso particular, la información sobre los datos personales fuera equivalente a una autoacusación, una contravención del § 111, OWiG, puede ser improcedente debido a la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma[2]. A pesar de que el § 111, OWiG, también menciona la profesión, ella sólo debe ser informada cuando eso es necesario para comprobar la identidad (Celle VRS 53 [1977] 458).

3. Además, también existe desacuerdo sobre si el imputado tiene una "*obligación de decir la verdad*" en su declaración sobre el hecho[3]. En la literatura jurídica, la existencia de una obligación semejante es rechazada en forma mayoritaria (ver FEZER, 3/11, con más detalles). Sin embargo, independientemente de ello, está reconocido que la negación del imputado –como tal libre de sanción–, no puede provocarle un perjuicio en la medición de la pena. Empero, la jurisprudencia llega a este resultado, en la práctica, cuando valora la negación persistente como indicio de obstinación y de falta de capacidad de comprensión, y aumenta la pena por esa razón (cf. BGHSt 1, 104, 342).

4. Dado que también la policía está obligada a hacer saber al imputado el hecho que se le atribuye y a informarlo sobre sus derechos, surge la pregunta acerca de a partir de qué *momento* una persona incluida dentro de los límites de las investigaciones, debe ser considerada "imputado". Para ello, no es necesaria una acusación expresa (¡en ese caso la policía tendría en sus manos el poder de eludir el § 163, a, IV!), pero, de forma análoga al § 397, I, AO, un órgano de la persecución penal debe haber tomado una medida que se dirija en forma expresa a proceder contra esa persona, a causa de un posible hecho punible (ROGALL, 1977, 24 y ss.; cf., además, v. GERLACH, 1969; HELGERTH, 1976, 11, 37; BRUNS, 1977; ahora también BGH NStZ 97, 398, con reseña de ROGALL). Cuando la fiscalía interroga a un imputado como testigo, a éste le corresponde, no obstante, el derecho de abstenerse de declarar conforme a los §§ 136 y 163a, de modo tal que la fiscalía no puede ordenar medidas coercitivas en virtud del § 70 (BGH, *loc. cit.*). Por ello, no constituye todavía un "interrogatorio" que obligue a la información conforme al § 163a, IV, la audiencia informativa de una persona que, sin que se le pida, declara espontáneamente ante la policía (Stuttgart MDR 77, 70; *SK*-ROGALL, comentario previo al § 133, núm. marg. 44; *AK*-ACHENBACH, § 163a, núm. marg. 22). Tampoco constituye

[2] En contra de toda obligación de dar los datos personales SEEBODE, 1970; ESER, 1974, 152; DINGELDEY, 1984, 412; SEILER, 1996, 63; a favor de la obligación, también en los casos de autoacusación, KREY, I, núm. márg. 787.

[3] EB. SCHMIDT, II, § 136, n° 10-15; para Austria, SEILER, 1996, 65 y siguientes.

aún un interrogatorio, con obligación de informar, el pedido de informes de los funcionarios policiales para aclarar quién entra en consideración como imputado o bien como testigo interviniente o no interviniente en el hecho (*AK*-ACHENBACH, § 163a, núm. marg. 23, habla aquí de "preguntas orientativas"). Sin embargo, si la policía formula preguntas a una persona sobre cuya autoría existen indicios concretos, con ello procede al interrogatorio del imputado para el que, entonces, también debe regir el § 163a, IV. No se debe admitir un "interrogatorio informativo" que vaya más allá de ello, sin instruirlo sobre sus derechos[4]. Por ello, si un empleado de la Aduana pregunta al que entra al país, actuando de forma llamativamente nerviosa y que le parece sospechoso, si lleva consigo estupefacientes o armas, eso ya es un interrogatorio con obligación de informar (de otra opinión Oldenburg StrV 96, 416, con comentario en contra de BERNSMANN). Si a consecuencia de ello el interrogado extrae del auto algunos paquetes de marihuana, esto ya es una manifestación –aunque no verbal– (BERNSMANN, *loc. cit.*) que está sujeta a una prohibición de valoración vinculada a la violación del deber de informar (sobre la manifestación no verbal, en otro contexto, también HAAS, GA 95, 232).

Sobre todo esto cf. GEPPERT, 1985; sobre la importancia de la cuestión para el § 252, cf. *infra* § 44, B, III, 2.

5. En aplicación analógica de los §§ 163a, IV, 2, 136, I, 2, y 163a, V, también al perito (de otra opinión BGH JZ 69, 437; como aquí, empero, BGHSt 35, 32 [35], con reseña de DÖRIG, NStZ 88, 143; LG Oldenburg StrV 94, 646) y al ayudante del tribunal se les debe imponer, para su actividad de averiguación, un deber de informar[5]. Pues lo que rige para el juez, la fiscalía y la policía no debería ser menos determinante para los ayudantes de los jueces y de los fiscales (cf. ARZT, JZ 69, 438); por lo demás, el BGH mismo ha afirmado la aplicabilidad del § 136a a los peritos (ver *infra* IV, 1, d, al final; sobre esto FINCKE, ZStW 86 [1974], 656).

6. Además, se deberá aplicar analógicamente el § 136 siempre que otras leyes funden una obligación de informar, a través de cuyo cumplimiento el declarante se expondría al peligro de una persecución penal. El § 97, I, 2 y 3, InsO, determina ahora expresamente que el deudor en un procedimiento por insolvencia también debe manifestar hechos que podrían llevar a su persecución penal y estandariza, de este modo, el principio ya expuesto por el BVerfGE 56, 37 (*Gemeinschuldnerentscheidung* [decisión sobre la quiebra]) de que en tales casos no existe el derecho a abstenerse de declarar, sino sólo una prohibición de valoración. Sin embargo, en contraposición con la prohibición de valoración regulada en el § 136a, III, aquí las informaciones pueden ser valoradas si el deudor declara su conformidad; aquí sólo existe una prohibición de valoración limitada.

[4] En forma distinta BGH NStZ 83, 86, con comentario de TER VEEN, StrV 83, 293; KG JR 92, 437 y la opinión dominante; como aquí *AK*-ACHENBACH, § 163a, núms. margs. 22-24, con mayores informaciones.

[5] Para el ayudante del tribunal cf. BOTTKE, MSchrKrim 81, 62; *idem*, ZentralBl. f. JugendR 1980, 12; LANGE, *Die Gerichtshilfe usw.*, tesis doctoral, Freiburg, 1980, 171; *AK*-SCHÖCH, § 160, núm. marg. 42.

La prohibición de valoración regulada en el § 393, II, 1, AO, va más lejos. En tanto el fiscal o el tribunal tomen conocimiento por las actas de hechos sobre los cuales el imputado dio informes ante la autoridad financiera, en razón de una obligación de manifestación, ellos no pueden ser valorados, posteriormente, por fuera de la materia tributaria, en un procedimiento penal y, por cierto, tampoco si el imputado presta su conformidad.

Por el contrario, en un procedimiento penal conforme a la AuslG, a causa de las declaraciones sobre el ingreso clandestino al país, realizadas por un solicitante de asilo al ser interrogado sobre las modalidades de su entrada, esas declaraciones pueden ser valoradas en su contra (BGHSt 36, 328); tal afirmación es difícilmente compatible con el principio de que nadie está obligado a incriminarse a sí mismo (en contra también VENTZKE, StrV 90, 279). Düsseldorf NStZ 92, 349 (con reseña de KADELBACH, StrV 92, 506) decidió que las declaraciones de un solicitante de asilo, provenientes de un pedido de asilo, formulado en el extranjero, en el que él mismo se acusa de haber cometido hechos punibles graves, pueden ser valoradas contra él; en efecto, las declaraciones de esta naturaleza son realizadas por libre decisión y asumiendo riesgos propios. Asimismo, según el KG NStZ 95, 146, y el BVerfG NStZ 95, 599, los principios de la *Gemeinschuldnerentscheidung* [decisión sobre la quiebra] no pueden ser trasladados a la valoración de declaraciones autoincriminatorias de un asegurado frente al asegurador de su automóvil contra daños a terceros, porque aquí falta un deber de manifestación impuesto por el Estado. Sin embargo, de tal manera se exige al asegurado el renunciar a sus derechos frente al seguro, si no desea incriminarse a sí mismo; es discutible si ello es todavía tolerable.

7. No obstante, el § 136 no rige para interrogatorios "privados". Si el director de una empresa acusa a un empleado por haber cometido un acto de sabotaje y éste, a consecuencia de ello, sorprendido, no responde, no se debe aplicar analógicamente el § 136. Por tanto, este silencio fuera del proceso puede ser valorado en perjuicio del imputado. Sin embargo, considerado en sí mismo, no permite una conclusión sobre su autoría, porque también una imputación falsa, en determinadas circunstancias, puede dejar "sin habla" al afectado (Karlsruhe NStZ 89, 287, con comentario de ROGALL). Pero el deber de la policía de informar no puede ser eludido debido a que el que dirige las preguntas al imputado es un policía que simula ser un particular; una declaración semejante es invalorable conforme al § 136a (LG Stuttgart NStZ 85, 568, con comentario de HILGER). Sobre la problemática similar del "interrogatorio por ardid" (BGHSt 39, 335) *infra* IV, 2, a.

IV. Métodos de interrogación prohibidos

1. De la posición del imputado como sujeto procesal resulta que su libre voluntad de decisión y su voluntad de acción tampoco pueden ser menoscabadas en su papel como medio de prueba. La StPO tiene en cuenta este designio *prohibiendo* absolutamente, en el § 136a, una serie de *métodos de interrogación*.

De acuerdo con él, son inadmisibles:

a) todas las formas que producen una influencia corporal (maltrato, fatiga, ataques corporales, aplicación de otros medios);

b) todas las formas de influencia psíquica directa (engaño, hipnosis, amenaza, promesa de una ventaja no prevista en la ley, tortura);

c) la coacción ilegítima según el ordenamiento procesal; y

d) las medidas que afectan la memoria y la capacidad de comprensión.

La efectividad de esta prohibición está garantizada debido a que su lesión torna *invalorable* la declaración (§ 136a, III, 2); ella queda completamente eliminada como medio de prueba (prohibición de valoración probatoria; sobre ello ya *supra* § 24, D). Para ello, según el BGHSt 13, 61, es suficiente la mera posibilidad de que la lesión del § 136a podría haber sido la causa de la declaración. La prohibición de valoración rige también cuando en un interrogatorio posterior, realizado en forma debida, sigue influyendo el efecto paralizante de un medio de coacción empleado con anterioridad (BGHSt 17, 364; restrictivo BGHSt 22, 133; BGH NStZ 88, 419).

El § 136a es una formulación reglamentaria del art. 1, GG (BGHSt 5, 333). Por esa razón, la ley declara absolutamente *inapreciable* (§ 136a, III) a un eventual *consentimiento* del imputado en el interrogatorio, como también en la valoración de la declaración que se realizó de forma contraria a la prohibición (¡y con ello también a su deseo expreso!). Por la misma razón, el § 136a rige también para todo el procedimiento, en especial para el interrogatorio realizado por la fiscalía y por la policía (§ 136a, III, IV), pero también para el examen a través de los peritos (BGHSt 11, 212; diferenciando *AK*-GUNDLACH, § 136a, núm. marg. 8).

2. En particular, el § 136a suscita algunas cuestiones problemáticas (detalladamente EISENBERG, BewR, núms. margs. 628 y siguientes):

a) La enumeración *no* es *taxativa*, antes bien, todo menoscabo de la libertad de declarar debe ser inadmisible. Por tal motivo, el BGH afirmó también, en general, la prohibición del uso del polígrafo (*detector de mentiras*), porque la averiguación de sensaciones psíquicas inconscientes con ayuda de la medición de fenómenos corporales invade el ámbito intangible más íntimo de la persona (BGHSt 5, 332; crítico al respecto UNDEUTSCH, ZStW 87 [1975], 650, con contracrítica de PETERS, *ibidem*, 663). Recientemente se discute, ante todo, si el uso del polígrafo no debería estar permitido, al menos, *en favor* del imputado[6]. La investigación interdisciplinaria de BERNING (1992) llega al resultado de que un test querido es admisible en virtud de los principios generales del Derecho probatorio. SCHÜNEMANN, Kriminalistik 1990, 131, propone admitir el uso del polígrafo con el consentimiento del imputado cuando se restringe al procedimiento de investigación y, adicionalmente, se prohíbe la valorabilidad de los resultados directos en el juicio oral. En cambio, FRISTER, 1994, considera que el uso del detector de mentiras constituye, en todos los casos, una violación del § 136a, III, con razones atendibles. Sobre la problemática análoga de la llamada falografía, EISENBERG, BewR, núms. margs. 702 y siguientes.

Según el BGHSt 34, 39, se lesiona también los arts. 1 y 2, GG, y el fundamento jurídico del § 136a cuando se graba *en forma secreta en una cinta magnetofónica* una conversación del acusado para, a través de una prueba de la voz, verificar su identidad con la voz de un secuestrador cuya llamada extorsiva había sido conservada en una cinta magnetofónica. La afirmación es correcta, pues, a través de la conversación, el acusado contribuiría a probar su culpabilidad en contra de su voluntad. Eso es, precisamente, aquello que el § 136a quiere evitar (con mayores detalles WOLFSLAST, 1987; MEYER, StrV 87, 215). Actualmente se debe examinar si un proceder semejante podría estar autorizado bajo los presupuestos del pequeño o gran espionaje acústico (§ 100c). En forma correcta, la pregunta debe ser contestada negativamente, pues no existe aquí una mera escucha, sino, adicionalmente, un engaño que atenta contra el principio *nemo tenetur*.

El BGHSt 40, 66[7], trata el caso de espionaje del imputado dispuesto por la policía con el fin de comparar voces a identificar. Una víctima de violación recibe en el puesto de policía la oportunidad de escuchar, en forma secreta, desde una habitación contigua, la conversación del sospechoso con un agente de la brigada de investigación criminal. El autor, que durante el hecho estaba enmascarado, fue reconocido por la voz por la mujer y fue condenado en virtud de ese reconocimiento. El BGH diferencia aquí: si la conversación con el agente de la brigada de investigación criminal fue provocada para dar a la mujer la oportunidad de identificar la voz del sospechoso, el medio de prueba debe ser invalorable, por engaño; si, en cambio, la conversación se realizó por otra razón y la mujer únicamente tuvo la oportunidad de escuchar en forma oculta, sólo existe el aprovechamiento lícito de un error. La diferenciación es artificial debido a que la policía, de una manera u otra, ocasionó voluntariamente una autoincriminación del imputado. Empero, prescindiendo de ello, un "reconocimiento" en tales circunstancias, como también lo destaca el BGH, no es un medio de prueba suficiente para la condena (cf. *infra* § 33, A, III, d).

b) Cuándo existe *fatiga* inadmisible puede ser problemático de determinar (sobre esto E. DÖHRING, *Die Erforschung des Sachverhalts*, 1964, 209 y siguientes). Según la opinión del BGH el interrogatorio (BGHSt 1, 376; 38, 291), e incluso la realización del juicio oral durante la noche (BGHSt 12, 332), no están prohibidos de un modo general. Depende únicamente de si el imputado está realmente tan cansado que es de temer un menoscabo de la libre voluntad (BGHSt 1, 379), para lo cual no es necesario que ese estado haya sido provocado intencionadamente, ni tampoco que haya sido causado por el interrogatorio. Por tal motivo, el BGH, con razón, aplicó el § 136a cuando un imputado, antes de su confesión, no había dormido durante 30 hs. (BGHSt 13, 60). Si el imputado no pudo conciliar el sueño, a pesar de que se cumplió con el reposo en una cama, sino que sólo "dormitó", tal situación no debe justificar la fatiga, "pues la capacidad de rendimiento mental también puede ser restablecida sin dormir, mediante el descanso y la relajación" (BGHSt 38, 291).

c) A la *aplicación de otros medios* pertenece, ante todo, el llamado narcoanálisis, esto es, la inyección de medicamentos que suprimen los frenos inhibitorios (cf. Hamm DRZ 50, 212; BGHSt 11, 211). Incluso la mera entrega de cigarrillos puede influir en la voluntad de decisión, tratándose de fumadores empedernidos (BGHSt 5, 291). Ello rige, aún más, en caso de suministro de bebidas alcohólicas que desinhiben. Por otra parte, cuando el imputado asiste al interrogatorio ya algo embriagado, la declaración que realizó después de haber sido infor-

[6] AMELUNG, NStZ 82, 38; DELVO, 1981, 213, 373; KLIMKE, NStZ 81, 433; PRITTWITZ, MDR 82, 886; SCHNEIDER, 1991, 131 y ss.; SCHWABE, NJW 82, 367; WEGNER, 1981, 184; en contra BVerfG NStZ 81, 446; EISENBERG, BewR, núms. margs. 696 y siguientes.

[7] Con comentario de ACHENBACH/PERSCHKE, StrV 94, 577; EISENBERG, NStZ 94, 598; FREUND, JuS 95, 394.

mado sobre sus derechos puede ser valorada, siempre que su imputabilidad no esté disminuida y permanezca intacta su capacidad procesal (cf. EB. SCHMIDT, NJW 62, 664). En caso de incapacidad procesal absoluta (¡4,4 ‰!), la declaración no puede ser valorada (Köln StrV 89, 520). Lo mismo rige en caso de que el imputado tome un medicamento que excluya su capacidad de decisión (LG Marburg StrV 93, 238).

d) *Maltrato* es el ocasionar dolores que actúan preponderantemente en el cuerpo, *tormento* es el ocasionar dolores preponderantemente psíquicos, de duración más prolongada. Es instructiva la sentencia BGHSt 15, 187: un padre sospechoso del asesinato de su hijo fue conducido, luego de reiteradas amenazas, ante el cadáver de su hijo; allí se quebró en llanto y realizó una confesión. El BGH afirmó la existencia de tormento.

e) Se debe admitir, con la opinión dominante, que el concepto de *engaño* debe ser interpretado restringidamente (con mayores detalles *KK*-BOUJONG, § 136a, núms. margs. 19 y siguientes). El mero *ardid* es, en general, admisible; en cambio, la mentira consciente debe ser considerada inadmisible[8]. Se trata de una mentira consciente, p. ej., cuando el funcionario que lleva a cabo el interrogatorio induce al imputado a confesar a través de la afirmación falsa de que existirían pruebas contundentes en su contra (BGHSt 35, 328, con comentario de FEZER, JZ 89, 348; BLOY, JR 90, 165). También hay engaño cuando, a pesar de que ya ha sido encontrado el cadáver y de que se investiga por el delito de homicidio, al imputado se le dice que será indagado en una causa por desaparición (BGH NStZ 90, 446). Otros ejemplos en LG Darmstadt y AG München StrV 90, 104. Por lo demás, sólo puede ser decisivo el hecho de si la libertad de declarar del imputado ha permanecido intacta en el caso concreto (detalladamente sobre todo esto *LR*-HANACK, 25ª ed., § 136a, núms. margs. 33 y siguientes). No hay engaño, sino, a lo sumo, aprovechamiento de la falta de conocimiento, cuando un policía a través de la notificación verídica de una detención, pero callando una intervención telefónica ordenada lícitamente, da lugar a la realización de llamados telefónicos incriminatorios (BGHSt 33, 217, 223, con comentario crítico de KÜHL, StrV 86, 187). El § 136a no funda un deber de impedir o aclarar malosentendidos del interrogado sobre los hechos (BGH StrV 88, 419, con reseña de H.-L. GÜNTHER). No obstante, el funcionario que tiene a su cargo el interrogatorio no puede sacar provecho en forma consciente de una falsa representación provocada por él sin intención. Si el imputado se siente obligado a confesar a través del engaño de que el cadáver de la persona asesinada por él ya habría sido encontrado, esa declaración no es valorable. Si él repite la confesión algunas semanas después, ella siempre es valorable, si en el nuevo interrogatorio se le informa que la declaración anterior no puede ser valorada (información calificada, cf. también *supra* § 24, D, III, 2, e). Si esa información calificada no se lleva a cabo, la invalorabilidad de la segunda declaración depende, sin embargo, de si el interrogatorio inadmisible ha repercutido todavía en la segunda confesión. Esa es una cuestión de hecho (BGH NStZ 96, 290).

f) Los medios para la *amenaza* deben ser *medidas contrarias al ordenamiento procesal*. Por tal motivo, el BGH consideró permitida, con razón, la amenaza con una detención provisional lícita (GA 55, 246; de otra opinión DEGENER, 1992, 464). No está permitida, p. ej., la amenaza con una revocación de la suspensión de la pena no prevista en el § 56f, StGB (LG Bielefeld StrV 93, 239).

g) La prohibición de la *promesa de ventajas* "no previstas en la ley" está formulada de forma confusa (sobre esto *LR*-HANACK, 25ª ed., § 136a, núms. margs. 50 y ss.; EB. SCHMIDT, anexo I, núm. marg. 11). Según la jurisprudencia del BGH (E 1, 387; 14, 191; 20, 268) sólo está prohibida la promesa expresa (p. ej., la promesa de excarcelar al acusado que se halla en prisión preventiva en caso de que confiese, o de no perseguirlo si entrega a sus cómplices). Por el contrario, es admisible la mera información que tan sólo le recuerda al imputado aquello que también él mismo podría decirse (p. ej., la advertencia de que en vista de las contundentes pruebas una confesión podría tener consecuencias favorables para la medición de la pena). También es lícita la alusión a una recompensa ofrecida por el damnificado para el esclarecimiento (BGH NStZ 88, 420).

h) Si se hace entrar en la celda, clandestinamente, a un agente provocador para sondear al imputado, ocultando su calidad de tal, no estamos, por cierto, ante un interrogatorio, pero el § 136a es aplicado analógicamente por la jurisprudencia, en cuyo caso el LG Hannover (StrV 86, 521) considera que existe engaño, pero para el BGH se trata de una coacción no permitida (BGHSt 34, 362, con comentario de GRÜNWALD, StrV 87, 470; FEZER, JZ 87, 937; SEEBODE, JR 88, 427; WAGNER, NStZ 89, 34). Ambas posturas presentan problemas, porque el detenido podría haber permanecido callado. Pero la inadmisibilidad de la obtención y valoración de un medio de prueba semejante resulta de que el Estado sólo puede obtener confesiones del imputado a través del § 136; la maniobra aquí realizada constituye una injerencia sin fundamentos que la autoricen, de modo que la "confesión" ya no puede ser valorada por ese motivo. Algo distinto sucede cuando un codetenido, por iniciativa propia, sondea al imputado y la policía aprovecha ese conocimiento; aquí falta la injerencia estatal, de manera que tales declaraciones son valorables (BGH, NStZ 89, 32).

i) Según el BGH StrV 89, 515, las informaciones jurídicas erróneas, por descuido, que inducen al imputado a confesar, no están comprendidas por el § 136a, en tanto ACHENBACH observa aquí un engaño –en forma distinta que en el caso de informaciones erróneas sobre las circunstancias de hecho– (StrV 89, 515).

j) Si alguien es detenido en prisión preventiva sin que existan los presupuestos legales y a consecuencia de ello declara, éste no es aún un caso de coacción inadmisible, conforme al § 136a, porque él presupone que la coacción sea impuesta selectivamente, como medio para obtener una declaración. Por consiguiente, el § 136a sólo es aplicable cuando se quiere forzar a alguien a declarar a través de una detención improcedente (BGHSt 42, 262, con reseña de FEZER, StrV 96, 77). Sobre casos comparables de la praxis, críticamente, VOLK, NJW 96, 879. Sobre los llamados motivos de detención apócrifos cf. también *infra* § 30, A, III.

[8] DEGENER, 1992, 464, rechaza, en cambio, por completo las preguntas sugestivas y capciosas, así como todas las maneras de proceder ardidosas en virtud de su interpretación del § 136, II –sobre esto *supra* III, 1, d–.

3. Recientemente, también se invoca el fundamento jurídico del § 136a para justificar una prohibición de valoración o, incluso, una prohibición absoluta de persecución penal en los casos en los cuales agentes provocadores de la policía impulsaron al imputado, en forma contraria al Estado de Derecho, a cometer hechos punibles (cf. *supra* § 10, B, II, 1, f, bb).

§ 26. El testigo

Bibliografía: *Lenckner,* Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweig.recht, NJW 65, 321; *Zipf,* Die Problematik des Meineides innerhalb der Aussagedelikte, Maurach-FS, 1972, 415; *Haffke,* Schweigepflicht, Verf.revision und Beweisverbot, GA 73, 65; *Welp,* Die Geheimsphäre des Verteidigers in ihren strafproz. Funktionen, Gallas-FS, 1973, 391; *Lange,* Zur Problematik der Eidesverweig., *ibidem*, 427; *Lenckner,* Mitbeschuldigter und Zeuge, Peters-FS, 1974, 333; *Hauser,* Der Zeugenbeweis im Strafprozeß etc., 1974; *Rengier,* Die Zeugnisverweig.rechte im geltenden und künftigen Strafverf.recht, 1979; *Schoene,* Wann ist ein gem. § 51 StPO ergangener Ordnungsbeschluß beschwerdefähig?, GA 80, 418; *Hamm/erstein,* Der Anwalt als Beistand "gefährdeter" Zeugen, NStZ 81, 125; *Prittwitz,* Der Mitbeschuldigte - ein unverzichtbarer Belastungszeuge?, NStZ 81, 463; *Wulf,* Opferschutz im Strafprozeß, DRiZ 81, 374; *Thomas,* Der Zeugenbeistand im Strafprozeß, NStZ 82, 489; *Dedes,* Grenzen der Wahrheitspflicht des Zeugen, JR 83, 99; *Grünwald,* Die Verf.rolle des Mitbeschuldigten, Klug-FS, 1983, 493; *Dahs,* Zum Persönlichkeitsschutz des "Verletzten" als Zeuge im Strafprozeß, NJW 84, 1921; *Eisenberg,* Vernehmung und Aussage (insb. im Strafverf.) aus empir. Sicht, JZ 84, 912, 961; *Muschallik,* Die Befreiung von der ärztl. Schweigepflicht und vom Zeugnisverweig.recht

im Strafprozeß, tesis doctoral, Köln, 1984; *Prittwitz,* Der Mitbeschuldigte im Strafprozeß, 1984; *Bender,* Die "lebendige Erinnerung" und der "gewordene Sachverhalt" in der Zeugenaussage, StrV 84, 127; Medienfreiheit und Strafverfolgung (Vortragssammlung), 1985; *Montenbruck,* Tatverdächtiger Zeuge und Aussagenotstand, JZ 85, 976; *Baumann,* Kein Aussageverweig.recht bei Gefahr disziplinarrechtl. Verfolgung?, Kleinknecht-FS, 1985, 19; *Böttcher,* Der Schutz der Persönlichkeit des Zeugen im Strafverf., *ibidem,* 25; *Dahs,* Die Entbindung des RA von der Schweigepflicht usw., *ibidem,* 63; *Gomolla,* Der Schutz des Zeugen im Strafprozeß, 1986; *W. Hassemer,* Das Zeugnisverweig.recht des Syndikusanwalts, wistra 86, 1; *Prittwitz,* Das Zeugnisverweig.recht des Angehörigen und seine Wirkung für Mitbeschuldigte, NStZ 86, 64; *J.-R. Schmidt,* Die Rechte des Zeugen im Strafverf., tesis doctoral, Erlangen, 1986; *A. Wolters,* Zur Anwendung von § 68 a I StPO in der Hauptverhandlung des Vergewaltigungsprozesses, tesis doctoral, Osnabrück, 1987; *Dölling,* Verlesbarkeit schriftl. Erklärungen und Auskunftsverweig. nach § 55 StPO, NStZ 88, 6; *Julius,* Die Unerreichbarkeit von Zeugen im Strafprozeß, 1988; *Pelchen,* Verlöbnis und nichtehel. Lebensgemeinschaft als Zeugnisverweig.gründe im Strafprozeß, Pfeiffer-FS, 1988, 287; *Schimansky,* Der Ausschluß des nicht beschuldigten Elternteils nach § 52 II 2 StPO, *ibidem,* 297; *Dahs,* Der Eid - noch ein zeitgemäßes Instrument zur Wahrheitsermittlung im Strafprozeß?, Rebmann-FS, 1989, 161; *Dippel,* Zur Behandlung von Aussagen kindl. und jugendl. Zeugen, Tröndle-FS, 1989, 599; *J. Meyer,* Zur Beschlagnahme selbstrecherchierten Materials von Journalisten, *ibidem,* 837; *idem,* Zeugnisverweig.recht für Suchtberater, ZRP 89, 423; *Rebmann/Schnarr,* Der Schutz des gefährdeten Zeugen im Strafverf., NJW 89, 1185; *Stegemann/Martens,* Zum Zeugnisverweig.recht für Drogenberater, StrV 89, 325; *Delventhal,* Die strafproz. Vereidigungsverbote usw., 1990; *Großpietsch,* Das Zeugnisverweig.recht von Journalisten aus Anlaß von Straftaten im Zusammenhang mit Demonstrationen, tesis doctoral, Köln, 1990; *Hoffmann,* Zum Zeugnisverweig. - recht der Angehörigen eines Verstorbenen, MDR 90, 111; *Köhnken/Sporer* (comp.), Identifizierung von Tatverdächtigen durch Augenzeugen, 1990; *Krehl,* Der Schutz von Zeugen im Strafverf., GA 90, 555; *Krey,* Probleme des Zeugenschutzes im Strafverf.recht, Meyer-GS, 1990, 239; *Skwirblies,* Nichtehel. Lebensgemeinschaft und Angehörigenbegriff usw., 1990; *Denger,* Kinder und Jugendliche als Zeugen im Strafverf. wegen sexuellen Mißbrauchs usw., ZRP 91, 48; *Gallandi,* Gleichzeitige Verletzung der §§ 55 u. 136 a StPO, NStZ 91, 119; *Geppert,* Der Zeugenbeweis, Jura 91, 80, 132; *Krehl,* Die Erkundigungspflichten des Zeugen bei fehlender oder beeinträchtigter Erinnerung und mögl. Folgen ihrer Verletzung, NStZ 91, 416; *B.-D. Meier,* Zwischen Opferschutz und Wahrheitssuche, JZ 91, 638; *Ollendorff,* Der Schutz der Recherche im strafproz. Zeugnisverweig.recht der Medienschaffenden in der BRD, 1991; *E. Otto,* Das Zeugnisverweig.recht des Angehörigen (§ 52 StPO) im Verf. gegen mehrere Beschuldigte, NStZ 91, 220; *Grünwald,* Zur Problematik des Zeugeneides, Schmitt-FS, 1992, 311; *Heublein,* Das Zeugnisverweig.recht für Suchtberater, 1992; *Holtmeier,* Presse- und Rundfunkfreiheit: Zeugnisverweig.recht, Beschlagnahme- und Durchsuchungsfreiheit bei selbstrecherchiertem Material?, 1992; *Michel,* Der Richter als Zeuge im Strafverf., MDR 92, 1026 (dazu *Rissing-van Saan,* MDR 93, 310); *Mitsch,* Protokollverlesung nach berechtigter Auskunftsverweig. (§ 55 StPO) in der Hauptverhandlung, JZ 92, 174; *H. E. Müller,* Behördl. Geheimhaltung und Entlastungsvorbringen des Angekl., 1992; *Rehberg,* Aussagen von Mitbeschuldigten als Beweismittel, FS SKG, 1992, 186; *Roxin,* Das Zeugnisverweig.recht des Syndikusanwalts, NJW 92, 1129; *Sommermeyer,* Bereitschaftserklärung als Beendigungsgrund für die Beugehaft, NStZ 92, 222; *Eisenberg,* Persönl. Beweismittel in der StPO, 1993; *Freund,* Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 93, 49; *Kraheck-Brägelmann* (comp.), Die Anhörung von Kindern als Opfer sexuellen Mißbrauchs, 1993; *Kreuzer,* Zeugnisverweig.recht für Drogenberater, Schüler-Springorum-FS, 1993, 527; *Volbert/Pieters,* Zur Situation kindlicher Zeugen vor Gericht, 1993; *P. Schmitt,* Probleme des Zeugnisverweig.rechts... und des Beschlagnahmeverbots... bei Beratern jur. Personen, wistra 93, 9; *Steinke,* Wirksamer Zeugenschutz de lege ferenda, ZRP 93, 253; *Gouron* y otros (comps.), Subjektivierung der justiziellen Beweisverf. - Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.-20. Jh.), 1994; *Groß,* Zum journalist. Zeugnisverweig.recht, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 94, 214; *Hiebl,* Ausgewählte Probleme des Akteneinsichtsrechts nach § 147 StPO, 1994; *Schneider,* Gedanken zur Problematik des infolge einer Zeugenvernehmung "befangenen" StA, NStZ 94, 457; *Soiné/Soukup,* "Identitätsänderung", Anfertigung und Verwendung von "Tarnpapieren", ZRP 94, 466; *Vierhaus,* Zulässigkeit der Ordnungs- und Zwangsmittel des § 51 StPO gegen Kinder als Zeugen, NStZ 94, 271; *J. Meyer,* Zeugenschutz im Spannungsfeld von Wahrheitsermittlung und Beschuldigtenrechten, Eser-FS, 1995, 95; *Sander,* Zur analogen Anwendung von Opportunitätsvorschriften bei geringem Verschulden des ausgebliebenen Zeugen, GA 95, 569; *Baier,* Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der StPO als Ergänzung der §§ 52 ff. StPO, 1996; *Bruns, W.,* Die Schweigepflicht der sozialen Dienste der Justiz, 1996; *St. Cramer,* Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren, NStZ 96, 209; *Gössel,* Zeugen- und Opferschutz im deutschen Strafprozeß, en: Hirsch, Hofmanski y otros (comps.), Deutsch-Polnisches Strafrechtskolloquium 1995, 1996, 405; *Groß,* Vert., Abgeordnete und Journalisten als verbotene unfreiwillige Medien zur strafprozessualen Aufklärung, StrV 96, 559; *Nehm,* Aussageverweigerung und Beugehaft, Odersky-FS, 1996, 439; *Richter II,* Auskunft über die Verweigerung, StrV 96, 457; *Steininger,* Das Zeugnisverweigerungsrecht wegen drohender Strafverfolgung (§ 152 Abs. 1 Z 1 öStPO), Odersky-FS, 1996, 499; *Achenbach,* Kommentierung zu § 23 LPG (Zeugnisverweigerungsrecht von Presse und Rundfunk etc.), en: Löffler, PresseR, 4ª ed., 1997; *Kehr,* Dilemma des Zeugen bei wahrer, aber unglaubhafter Aussage, NStZ 97, 160; Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997; *Krause,* Der "Gehilfe" der Vert. und sein Schweigerecht (§ 53 a StPO), StraFo 98, 1; *Sommer,* Auskunftsverweigerungsrecht des gefährdeten Zeugen, StraFo 98, 8.

A. Concepto

Testigo es quien, sin estar excluido de esa posición por un papel procesal de otro tipo, "debe dar a conocer sus percepciones sobre los hechos ante el juez por medio de una declaración" (RGSt 52, 289).

En la actualidad, el valor probatorio de la declaración testimonial es apreciado, más bien, escépticamente. En todo caso, una declaración testimonial no es más confiable que una prueba indiciaria. Sobre las fuentes de errores que deben ser consideradas en su apreciación cf., con mayores detalles, *AK*-KÜHNE, comentario previo al § 48, núms. margs. 26 y siguientes. En cuanto al juicio de credibilidad de los testigos, en general, Eisenberg, BewR, núms. margs. 1428 y siguientes.

I. Capacidad para testificar

Toda persona tiene capacidad para testificar; también los enfermos mentales y los niños pueden ser testigos (sobre su posición ante el tribunal VOLBERT/PIETERS, 1993), del mismo modo que los parientes o allegados del acusado (p. ej., su esposa), personas que son sus amigos o enemigos, o que

dependen de él económicamente (p. ej., empleados) y, finalmente, también las personas que tienen mala reputación o que hasta han sido condenadas por perjurio.

II. Testigos-peritos

Ellos declaran sobre lo que han observado con motivo de su conocimiento profesional especial; por consiguiente son testigos, no peritos (§ 85; sobre esto *infra* § 27, A, III). Por tanto, cuando, p. ej., un médico declara: "yo examiné a X el 15/1/1992 y, así, constaté que estaba embarazada de 4 meses", él es un testigo-perito.

III. Relación con otros papeles procesales

1. El *imputado* no puede ser testigo.

a) Por consiguiente, no puede presentarse como testigo en la propia causa, como sucede en el proceso penal angloamericano.

b) Tampoco un *coimputado* puede ser interrogado como testigo sobre la contribución al hecho de otro imputado.

Coimputado es todo sospechoso de haber intervenido en el hecho, contra el cual también se dirige la investigación por el mismo hecho y, por cierto, independientemente de su papel procesal formal (SCHLÜCHTER, núm. marg. 479; de otra opinión BGHSt 34, 44). En cambio, la opinión dominante hace hincapié en que los presuntos cómplices sean imputados *simultáneamente* en la *misma* etapa del procedimiento (cf. BGHSt 10, 8; NStZ 84, 464, con comentario de PRITTWITZ y MEYER-GOßNER, StrV 84, 361; 1985, 89; también MONTENBRUCK, 1985). Ella admite, incluso, la separación del procedimento con el fin exclusivo de hacer posible el interrogatorio como testigo del que hasta ese momento era coimputado (RGSt 69, 390). Pero semejante *cambio de papeles* intencional representa, sencillamente, una manipulación indigna[1] y tiene consecuencias objetables desde el punto de vista procesal. Pues cuando un coimputado es considerado testigo, de acuerdo con el § 153, StGB, en caso de una declaración falsa tiene que contar con una pena con la que no estaba amenazado previamente. Esto no sólo empeora su posición defensiva, sino que también origina el peligro de sentencias erróneas, porque el tribunal, en virtud del § 153, StGB, creerá con mayor facilidad en una "declaración testimonial" que, no obstante, con frecuencia será falsa. Objeciones fundamentales contra la valoración de declaraciones incriminantes de coimputados en PRITTWITZ, 1981 y 1984. Este autor sostiene, de manera consecuente, un concepto puramente material de imputado. De acuerdo con ello, no sólo es inadmisible oír como testigo en un juicio separado a un coimputado desde el punto de vista material, sino que, antes bien, la declaración de un coimputado no debería poder ser valorada en contra del acusado tampoco en un juicio conjunto, porque de ese modo el coimputado es convertido en testigo según las circunstancias.

Sin embargo, se debe reconocer que un concepto material de imputado, desligado del papel procesal formal, no es fácil de compatibilizar con el Derecho vigente (en contra de la compatibilización, GRÜNWALD, 1983); porque cuando el § 60, nº 2, prohíbe la prestación de juramento de un testigo sospechoso de haber participado en el hecho, parece dar por supuesto que un partícipe, cuando no es acusado en el mismo procedimiento, es siempre testigo. Con todo, desde el punto de vista que aquí se sostiene se puede interpretar el § 60, nº 2, de manera tal que sólo resulte aplicable cuando un testigo no sospechoso hasta ese momento cae en sospecha en el transcurso del interrogatorio, sin que aún se investigue en su contra como imputado. Además, se debe admitir que con los "testigos" mencionados en los §§ 219 y 223 también se alude a los coimputados. Sería oportuna una clarificación legal del papel procesal del coimputado (con mayores detalles GRÜNWALD, 1983).

Se está extendiendo un "concepto formal-material" (LENCKNER, *Peters-FS*, 333, 336; SCHLÜCHTER, núms. margs. 478 y s.; BEULKE, núm. marg. 185; EISENBERG, BewR, núm. marg. 931), según el cual desde el comienzo del procedimiento de investigación contra él, el afectado ya no puede ser oído como testigo en el procedimiento en contra de otro imputado.

[1] Instructivo BGH JR 69, 148, con reseña de v. GERLACH: cesura sólo para la duración del interrogatorio; restrictivo, recientemente, BGHSt 24, 257 (sobre esto *infra* § 42, F, II, 4).

2. La obligación de prestar testimonio prevalece sobre la posición de *juez* profesional. Conforme al § 22, nº 5, si el juez es interrogado como testigo, en adelante queda excluido del ejercicio de sus funciones como juez y debe ser sustituido por su reemplazante regular (ver §§ 21e/f/g y 70, GVG). Sin embargo, para impedir que un imputado excluya arbitrariamente a un juez que no es conveniente para él, a través de su designación como testigo, la jurisprudencia admite la no admisión del pedido para que se interrogue al juez, cuando él declara oficialmente no saber nada sobre la cuestión probatoria (BGHSt 7, 44, 330).

3. También el *fiscal* está absolutamente excluido de seguir representando a la acusación cuando ha sido interrogado como testigo sobre cuestiones que son relevantes para la práctica de la prueba (BGHSt 14, 265; BGH NStZ 83, 135), porque en ese caso se ven amenazadas la "imparcialidad y la objetividad indispensables para el alegato final" –BGHSt 21, 90– (cf. DOSE, NJW 78, 349). Esto rige también cuando la declaración sólo afecta a uno de varios coacusados (objetable, por ello, BGHSt 21, 85; ver FEZER, 13/34).

Recientemente, el BGH (NStZ 89, 583; crítico MÜLLER-GABRIEL, StrV 91, 235) manifestó dudas acerca de "si esa jurisprudencia debe mantenerse así", dado que ella autoriza al acusado a "alejar del procedimiento" al fiscal a través de su designación como testigo. De todos modos, el fiscal podría seguir actuando cuando su interrogatorio se haya referido a observaciones que no están en relación directa con los hechos pendientes de discusión y que podrían ser objeto de una apreciación separada. Esta posición es continuada por SCHNEIDER, 1994. El fiscal también puede seguir actuando cuando ha sido interrogado como testigo únicamente en un juicio oral anterior de la misma causa (BGH NStZ 94, 194).

4. a) El *acusador privado* no puede ser interrogado como testigo ni en su propia causa, ni sobre otro actor privado del mismo procedimiento, debido a la aproximación de su posición al papel de parte (BayObLG NJW 61, 2318).

b) El acusador conjunto está admitido actualmente como testigo en forma expresa por el § 397, I, 1.

5. Un *abogado* que es requerido como testigo en el mismo procedimiento, conforme a la nueva regulación de la exclusión de defensores por la ley complementaria de la 1.StVRG (cf. *supra* § 19, D), ya no puede ser excluido de la defensa de su mandante (cf. Boletín Parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 7/2989, 4 y siguiente).

B. Las obligaciones del testigo

El testigo tiene tres obligaciones: de comparecer, de prestar declaración y de prestar juramento.

I. Obligación de comparecer

En principio, toda persona que está subordinada a la jurisdicción alemana –por consiguiente, también un extranjero que se encuentra en el país–, al ser citado correctamente, tiene la obligación de comparecer ante el juez (juez de la investigación, juez comisionado o exhortado, tribunal de juicio) y, a partir de la 1.StVRG, también ante el fiscal, aun en el caso de que tenga derecho a abstenerse de declarar testimonialmente (en forma distinta que en el proceso civil, cf. § 386, III, ZPO). Si el testigo no obedece una citación judicial, le son impuestas por el juez medidas de corrección (pena disciplinaria en dinero de hasta 1.000 DM, pena de arresto de hasta seis semanas, art. 6, EGStGB); la imposición puede ser reiterada una vez; también está permitido hacerlo comparecer forzadamente (§ 51). Si el testigo citado por la fiscalía no comparece y no justifica su inasistencia, el nuevo § 161a, II, le otorga también al fiscal los medios de corrección del § 51, con excepción de la pena de arresto, cuya imposición queda reservada al juez. Contra las medidas adoptadas por la fiscalía, de acuerdo con el § 51, también se puede acudir al LG (§ 161a, III).

Según la práctica, en aplicación analógica del § 153, se puede prescindir de la imposición de una medida de corrección cuando la culpa del testigo no es grave y la sanción por su ausencia no es necesaria (con mayores detalles GRÜNEBERG, MDR 92, 326; SANDER, GA 95, 569).

II. Obligación de prestar declaración

Todo testigo tiene también, en principio, la obligación de declarar conforme a la verdad. Si se niega a declarar, el juez puede proceder contra él con la imposición de una pena disciplinaria en dinero o una pena de arresto de acuerdo con el § 70, en tanto que los medios de corrección a disposición de la fiscalía en caso de inasistencia del testigo, según el § 161a, II y III, están limitados, en cambio, a la pena disciplinaria en dinero y, además, están sujetos a controles judiciales. Una declaración falsa ante el juez es punible según el § 153, StGB. Una declaración falsa ante el fiscal no está abarcada por el § 153, StGB, pero, dado el caso, puede ser sancionada penalmente desde la perspectiva del encubrimiento personal (§ 258, StGB).

Sin embargo, la obligación de declarar del testigo sufre ya, según la StPO, una serie de excepciones, pues determinadas personas están autorizadas a *abstenerse* de *declarar testimonialmente* por completo o de responder preguntas particulares (§§ 52-56). Así, se puede diferenciar cuatro grupos de casos: el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente ilimitado (1), el limitado (2), la necesidad de una autorización para declarar (3), y el derecho de abstenerse de responder preguntas (4). A los dos primeros grupos les corresponde una prohibición de secuestro (ver *infra* § 34, C, II), así como el derecho de rehusarse a un examen corporal (§ 81c, III). Sobre los derechos de abstenerse de declarar testimonialmente fuera de la StPO, cf. *infra* 2, d, así como BAIER, 1996.

1. a) Un *derecho ilimitado de abstenerse de declarar testimonialmente* le corresponde al prometido del imputado, al cónyuge (¡incluso todavía después del divorcio!) y a ciertos parientes cercanos (en particular ver § 52, I, nº 3). El sentido de esta regulación reside en que a los parientes cercanos se les debe evitar el conflicto entre la obligación de decir la verdad y el afecto de pariente. Además, sería tan escaso el valor de una declaración obtenida compulsivamente que no justificaría una intromisión en la esfera familiar íntima (RENGIER, 1979, 8, 56).

La jurisprudencia no determina el concepto de *prometido* según el Derecho civil, sino autónomamente, conforme al "elemento moral" de la decisión que conduce al matrimonio. Por ello, también es reconocida en el Derecho penal la promesa seria de matrimonio de un menor que, en caso de falta de consentimiento del representante legal, es transitoriamente ineficaz para el Derecho civil, mientras que, de otro modo, la promesa de casamiento del embustero matrimonial, válida para el Derecho civil hasta la impugnación, pasa inadvertida para el Derecho penal desde un principio (BGHSt 3, 215; 29, 55). Se discute vivamente si se debe reconocer la promesa de matrimonio de una persona que aún está casada. La jurisprudencia, en principio, se inclina por rechazar la equiparación (BGH NStZ 83, 564; BayObLG NJW 83, 831; en contra, FÜLLKRUG, StrV 86, 37). A pesar de ello, a más tardar en caso de existencia de una sentencia de divorcio de primera instancia, ya no se puede negar el "elemento moral" de una nueva unión (en principio, a favor del derecho de abstenerse de declarar testimonialmente del prometido todavía casado, BEULKE, núm. marg. 191). Por el contrario, no es posible una aplicación analógica del § 52 a las uniones no matrimoniales, pues aquí falta, precisamente, la voluntad dirigida a la unión matrimonial; por lo demás, las relaciones personales estrechas como esta (como, p. ej., la amistad cercana) tampoco están protegidas. Sobre todo ello, PELCHEN, 1988.

En un procedimiento contra varios imputados también existe el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente, según el § 52, cuando el testigo sólo está emparentado con uno de ellos; pues el que debería declarar respecto a los otros también incriminaría así, posiblemente, a su pariente, BGH NStZ 82, 389. Del mismo modo, existe el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente para el pariente de quien fue coimputado con anterioridad (BGHSt 34, 29). Según la jurisprudencia precedente ello rigió sin excepciones, es decir, también para el caso en el que el pariente (el anterior coimputado) había muerto para la época del interrogatorio testimonial o en el que el procedimiento penal dirigido en su contra había concluido con fuerza de cosa juzgada. El testigo tampoco debía estar obligado a decir algo eventualmente perjudicial sobre un pariente, cuando a él eso ya no lo podía perjudicar procesalmente. Esa jurisprudencia fue abandonada, con razón, por el BGHSt 38, 96 (WIDMAIER, NStZ 92, 196, con documentación que comprende el criterio de todas las salas) para el caso en que el procedimiento contra quien había sido coimputado con anterioridad está concluido a través de su condena definitiva (comentario de GOLLWITZER, JR 93, 215; en contra DAHS/LANGKEIT, StrV 92, 492; BEULKE, núm. marg. 192). De modo consecuente, las sentencias del BGH NStZ 92, 291, y NStZ 93, 500, lo hicieron extensivo a los casos en los cuales quien con anterioridad fue coimputado falleció o fue absuelto definitivamente (con respecto a las dos primeras sentencias FISCHER, JZ 92, 570). En efecto, en situaciones de esta naturaleza merecen prioridad los intereses sobre la averiguación de la verdad, dado que "la protección de las relaciones familiares no es absoluta" (BGHSt 38, 100).

El derecho de abstenerse de declarar testimonialmente abarca el acontecimiento histórico completo; así, p. ej., cuando alguien es citado ante el juez como testigo de un encubrimiento por receptación que se le imputa a su padre, tampoco tiene que declarar sobre el hurto (BGH NStZ 83, 564).

b) Las personas mencionadas en el § 52 deben ser *informadas*, de forma comprensible para ellas, sobre su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente antes de cada interrogatorio (sin embargo, no existe el mismo deber antes de un interrogatorio complementario, BGH NStZ 84, 418) y, aun cuando hayan declarado con anterioridad, pueden rehusarse a prestar testimonio posteriormente (p. ej., en el juicio oral); ellas pueden retractar su renuncia al derecho de abstenerse de declarar testimonialmente incluso durante la declaración (§ 52, III, 2) o también, si han decla-

rado, pueden negarse a prestar juramento, dado que él es una parte de la declaración. También es admisible (BGH NStZ 88, 561) una información doble (conforme al § 52, III, 1, y al § 55, II). Si una persona de las autorizadas a abstenerse de declarar testimonialmente, que en un primer momento estaba dispuesta a declarar, manifiesta durante el interrogatorio que no quiere seguir declarando, lo declarado hasta ese momento puede ser aprovechado; empero, el juramento no es admisible porque, conforme al § 59, 1ª frase, éste sólo puede referirse a declaraciones completas (BGH NStZ 88, 35). En cambio, una vez terminada la declaración, la renuncia a abstenerse de declarar testimonialmente ya no puede ser retractada (BGH StrV 84, 326). A la inversa, un testigo que se abstuvo de declarar, de conformidad con el § 52, tampoco está sujeto a esa manifestación (BGHSt 16, 84; BGH NStZ 84, 176). Según el BGH NStZ 85, 36, la información por parte de la persona que toma la declaración acerca de la eventual utilización posterior del testimonio no es necesaria (cf. *infra* § 44, B, III, 7).

Si al informar al testigo quedan dudas acerca de si posee la madurez mental necesaria para comprender el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente –éste puede ser, ante todo, el caso de los niños, pero también el de las personas que se encuentran bajo tutela–, además de la propia predisposición para declarar del testigo, sobre cuya necesidad éste debe ser informado en cada caso (con mayores detalles BGH NStZ 91, 295, 398), se debe pedir el consentimiento del representante legal (para los niños, en general, los padres, § 1626, I, BGB), a cuyo efecto también este último debe ser informado sobre su derecho a negar su consentimiento. Si el propio representante legal es imputado (p. ej., en el supuesto de delitos cometidos por el padre contra el hijo), él no puede decidir sobre el ejercicio del derecho de abstenerse de declarar testimonialmente; pero tampoco puede hacerlo el otro padre, porque, en general, se encontrará en una difícil situación conflictiva. Antes bien, en todos los casos de esta naturaleza debe ser nombrado un tutor por el juez de tutelas (§ 52, II, 2, § 1909, I, 1, BGB). Así, se debe aplicar analógicamente el § 52, II, 2, en contra de su –incompleto– tenor literal, también al cónyuge del imputado cuando aquél es el único autorizado para representar al menor (SCHIMANSKY, 1988).

Si la información al testigo es omitida, ello funda un motivo para el recurso de casación conforme al § 337. Esto rige también cuando la información fue omitida sin culpa, p. ej., porque el tribunal no sabía nada de la relación de parentesco (BGH StrV 88, 89). También está ordenada la anulación en virtud del § 337, cuando el juez deja la información a cargo del perito (BGH NStZ 91, 295; cf. *supra* § 24, D, III, 2, a).

El tribunal no puede influir al testigo en la cuestión de si debe hacer uso de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente y tampoco puede averiguar o valorar los motivos de su decisión. De lo contrario, la sentencia puede ser anulada por lesionar el § 52, III, 1 –obligación de informar en debida forma– (BGH NStZ 89, 440).

2. a) El *derecho limitado de abstenerse de declarar testimonialmente* lo poseen ciertas *personas de confianza* (§ 53, I, nº 1-3b), a saber:

– los eclesiásticos, acerca de todo aquello que les haya sido confiado o haya llegado a su conocimiento en ejercicio de su ministerio espiritual –particularmente tratándose de una confesión– (§ 53, I, nº 1);

– el defensor del imputado, acerca de todo aquello que le haya sido confiado o haya llegado a su conocimiento en virtud de esa calidad –p. ej., por una confesión– (§ 53, I, nº 2), así como

– los que pertenecen a determinados grupos profesionales, acerca de todo aquello que les haya sido confiado o haya llegado a su conocimiento

en virtud de su respectiva calidad, p. ej., los abogados, asesores de patentes y notarios, los interventores y los revisores jurados de cuentas, los asesores y apoderados impositivos, los médicos (pero no los veterinarios, BVerfGE 38, 312), los odontólogos, farmacéuticos y parteras (§ 53, I, nº 3), los asesores de conformidad con los §§ 3 y 8 de la ley sobre conflictos en el embarazo (§ 53, I, nº 3a) y los asesores sobre drogas con reconocimiento estatal (§ 53, I, nº 3b).

Lo mismo rige para los colaboradores de esas personas, así como para quienes toman parte en la actividad preparatoria de las profesiones mencionadas (§ 53a, I, 1). Sin embargo, los asistentes de un profesional no deciden por sí mismos sobre el ejercicio de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente derivado de ello, sino que lo hace el titular de la profesión (§ 53a, I, 2).

La decisión de consciencia del eclesiástico de abstenerse de prestar testimonio puede ser importante para la apreciación de si algo llegó a su conocimiento "en su calidad de padre espiritual" y si, por ello, a él le corresponde el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente (BGH NStZ 90, 601, referido a una llamada de las "células revolucionarias"; sobre esto BAUMANN, JuS 91, 466).

También el abogado síndico tiene derecho de abstenerse de declarar testimonialmente con relación a la actividad desarrollada para su cliente permanente, en tanto su ocupación responda a las condiciones del modo de actuar del abogado independiente (con más detalles HASSEMER, 1986, ROXIN, 1992). Por lo demás, el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente del abogado, en virtud del § 53, I, nº 2 y 3, no se extiende a las acciones punibles de un defensor que no tienen relación de ninguna clase con los fines defensivos (BGHSt 38, 7; sobre esto SCHEFFLER, StrV 92, 299).

El derecho de abstenerse de declarar testimonialmente de los médicos y de sus ayudantes se extiende también al comienzo de la relación de tratamiento (BGHSt 33, 148: sobre las circunstancias que acompañan a una internación en un hospital; en particular, a favor ROGALL, NStZ 85, 374; HANACK, JR 86, 35), así como las circunstancias que llegó a conocer el médico como perito en un litigio familiar (BGHSt 38, 369). Si un asaltante interna a un cómplice, el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente se extiende también a los datos referentes a quien lo internó, quien, dado el caso, puede interponer recurso de casación (BGHSt 33, 148).

b) Los *abogados, médicos* y las demás personas mencionadas en el § 53, nº 2, 3, 3a y 3b, no pueden negar el testimonio cuando son relevados de su obligación de guardar secreto (§ 53, II). Si un paciente no releva a su médico de la obligación de guardar el secreto profesional o retracta la dispensa anterior, según la opinión actualmente unánime, la revelación del secreto, amenazada con pena en el § 203, I, nº 1, StGB, no está permitida tan sólo porque se lleve a cabo en una declaración ante el tribunal; antes bien, sólo debe estar permitida por el derecho material bajo los requisitos estrictos del estado de necesidad justificante (§ 34, StGB) (cf. RENGIER, 1979, 19, con mayores informaciones). No obstante, la doctrina y la jurisprudencia dominantes defienden la opinión de que, aun una lesión del secreto profesional conocida por el tribunal, no afecta la valorabilidad procesal penal de la declaración (cf. BGHSt 9, 59; 15, 200; 18, 147; EB. SCHMIDT, II, § 53, núms. margs. 22 y siguientes). De todos modos, esta opinión no es compatible con el deber de asistencia del tribunal frente a to-

dos los intervinientes en el proceso (cf. *infra* § 42, D, V), ni con la función ético-jurídica de la actividad estatal de la persecución penal, toda vez que ya la ZPO ha regulado en el § 383, III, una prohibición de interrogar análoga. Por ello, en esos supuestos se debe admitir, con la opinión minoritaria, una prohibición de interrogar y, dado el caso, una prohibición de valoración[2].

Si la dispensa al médico del deber de guardar el secreto profesional es retractada, la información por parte del juez de que el testigo está relevado del deber de guardar el secreto profesional infringe el § 53, nº 3, y conduce a la invalorabilidad de las declaraciones del médico (BGHSt 42, 73).

De conformidad con la jurisprudencia del BVerfG también debe ser considerado el derecho de abstenerse de prestar testimonio, más allá del catálogo restringido del § 53, I, nº 3, cuando la esfera privada protegida por los arts. 1, I, y 2, I, GG, tiene prioridad frente a los intereses de la administración de justicia penal. Sin embargo, esta complementación de la StPO a través de un recurso directo a la Constitución sólo se debe admitir para un caso particular y únicamente bajo condiciones especialmente estrictas (cf. BVerfGE 44, 353; BayObLG JR 80, 432, con comentario de HANACK; LG Hamburg NStZ 83, 182, con comentario de DAHS); por ello, el BVerfG ha rechazado una extensión general del § 53, I, nº 3, a los *asistentes sociales* (BVerfGE 33, 367, 374 y ss., con reseña de WÜRTENBERGER, JZ 73, 784). Ver, sobre esto, KÜHNE, JuS 73, 685; BLAU, NJW 73, 2234; JUNG, 1974; FOTH, JR 76, 7; SCHILLING, JZ 76, 617. Actualmente, a los consejeros sobre drogas les corresponde el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente en virtud del § 53, I, nº 3b (sobre esto KREUZER, 1993).

c) Todos los que colaboran, ya sea como profesión principal o secundaria (editor, director, directores artísticos, director de programación y redactores, así como el personal técnico y comercial), en la preparación (¡investigaciones!), elaboración y difusión de *obras impresas periódicas* o de *emisiones radiofónicas* (¡ellas comprenden también la televisión!) gozan de un amplio derecho de abstenerse de declarar testimonialmente sobre la persona de los autores, remitentes e informantes y sobre las "comunicaciones hechas a ellos en relación con su actividad", en cuanto se trate de contribuciones, documentación y comunicaciones destinadas a la parte de redacción (§ 53, I, nº 5); detalladamente sobre esto, ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, sobre el § 23 LPG). Al sector de redacción pertenece también una carta de lector anónima, de modo que la identidad de la persona que escribió la carta, conocida por la redacción, no debe ser revelada (KG NJW 84, 1133). Por consiguiente, no están comprendidos por este derecho de abstenerse de declarar testimonialmente la totalidad de la empresa editorial, la sección de anuncios o publicidad radial y todos los que realizan actividades esporádicas, en especial el colaborador ocasional. Sin embargo, el BVerfG no considera al § 53, I, nº 5, como regulación concluyente de los motivos legales de una abstención de prestar testimonio de las personas que pertenecen a la prensa; el tribunal estima a la norma compatible con la ley fundamental únicamente si en casos especialmente distintos ella es complementada por una limitación amplia de la obligación de declarar (y del secuestro, § 97, V, 1, *e contrario*) en virtud de una ponderación de los intereses opuestos, derivada directamente del art. 5, I, 2, GG (BVerfGE 64, 108, 116; 77, 65, 81 y s.; con más detalles sobre esto ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, § 23 LPG, núms. margs. 62 y siguientes). Por lo demás, el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente es independiente de la gravedad del delito perseguido y también es concedido cuando contra el periodista o colaborador existe la sospecha de haber participado de forma punible en el hecho perseguido (esta afirmación no se extiende al secuestro, ver *infra* § 34, C, II, 1, e). El imputado puede guardar silencio, desde luego, debido a su derecho de negarse a declarar (pero no está protegido contra secuestros, ver *infra* § 34, C, II, 1, e).

Cuando la prensa revela por sí misma sus fuentes de información, esto es, revela la identidad de un informante (así sucedió en las entrevistas que el ex terrorista KLEIN le había concedido a la revista "Spiegel", BGHSt 28, 240) o transmite por completo a la fiscalía el contenido de "comunicados" de una organización terrorista (BVerfG NStZ 82, 253), ella, según esta jurisprudencia, ya no debe estar autorizada para abstenerse de declarar testimonialmente sobre otras particularidades como, p. ej., el domicilio o lugar de residencia del informante o detalles de las cintas magnetofónicas originales. No obstante, el BGH pretende nuevamente admitir excepciones a este principio cuando la necesidad de publicar es ostensiblemente superior al interés en la realización de una pretensión penal de mínimo peso o cuando existe un interés de publicidad sumamente especial y fuera de lo común. Ello, empero, no convence (asimismo, ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, § 23 LPG, núm. marg. 47, con más información). Antes bien, sigue existiendo el derecho a abstenerse de declarar testimonialmente (prescindiendo de los casos de abuso) con respecto a las particularidades que permanecieron sin mencionar, pues su ejercicio, en principio, queda a discreción de los trabajadores de la prensa y, como es sabido, también puede ser limitado a una parte de las informaciones (ACHENBACH, *loc. cit.*, núms. margs. 75 y 78).

Por el contrario, la protección del § 53, I, nº 5, no se extiende al material que la prensa indagó por sí misma; por lo tanto, las fotos de disturbios en manifestaciones tomadas por reporteros gráficos pueden ser secuestradas en la redacción (BVerfG NStZ 81, 189; BVerfGE 77, 65; LG Hannover NStZ 81, 154; al respecto cf., con mayores detalles, ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, § 23 LPG, núms. margs. 59 y ss., con informaciones detalladas a favor y en contra). Distinto es el supuesto en el que los hechos investigados autónomamente están relacionados de forma inseparable con las informaciones proporcionadas, de modo tal que su puesta en conocimiento puede conducir indirectamente al desenmascaramiento del informante; en ese caso, también ellas están sujetas al derecho de abstenerse de declarar testimonialmente (BGHSt 36, 298, con comentario crítico de J. MEYER, JR 90, 433).

d) Un derecho de abstenerse de declarar testimonialmente configurado de forma semejante es el que poseen los *diputados* de la Dieta Federal según el art. 47, GG, y los de las dietas estaduales conforme al § 53, I, nº 4; lo mismo rige también para sus ayudantes (§ 53a). Ellos pueden abstenerse de declarar sobre personas que les han confiado hechos en consideración de su calidad de legisladores o a las que ellos han confiado hechos en orden a esa calidad, como también sobre los hechos mismos (RENGIER, 1979, 29, 40).

e) Para las personas mencionadas en el § 53 no es necesaria una *información* porque el legislador ha partido del supuesto de que ellas tienen conocimiento de sus derechos, incluso sin ser informadas.

[2] Cf. LENCKNER, NJW 65, 321; HAFFKE, GA 73, 65; WELP, *Gallas-FS*, 1973, 401; FEZER, JuS 78, 472; *idem*, 15/30 y s.; RANFT, núms. margs. 535 y ss.; FREUND, 1993.

f) El *presidente de la República Federal* también está autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente en forma limitada; él, según su arbitrio irrevisable, puede abstenerse de testimoniar cuando, de otro modo, causaría perjuicio al bienestar de la República o de un Estado federado (§ 54, III).

g) Los propietarios de bancos y sus empleados no tienen un derecho de abstenerse de declarar testimonialmente. Por consiguiente, según la StPO *no* existe un *"secreto bancario"* en sentido propio (de otra manera en el proceso civil, § 383, I, nº 6, ZPO). Además, tampoco tienen un derecho de abstenerse de declarar testimonialmente los consejos de empresas (BVerfG NJW 79, 1286, con reseña de RENGIER, BB 80, 321).

h) GROß, StrV 96, 559, intenta derivar del derecho vigente una prohibición general según la cual no se puede recurrir a defensores, diputados y periodistas, sin su consentimiento, para comenzar investigaciones en el proceso penal.

3. a) Para jueces y funcionarios rige una *prohibición de declarar* condicionada (por tanto, una obligación de abstenerse de declarar testimonialmente) con respecto a ciertas circunstancias a las cuales se refiere su obligación de guardar secreto oficial (§ 54): ellos únicamente pueden declarar sobre esos hechos cuando han recibido para ello la autorización de su superior en la función.

Esa autorización sólo puede ser negada o restringida cuando la declaración causaría perjuicio al bienestar de la República Federal o de un Estado federado, o pondría en peligro en forma esencial el cumplimiento de deberes públicos, o los dificultaría considerablemente (§§ 39, III, BRRG, y 62, BBG). El peligro, fundado de ese modo, de que exista una conducción administrativa del procedimiento es objetable desde el punto de vista del derecho procesal y constitucional[3]. En cuanto al problema de los llamados informantes, ver *infra* § 44, B, IV.

b) La *autorización para declarar* es un acto administrativo. Así, dado que en la nueva versión del § 39, BRRG, ya no se trata de una decisión discrecional, el acusado (y cualquier otra persona afectada en sus derechos) puede interponer la *acción para obligar* a concederla ante el tribunal administrativo contra la negación de la autorización (M. J. SCHMID, JR 78, 8; BVerwG StrV 82, 463). Por el contrario, los jueces penales y la fiscalía no pueden forzar el otorgamiento de una autorización para declarar con remedios jurídicos formales.

c) En caso de declarar sin autorización, el funcionario en cuestión puede ser sancionado conforme al § 353b, StGB. No obstante, su declaración es valorable (ver *supra* § 24, D, IV, 1, b, dd).

[3] Cf. sobre esto, así como sobre la necesidad de un "compromiso de legitimación" a través de la subordinación a la verdad de la aportación de elementos de descargo, H. E. MÜLLER, 1992, 24 y ss., 67 y ss., con más detalles.

4. Todo testigo puede *negarse a contestar* aquellas preguntas cuya respuesta (¡conforme a la verdad!), lo expondría a él mismo o a un pariente cercano al peligro de ser perseguido por un hecho punible o por una contravención, § 55. En el caso de que el testigo se expusiera al peligro de la aplicación de una sanción disciplinaria, se debería aplicar analógicamente el § 55 (BAUMANN, 1985; Köln StrV 87, 537; discutible). El testigo debe ser informado sobre el derecho de abstenerse de responder (§ 55, II). Se discute si es valorable una declaración realizada en violación del deber de informar (ver *supra* § 24, D, IV, 1, a, aa). Cuando el derecho a abstenerse de responder preguntas se extiende a un gran número de puntos, puede equivaler, prácticamente, a un derecho de abstenerse de declarar testimonialmente (BGHSt 10, 104; 17, 245); un testigo semejante es, en ese caso, un medio de prueba inidóneo en el sentido del § 244, III (BGH NStZ 86, 181).

Si alguien, como imputado, se abstuvo de declarar y, sin embargo, fue condenado, según el BVerfG NStZ 85, 277, no debería tener derecho de abstenerse de responder preguntas cuando, posteriormente, es interrogado como testigo sobre los hechos que fueron el fundamento de su condena. A él no lo perjudica, opina el tribunal, el decir en ese momento la verdad y corregir su declaración anterior. Sin embargo, esto puede no ser válido, cuando el procedimiento propio todavía está pendiente de apelación. También es difícilmente exigible al testigo, cuando él debería estar convencido de la corrección de su declaración como imputado, el exponerse, a través de su reiteración, a una segunda persecución penal por falso testimonio. Por el contrario, según la opinión de la jurisprudencia (Koblenz StrV 96, 474), un testigo con condena firme también puede tener el derecho a abstenerse de responder preguntas cuando a través de su declaración testimonial en el juicio oral se expondría al peligro de ser sometido a otra persecución penal. En cuanto a la cuestión de la incorporación por lectura de declaraciones escritas anteriores del testigo en el caso del § 55, cf. *infra* § 44, B, I, 2, e.

El § 55 no se aplica al testigo cuya declaración verdadera es inverosímil, pues este parágrafo presupone un hecho anterior contrario a derecho. Aquí sólo puede ayudarlo la renuncia a prestar juramento o el § 157, StGB (con más detalles KEHR, NStZ 97, 160).

Si un testigo se abstiene de declarar invocando el § 55, las actas de interrogatorios anteriores u otras declaraciones escritas del testigo no pueden ser leídas, en virtud del § 250, 2ª frase (BGH NStZ 96, 96). Sin embargo, la jurisprudencia reconoce como declaraciones escritas únicamente a aquellas manifestaciones que han sido redactadas con fines probatorios o que directamente han sido emitidas en el mismo procedimiento (cf. BGH NStZ 88, 36; al respecto, en parte crítico, MEYER, JR 87, 522; DÖLLING, 1988; DAHS, StrV 88, 169). Además, también se admite la declaración del funcionario que tuvo a su cargo el interrogatorio y de otras personas que conocen la declaración escrita. En cambio, MITSCH, 1992, defiende la admisibilidad de la lectura de las actas en aplicación analógica del § 251, I y II. Por el contrario, la jurisprudencia admite la valoración de declaraciones que el testigo realizó antes de apelar a su derecho a abstenerse de responder preguntas; esto también debe regir cuando con ello se refiere a sus declaraciones precedentes (BGH StrV 97, 512).

Si un testigo hace uso de su derecho de abstenerse de responder preguntas, de ello no se puede extraer conclusiones en su perjuicio cuando posteriormente se halle ante el tribunal como imputado por el mismo hecho, porque ello conduciría a que su derecho a guardar silencio pudiera ser eludido (BGHSt 38, 302; Stuttgart NStZ 81, 272; cf. *supra* § 15, A, II, 2,b, aa, γ).

Si un testigo invoca el § 55, el deber de justificación del derecho de abstenerse de declarar (§ 56) no llega hasta el extremo de que el testigo, de ese modo, deba exponerse al peligro de la propia persecución (BGH StrV 86, 282). Pero la mera relación con un imputado, conforme al § 129a, StGB, no es suficiente para invocar el derecho de abstenerse de declarar (BGH NJW 89, 2703). Tampoco bastan, de ninguna manera, las presunciones vagas o las posibilidades teóricas para fundar el peligro de una persecución penal. En caso de una declaración debe existir una sospecha inicial en el sentido del § 142, II (BGH NStZ 94, 499). Sobre otros problemas del § 55, con mayores detalles RICHTER, II, StrV 96, 457.

5. En suma, la regulación legal del derecho de abstenerse de declarar testimonialmente y del derecho de abstenerse de declarar ya no satisface suficientemente las exigencias del moderno Estado de Derecho. El "Proyecto Alternativo sobre el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente y la libertad de secuestro" (1996) propone una reforma ampliamente fundada y fundamentada también en el Derecho comparado. En él son integrados los derechos humanos (en especial también la MRK), los derechos fundamentales y la regulación de la UE (p. ej., sus lineamientos sobre la protección de datos) y se propone otro gran número de mejoras. WELP, *Bemmann-FS*, 1997, 626, proporciona un primer análisis. WOLTER, *Rudolphi-S*, 1995, 49, prepara el Proyecto Alternativo sobre "No sospechosos y hallazgos casuales en el procedimiento penal moderno".

III. Deber de jurar

Finalmente, con sujeción a los §§ 60-66b, todo testigo tiene la obligación de prestar juramento (*deber de jurar*, § 59). No obstante, los interrogatorios bajo juramento siguen estando reservados al juez y, por lo tanto, no pueden ser llevados a cabo por la fiscalía (§ 161a, I, 3).

El juramento obligatorio estatal y el juramento religioso –previsto en el § 66c, I, y admisible desde el punto de vista del derecho constitucional conforme al art. 140, GG, en relación con los arts. 136 y 137, WV– son, ya desde hace tiempo, objeto de enérgicas críticas jurídico-políticas (con más detalle *AK*-WASSERMANN, comentario previo al § 59, núms. margs. 1 y siguientes). En efecto, ello es problemático cuando un Estado secularizado recurre a una obligación moral religiosa para llevar a cabo sus intereses profanos. Pero también el juramento laico (§ 66c, II), que ya no debe tener más trascendencia (cf. BVerfGE 33, 27; BGHSt 8, 309), es pasible de objeciones, pues su carácter de juramento puramente terrenal, por lo menos, es puesto en duda a través del uso de la expresión "lo juro", "de gran carga histórica" e irracional (cf. BVerfGE 33, 32; WOESNER, NJW 73, 170; SCHWARZ, ZRP 70, 79). Por ello, el BVerfG (E 33, 23) había derivado del art. 4, I, GG, el derecho de negarse a jurar. Y el legislador lo ha tomado en cuenta en la ley complementaria de la 1. StVRG, a través de la introducción del § 66d, en virtud del cual el juramento por motivos de credo o consciencia también puede ser reemplazado por una "ratificación" equiparable al juramento.

Pero también frente a esta reglamentación conforme a la Constitución se debe señalar, críticamente, que el juramento no es adecuado, con toda probabilidad, para promover de forma decisiva la verdad de una declaración (WOESNER, NJW 73, 170; ZIPF, 1972, 421 y s.; empero, en contra, ver también LANGE, 1973, y HEIMANN-TROSIEN, 1973). Su utilización rutinaria en el proceso penal le hace perder todo efecto intimidatorio y, finalmente, consigue, en ciertas circunstancias (p. ej., en el caso de testigos manifiestamente falsos), innecesarios sufrimientos adicionales (¡§ 154, StGB!). Por ello, *de lege ferenda*, lo mejor sería renunciar al juramento (así también DAHS, 1989; GRÜNWALD, 1992; EISENBERG, BewR, núm. marg. 1133); pero, por lo menos, se debe exigir la restricción del "juramento" obligatorio a las declaraciones decisivas para el proceso (cf. ZIPF, 1972, 425 y ss.; SCHELLENBERG, NStZ 93, 372; debido a la improcedencia de la valoración probatoria anticipada, en contra DAHS, NJW 75, 1877). El nuevo § 61, nº 5, representa, con todo, un primer paso en esa dirección.

1. La obligación de jurar está configurada de diferente manera en los *distintos estadios procesales*.

a) En el procedimiento preliminar el juramento sólo es procedente en los tres casos del § 65 (peligro en la demora, necesidad para la obtención de una declaración verídica e importante para el procedimiento posterior, impedimento para el testigo de concurrir al juicio oral).

b) Sobre la prestación del juramento en la declaración por exhorto, ver § 66b.

c) Sólo en el *juicio oral* –de modo distinto que en el proceso civil– *todo testigo* tiene que prestar su declaración bajo juramento, en tanto no concurra uno de los casos de excepción regulados detalladamente en los §§ 60-63.

2. Estas *excepciones* conforman cinco grupos:

a) Las *prohibiciones de juramento* del § 60.

Son aplicables a dos grupos de personas, a saber, a los incapaces de comprensión (nº 1) y a los sospechosos de haber intervenido en el hecho, de haber cometido encubrimiento, real o personal, o receptación (nº 2).

El § 60, nº 2, resulta aplicable únicamente a aquellos testigos cuyos actos de *encubrimiento real* o *personal* sean anteriores al juicio oral, mientras que, por el contrario, no es aplicable a una declaración falsa cometida en favor del acusado sólo en el juicio oral, porque únicamente en el primer caso el testigo se halla en una situación forzosa en la que la obligación de prestar juramento ya no puede ser considerada como medio idóneo para obligarlo a declarar conforme a la verdad (BGHSt 1, 360). Sin embargo, según el BGHSt 34, 68, en tales casos, el § 60, nº 2, no debe impedir el juramento únicamente cuando el testigo todavía tiene la posibilidad de rectificar su declaración falsa de forma no punible. Si, en cambio, en el mismo juicio oral ya ha sido realizada con anterioridad una declaración falsa punible, el § 60, nº 2, debe excluir el juramento. Según una parte de la jurisprudencia (BGH NStZ 81, 268, 309; Hamburg JR 81, 158, con comentario –en definitiva aprobatorio– de RUDOLPHI; discutible BGH NStZ 82, 430) el § 60, nº 2, también debe resultar aplicable cuando la declaración favorecedora sólo es realizada en el juicio oral pero ya había sido prometida al acusado con anterioridad. Sin embargo, tal hipótesis debe ser rechazada porque antes del juicio oral todavía no existe tentativa de encubrimiento personal y quien hizo la promesa se puede librar de la punibilidad conforme a los §§ 30, II, y 154, StGB, por medio de una declaración verdadera (§ 31, I, nº 2, StGB)[4]. Si el declarante ha desistido de la tentativa de encubrimiento personal (§ 258, StGB), librándose de la pena, ya no existe ninguna prohibición de prestar juramento por cesación de la situación forzosa (de otra opinión BGH NStZ 82, 78). Conforme a la sentencia del BayObLG NStZ 91, 203, ello también debe regir cuando el desistimiento que libera de la pena aún no ha sucedido, pero es posible; discutible. Sobre las consecuencias jurídicas con respecto al recurso de casación en caso de violación del § 60, nº 2, ver *infra* § 53, E, I, 1.

Por "*hecho*" en el sentido del § 60, nº 2, no se entiende únicamente el tipo penal legal del delito que se le atribuye al imputado, sino el acontecimiento histórico completo que constituye el objeto de la acusación (BGHSt 1, 364; 4, 255; 6, 382). La limitación del juramento a una parte de las imputaciones de la acusación (juramento parcial) sólo es admisible en tanto se trate de hechos distintos (BGH MDR/H 83, 987). Si la sospecha de participación se refiere solamente a algunos de varios hechos, se exige, en principio, la prestación del juramento con respecto a los restantes (BGH NStZ 87, 516, con comentario de DAHS; BGH StrV 97, 114).

La *participación* en el sentido del § 60, nº 2, no es idéntica a las formas de participación de los §§ 25 y ss., StGB; antes bien, es partícipe todo el que ha colaborado en el hecho en forma punible y en la misma dirección que el imputado (BGHSt 4, 257; 10, 65; BGH StrV 82, 342), aunque sólo sea por omisión (BGH StrV 92, 547); la participación de un informante de la policía no es punible (BGH NStZ 82, 127). Para la cuestión de si existe una sospecha de participación hay que ubicarse en el momento del pronunciamiento de la sentencia; si, en ese momento, ya no existe sospecha, se debe tomar el juramento que no se realizó anteriormen-

[4] KG NStZ 81, 449; BGHSt 30, 332; 31, 10; NJW 82, 1601; JR 87, 37, con reseña de KRÜMPELMANN.

te (BGH NStZ 81, 110; NStZ 95, 244). El concepto de sospecha se debe interpretar extensivamente; es suficiente una sospecha remota (BGH StrV 82, 342; BGH NStZ 83, 516). La negación de la sospecha sólo necesita ser fundada cuando su admisión resulta natural según las circunstancias contextuales (BGH NStZ 85, 183). El § 60, nº 2, también rige para los testigos que únicamente son sospechosos de participación en una receptación (BGH StrV 90, 484).

b) Casos en los que está permitido *prescindir del juramento* según el § 61.

Aquí se debe distinguir cinco ámbitos de aplicación: las personas de 16 a 18 años de edad (§ 61, nº 1); los ofendidos y sus parientes, así como los parientes del imputado (§ 61, nº 2); los casos de poca importancia (§ 61, nº 3); los condenados por perjurio (§ 61, nº 4) y los supuestos en los cuales el fiscal (dado el caso, también el acusador conjunto: BGHSt 28, 272), el defensor y el acusado renuncian de forma unánime a la prestación del juramento (§ 61, nº 5).

El concepto de *ofendido* en el sentido del § 61, nº 2, debe ser interpretado en forma extensa; conforme a ello, también el damnificado mediato (p. ej., el socio de una sociedad de responsabilidad limitada) está comprendido en el concepto de ofendido (así también BGHSt 4, 202; 5, 85; 17, 248, en contraposición con la jurisprudencia del BGH en el supuesto del § 22, nº 1; cf. sobre esto *supra* § 9, I, 1). La *renuncia* a la que se refiere el § 61, nº 5, también puede llevarse a cabo, según el BGH NJW 78, 1815, a través de una acción concluyente (guardar silencio ante la pregunta del presidente del tribunal). La mayoría de las veces, la renuncia no es conveniente para el acusado, desde el punto de vista de la táctica defensiva, porque la defensa puede extraer conclusiones derivadas del juramento o de la falta de juramento, acerca de si el tribunal le cree o no le cree a un testigo (STRATE, StrV 84, 42; HAMM, *Peters-FG* II, 1984, 172).

c) Los casos de *delitos de acción privada* según el § 62.

Aquí, el juramento sólo está previsto en dos supuestos: cuando el significado de la declaración es decisivo y cuando es necesario obtener una declaración verídica.

d) El *derecho de rehusarse a prestar juramento* de los parientes autorizados a abstenerse de declarar testimonialmente según el § 63. Sobre ello se debe realizar la instrucción correspondiente, cuya omisión puede provocar un motivo de casación (BGH StrV 87, 513; NStZ 89, 84).

Una vez interrumpida una declaración es absolutamente improcedente la prestación de juramento con respecto a lo declarado hasta ese momento (BGH NStZ 88, 35; ver *supra* II, 1, b).

e) El *derecho de rehusarse a prestar juramento por motivos religiosos*, derivado por el BVerfG del art. 4, I, GG, e incluido en el § 70, I, a través de una interpretación conforme a la Constitución (ver BVerfGE 33, 23). De todos modos, el deber de ratificación, equivalente al juramento (§ 66d), reemplaza al juramento.

IV. Si el testimonio o la prestación de juramento son *rehusados* en forma culpable, sin motivo legal, las costas originadas por la negativa son impuestas al testigo y se da contra él una pena disciplinaria en dinero, así como una pena de arresto para el caso de que aquélla no pueda ser hecha efectiva (§ 70, I). El monto de la pena disciplinaria en dinero asciende, por

lo menos, a 5 DM y como máximo a 1.000 DM; la duración de la pena de arresto, de un día a seis semanas (art. 6, EGStGB). En caso de que estas medidas de corrección no sean suficientes, para forzar el testimonio puede ser ordenada, conforme al § 70, II, prisión intimidatoria, que puede durar hasta seis meses, pero que, sin embargo, debe ser revocada, a más tardar, con la finalización del procedimiento en la instancia respectiva y, siempre, en caso de que se alcance su finalidad. Rehusarse persistentemente a declarar o la "inflexibilidad" no son motivos para prescindir de ordenar la prisión intimidatoria en el marco de los límites legales[5]. Las medidas de corrección y coercitivas no son procedentes cuando el testigo declara, por cierto, pero, según la opinión del tribunal, falta a la verdad o declara de un modo incompleto (BGHSt 9, 362). Si un testigo es amenazado con "prisión intimidatoria" porque, según la opinión de quien lo interroga, no dice la verdad, ello conduce a una prohibición probatoria de conformidad con los §§ 69, III, y 136a (LG Bad Kreuznach StrV 93, 629). Tampoco se puede forzar, con las medidas del § 70, la contestación a las preguntas personales del § 68, dado que allí no se trata de un "testimonio" en el sentido del § 70, II (KG JR 77, 295).

C. La realización del interrogatorio y la prestación de juramento

I. El interrogatorio (§§ 57 y s., 68-69)

1. Antes de su interrogatorio los testigos deben ser exhortados a decir la verdad y deben ser instruidos sobre el significado del juramento, la posibilidad de elegir entre el juramento religioso y el no religioso, así como sobre las consecuencias jurídico-penales de una declaración falsa (§ 57; con mayores detalles BRINGEWAT, MDR 84, 451, quien defiende una instrucción mixta oral/escrita). Dado el caso, también deben ser advertidos por la fiscalía y por la policía (§§ 161a, I, 2; 163a, V) sobre su derecho a abstenerse de declarar testimonialmente conforme al § 52 y sobre su derecho a abstenerse de declarar según el § 55 (§§ 52, III, y 55, II).

2. Los testigos deben ser interrogados *separadamente* y en *ausencia* de los testigos que deban ser interrogados con posterioridad (§ 58, I; cf. también § 243, II, 1). Esta regla ha de impedir la adaptación de declaraciones posteriores a las realizadas con anterioridad.

El *careo* con otros testigos (o con el imputado) constituye una excepción al interrogatorio por separado: en el juicio oral está permitido siempre; en el procedimiento preliminar, sólo cuando parece conveniente para el procedimiento posterior (§ 58, II); cf. también *infra* § 33, A, III, d.

El interrogatorio puede ser registrado en video; así debe suceder cuando son interrogadas víctimas del hecho menores de edad o cuando no pa-

[5] NEHM, 1996 (discutible).

rece posible interrogar en el juicio oral a un testigo importante para el esclarecimiento del hecho (§ 58a, I); cf. *infra* § 42, F, II, 3, al final.

3. La declaración del testigo comienza con el *interrogatorio sobre su persona,* con sujeción a los §§ 68 y 68a. Conforme al § 68, I, 1, además de su nombre, edad, profesión u oficio, también debe mencionar su domicilio. Pero para impedir el peligro de que de ese modo el testigo se dé a conocer, la OrgKG del 15/7/1992 ha creado un sistema escalonado de reglas para la protección de testigos. Así, los testigos que deben ser interrogados sobre observaciones realizadas en sus funciones oficiales (sobre todo policías, fiscales y jueces de instrucción) pueden dar el domicilio donde prestan servicio en lugar de su domicilio (§ 68, I, 2); a todo testigo, en caso de peligro para él mismo o para un tercero ("amenaza leve"), se le puede permitir indicar, en lugar de su domicilio, el domicilio comercial o donde presta servicios u otra dirección apta para la citación (§ 68, II, 1), en el juicio oral, incluso, puede evitar toda declaración referente a ello (§ 68, II, 2). Por último, en caso de peligro para la vida, la integridad física o la libertad ("amenaza grave") se le puede permitir "no hacer declaraciones sobre su persona o hacerlo sólo sobre una identidad anterior" (§ 68, III, 1); sin embargo, en ese supuesto, en el juicio oral, al ser preguntado, debe indicar en qué calidad ha tomado conocimiento de los hechos sobre los que atestigua (§ 68, III, 2). Los documentos que comprueban la identidad son guardados en custodia por la fiscalía y sólo se los hace constar en las actas una vez que ya no existe peligro (§ 68, III, 3 y 4; cf. para ello HIEBL, 1994, 131 y siguientes). En todos los casos, al testigo se le puede formular preguntas para constatar su credibilidad (§ 68, IV) –en tanto con ello no se deje sin efecto las medidas de protección de los párrafos I-III (HILGER, NStZ 92, 459)–[6].

El § 68a ha de asegurar la observación del principio de proporcionalidad, puesto que vincula a condiciones especialmente estrictas las preguntas sobre hechos deshonrosos o que se refieren al ámbito de vida personal y sobre condenas anteriores.

Para hacer valer los derechos del testigo en el interrogatorio (cf. *supra* así como *infra* en D), él puede ser acompañado por un abogado. A pedido del testigo, esto debe suceder cuando el interrogatorio tiene por objeto un crimen o un delito grave (en especial, un hecho punible sexual o un caso de criminalidad organizada) (cf., en especial, § 68b).

Al interrogatorio sobre la persona le sigue el *interrogatorio sobre el hecho,* conforme al § 69. Aquí es importante advertir que la ley le ordena al juez proponer al testigo, en primer lugar, llevar a cabo una *exposición* coherente (§ 69, I, 1) y sólo permite preguntas separadas (un *interrogatorio*) para aclarar y completar la declaración (§ 69, II), en especial, para indagar el motivo en que se funda el conocimiento del testigo ("¿Lo ha visto usted mismo?", "¿desde qué posición?", "¿cuán lejos se encontraba eso?", "¿todavía era de día?", "¿ve usted bien?", "¿quién le ha contado esto?"). Para los interrogatorios en el extranjero no rige el § 69, I; aquí puede ser utilizada una lista de preguntas (BGH GA 82, 40).

[6] Otras propuestas sobre la protección de testigos en SOINÉ/SOUKUP, 1994; J. MEYER, 1995 (sobre todo, Derecho comparado).

Sobre los problemas empíricos acerca de interrogatorio y declaración EISENBERG, 1984.

4. La prohibición del § 136a rige análogamente para todo interrogatorio de testigos (§§ 69, III, y 163a, V).

5. Acerca de la cuestión de si la violación de las disposiciones procesales expuestas conduce a un motivo de *casación* se debe diferenciar:

a) Según la opinión dominante, los §§ 57, 58 y 68a son meras disposiciones de orden. Por consiguiente, su lesión, como tales, no conduce a la revocación de la sentencia; sólo cuando, a la vez, existe allí una violación del deber de esclarecimiento judicial, el BGH admite la casación conforme al § 244, II (BGH MDR/D 55, 396; con gran alcance, por motivos atendibles, RUDOLPHI, MDR 70, 99).

b) En cuanto al § 68, en cambio, el BGH (E 23, 244) resolvió que los datos personales de un testigo que debe ser interrogado en el juicio oral no pueden ser mantenidos en secreto frente al acusado y al defensor (*argumentum* § 222, I); un auto judicial contrario restringe la defensa en un punto fundamental para la decisión y, por ello, constituye un motivo de casación (§ 338, nº 8). Sin embargo, con posterioridad al fortalecimiento de la protección del testigo a través de la OrgKG (cf. *supra* 3), ello sólo puede ser aplicado todavía en casos en los cuales el mantenimiento en secreto no puede fundarse en los §§ 68 y 222, I, 3.

c) Según la opinión general, la primacía del informe sobre el interrogatorio en el § 69, I, 1, está prescripto, asimismo, de forma obligatoria (BGH NJW 53, 35); por consiguiente, si al testigo no se le dio la oportunidad de hacer una exposición coherente, conforme al § 337, procede la casación.

d) La opinión dominante niega, sin motivo, que también al deber de instruir del § 69, I, 2, le corresponde un carácter obligatorio. "Lo que es presupuesto lógico para un comportamiento procesal del tribunal, correspondiente a la 1ª frase, obligatoria, no puede tener, por sí mismo, sólo un significado reglamentario" (EB. SCHMIDT, II, § 69, núm. marg. 7; asimismo PETERS, 360).

II. La prestación de juramento (§§ 59, 64, 66a, 66c-67)

1. Para la recepción del juramento en el procedimiento penal sólo está autorizado el *juez*; a la fiscalía (§ 161a, I, 3) y a la oficina de finanzas (cf. § 399, I, AO) les está prohibido.

2. Los testigos deben prestar juramento *separadamente* (en forma distinta § 392, 2ª frase, ZPO) y *después* de su declaración (§ 59).

3. La *forma* del juramento está regulada en los §§ 66c-66e. Allí hay que diferenciar entre fórmula de juramento y norma de juramento.

a) El § 66c, I, procede de la *fórmula* religiosa *de juramento*: "Usted jura por Dios Todopoderoso y que todo lo sabe"... "Lo juro y ojalá Dios me ayude".

b) La *norma de juramento* presupone que el que presta juramento "según su leal saber y entender ha dicho la pura verdad y no ha ocultado nada" (§ 66c, I). Por consiguiente, el juramento prestado por un testigo comprende también las declaraciones del testigo sobre su persona.

c) El juramento también puede ser prestado con otras fórmulas de aseveración de determinadas comunidades religiosas o confesionales (§ 66c, III) o, directamente, sin fórmula de aseveración religiosa (§ 66c, II). Si el juramento es rechazado por motivos de fe o de conciencia, el testigo debe ratificar la declaración "con conocimiento de su responsabilidad ante el tribunal" (§ 66d). Sobre la prestación de juramento, STUMMER cf. § 66e.

4. Según la controvertida opinión del BGHSt 1, 216, sobre la prestación de juramento de testigos decide, en principio, el presidente del tribunal solo y el tribunal únicamente en caso de protesta conforme al § 238, II (restrictivo EB. SCHMIDT, II, § 60, núm. marg. 4; en contra PETERS, 333). La prestación de juramento en el juicio oral (con respecto a los estadios anteriores del procedimiento, cf. § 66a) no necesita, por regla general de la ley, fundamento especial alguno (BGHSt 15, 253; 17, 186); del silencio de las actas y de la sentencia no se puede concluir en que el juez no ha reconocido la posibilidad de abstenerse de prestar juramento (BGH NStZ 92, 292). Por el contrario, conforme al § 64, la abstención de prestar juramento se debe fundar. Si no existe una decisión sobre la prestación del juramento, ello viola el § 59 y constituye un motivo de casación (BGH NStZ 87, 374). El tribunal tampoco puede eludir el deber de tomar juramento en razón de calificar el interrogatorio del testigo sobre el hecho como únicamente "informativo" (Köln StrV 88, 289).

5. En caso de que se interrogue nuevamente al testigo en el mismo procedimiento preliminar o en el mismo procedimiento principal (éste abarca también la instancia de apelación), el juez puede permitir que, en lugar de una nueva recepción del juramento, el testigo asegure la verdad de su declaración refiriéndose al juramento prestado con anterioridad (§ 67). No es suficiente una mera referencia del juez al juramento prestado anteriormente.

D. El testigo tiene tres derechos:

1. El derecho a hacer una exposición completa y coherente sobre el objeto de su interrogatorio (§ 69, I, 1);

2. el derecho a un trato leal (sobre el *fair trial* cf. *supra* § 11, V), que se puede inferir del fundamento jurídico del § 68a y que también implica el derecho a la protección de la policía de estrados judiciales (para la protección del orden en las audiencias) contra agresiones indebidas y, en general, la autorización para llevar un asistente jurídico al interrogatorio (cf. BVerfGE 38, 105), cuyas facultades, en cambio, son discutidas[7]. Por el

[7] A favor del derecho a examinar las actas, así como del derecho a estar presente también fuera del interrogatorio del testigo HAMMERSTEIN, NStZ 81, 127; de otra opinión *Kl/M*, núm. marg. 11, comentario previo al § 48; H. J. WAGNER, DRiZ 83, 21; a favor del derecho a hablar THOMAS, NStZ 82, 489. Con mayores detalles sobre el asesor del testigo KAUM, *Der Beistand im Strafprozeßrecht*, 1992, 130 y siguientes.

contrario, no existe un derecho a nombrar en forma gratuita a un abogado (BVerfG NStZ 83, 374); pero los tribunales se inclinan cada vez más, de conformidad con el mandato del procedimiento llevado a cabo con lealtad, a concederle al testigo, en especial, una ayuda para pagar las costas del proceso y el nombramiento de un abogado de su elección cuando se ve ante una situación especialmente difícil (sobre todo con respecto al § 55) (Stuttgart StrV 92, 262; LG Hannover StrV 87, 526; LG Verden StrV 92, 268; KG StrV 96, 473). El impedimento para que el testigo sea acompañado por un asesor, no le da derecho al testigo a eludir la declaración; en ese caso, si no quiere estar sin asesor, debe llevar otro abogado (BGH NStZ 89, 484, con comentario en contra de KREHL). La problemática del asesor del testigo está regulada ahora en el nuevo § 406f para el caso de que el ofendido sea interrogado como testigo (ver *infra* § 63, B, II, 3); cf., además, el nuevo § 58a (sobre esto *supra* C, I, 3);

3. el derecho a una compensación existe (§ 71), según lo determinado en la Ley de compensación para testigos y peritos (ZSEG) en la versión del 1/10/1969 (Schönfelder 116).

Resumidamente: GRANDERATH, MDR 83, 797; GOMOLLA, 1986.

§ 27. El perito

Bibliografía: *Häberlin*, Über die Sachv. im deutschen Recht, 1911; *Mezger*, Der psychiatr. Sachv., 1918; *Marbe*, Der Psychologe als Gerichtsgutachter im Straf- und Zivilprozeß, 1926; *Manasse*, Der Sachv. (2), 1932; *H. Mayer*, Der Sachv. im Strafprozeß, Mezger-FS, 1954, 455; *Bockelmann*, Strafrichter und psycholog. Sachv., GA 55, 321; *Schmidhäuser*, Zeuge, Sachv. und Augenscheinsgehilfe, ZZP 72 (1959), 365; *Bremer*, Der Sachv., 1963; *E. Döhring*, Die Erforschung des Sachverhalts usw., 1964, 256; *Hepner*, Richter und Sachv., 1966; *Peters*, Die prozeßrechtl. Stellung des psycholog. Sachv., Hdb. der Psychologie, t. 11, 1967, 768; *Sarstedt*, Auswahl und Leitung des Sachv. im Strafprozeß (§§ 73, 78 StPO), NJW 68, 177; *Heinitz*, Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachv., Engisch-FS, 1969, 693; *Göppinger* y otros, Der Sachv.: Gutachten und Verf., en: Hdb. der forens. Psychiatrie II, 1972, 1485; *v. Hippel*, Pragmat. Aspekte zum Problem der Rollenverkehrung beim Sachv. beweis, Peters-FS, 1974, 285; *Fincke*, Die Pflicht des Sachv. zur Belehrung des Beschuldigten, ZStW 86 (1974), 656; *Gerchow*, Der Sachv.beweis aus rechtsmedizin. Sicht, Schmidt-Leichner-FS, 1977, 67; *Sarstedt*, Fragen des Sachv.beweises zur Zurechnungsfähigkeit, *ibidem*, 171; *Kube/Leineweber*, Polizeibeamte als Zeugen und Sachv., 1977; *Gössel*, Behörden und Behördenangehörige als Sachv. vor Gericht, DRiZ 80, 363; *J.-E. Meyer*, Der psychiatr. Sachv. und seine Funktion im Strafprozeß, MschrKrim. 81, 224; *Schreiber*, Probleme des Beweisrechts, insb. des Sachv-.beweises, en: Jescheck/Kaiser (comp.), Erstes deutsch-sowj. Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1982, 153; *Leferenz*, Probleme des Sachv.beweises, *ibidem*, 173; *Krüger*, Ablehnungsprobleme bei Polizeibediensteten als Sachv., Die Polizei 82, 133; *Gschwind/Petersohn/Rautenberg*, Die Beurteilung psychiatr. Gutachten im Strafprozeß, 1982; *Barton*, Sachv. und Verteidiger, StrV 83, 73; *Maisch/Schorsch*, Zur Problematik der Kompetenzabgrenzung von psycholog. und psychiatr. Sachv. bei Schuldfähigkeitsfragen, StrV 83, 73; *Plewig*, Funktion und Rol-

le des Sachv. aus der Sicht des Strafrichters, 1983; *Venzlaff*, Die Mitwirkung des psychiatr. Sachv. bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit, Richterakademie-Trier-FS, 1983, 277; *Foerster*, Der psychiatr. Sachv. zwischen Norm und Empirie, NJW 83, 2049; *Mickel*, Schriftvergleichung im Strafverf., StrV 83, 251; *Rauch*, Brauchen wir noch eine forens. Psychiatrie? Leferenz-FS, 1983, 379; *Streng*, Richter und Sachv., *ibidem*, 397; *Schreiber*, Zur Rolle des psychiatr.-psycholog. Sachv. im Strafverf., Wassermann-FS, 1985, 1007; *Krauß*, Schweigepflicht und Schweigerecht des ärztl. Sachv. im Strafprozeß, ZStW 97 (1985), 81; *Arth. Kaufmann*, Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizin. Sachv., JZ 85, 1065; *Maisch*, Fehlerquellen psycholog.-psychiatr. Begutachtung im Strafprozeß, StrV 85, 517; *Krauß*, Zur Haftung des psychiatr. Sachv. im Strafprozeß, StrV 85, 512; *Widmaier*, Zur Rechtsstellung des nach §§ 220, 38 StPO vom Verteidiger geladenen Sachv., StrV 85, 526; *Dippel*, Die Stellung des Sachv. im Strafprozeß, 1986; *Hengesch*, Das Dilemma der Glaubwürdigkeitsbeurteilung, ZStW 101 (1989), 611; *Krekeler*, Der Sachv. im Strafverf., insb. im Wirtschaftsstrafverf., wistra 89, 52; *Seyler*, Das Behördengutachten im Strafprozeß, GA 89, 546; *Fezer*, Die Folgen der Sachv.ablehnung für die Verwertung seiner Wahrnehmungen, JR 90, 397; *Frank/Harrer* (comp.), Der Sachv. im Strafrecht, 1990; *Rogall*, Der Augenscheinsgehilfe im Strafprozeß, Meyer-GS, 1990, 391; *Blau*, Der befangene Sachv. im Strafprozeß, Schewe-FS, 1991, 10; *Jessnitzer/Frielieng*, Der gerichtl. Sachv., 10ª ed., 1992; *Rasch*, Die Auswahl des richtigen Psycho-Sachv. im Strafverf., NStZ 92, 257 (sobre esto *Täschner*, NStZ 94, 221); *Geppert*, Der Sachv.beweis, Jura 93, 249; *Fischer*, Glaubwürdigkeitsbeurteilung und Beweiswürdigung, NStZ 94, 1; *Rode/Legnaro*, Psychiatr. Sachv. im Strafverf., 1994; *Steinke*, Der Beweiswert forens. Gutachten, NStZ 94, 16; *Streng*, Psychowissenschaftler und Strafjuristen..., NStZ 95, 12, 161; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 2ª ed., 1996; *Wiegmann*, Ablehnung von Mitarbeitern der Strafverfolgungsbehörden als Sachv. (§ 74 StPO), StrV 96, 570.

A. Concepto

I. Funciones del perito

El perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al tribunal en la estimación de una cuestión probatoria. Esto puede suceder de tres maneras diferentes:

1. Informa al tribunal los principios generales fundados en la experiencia –los resultados de su ciencia– (p. ej., que estómago e intestino de un recién nacido se llenan de aire después de aproximadamente seis horas).

2. Comprueba hechos que únicamente "pueden ser observados o que sólo pueden ser comprendidos y juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales" (BGHSt 9, 293; p. ej.: el intestino del bebé asesinado X no contiene aire).

3. Extrae conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de sus conocimientos profesionales, conforme a reglas científicas (combinación de 1. y 2., p. ej., por consiguiente, el bebé X ha sido asesinado dentro de las primeras seis horas después del nacimiento).

II. Delimitación con respecto a las funciones de otros sujetos del proceso

Las funciones y actividades del perito deben ser diferenciadas de las del juez (*infra* 1) y de las del testigo (*infra* 2).

1. El perito es solamente "*asistente del tribunal*" (BGHSt 9, 293). De ello se derivan dos consecuencias.

En primer lugar, el perito mismo se debe limitar a las tareas descriptas *supra* en el apartado I. Por ejemplo, una "comprobación" del género de que el acusado es incapaz de culpabilidad en el sentido del § 20, StGB, ya no es un informe de hechos, reglas de la experiencia o conclusiones, sino una apreciación jurídica que cae dentro de la competencia del tribunal.

En segundo lugar, el tribunal debe examinar por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva y no puede adoptar en la sentencia los resultados del perito sin haberlos controlado. Antes bien, los fundamentos de la sentencia deben dejar entrever que el tribunal ha realizado una apreciación de la prueba por su propia cuenta, de modo que al tribunal de casación le sea posible una revisión jurídica ulterior (BGHSt 12, 311; BGH StrV 82, 210). Por otra parte, si el tribunal quiere apartarse del dictamen del perito debe fundar su opinión de forma verificable, con una exposición de las diferencias con el dictamen (BGH NStZ 83, 377). En ello, no se puede desligar de los estándares científicos (BGH StrV 93, 234). Con mayores detalles sobre la apreciación del dictamen, EISENBERG, BewR, núms. margs. 1607 y siguientes.

2. Perito es únicamente aquel *experto* que actúa *por encargo* del tribunal (esto es, en una de las formas descriptas *supra* bajo los apartados I, 1-3). A consecuencia de ello, no son peritos, sino testigos:

a) las personas que informan sobre hechos pasados, para cuya observación fue necesario un conocimiento especial (*testigos peritos*, cf. *infra* III), pues ellos no han obrado por orden del tribunal;

b) las personas que durante el procedimiento penal, por orden del tribunal, deben realizar determinadas comprobaciones que no exigen un conocimiento especial (p. ej., a un agente de policía se le encarga medir exactamente el lugar del hecho: el llamado *colaborador para la inspección ocular*). Así, el reconocimiento del objeto de prueba es una realización indirecta de una inspección ocular judicial, mientras que el interrogatorio del colaborador para la inspección ocular está sujeto a las reglas de la prueba de testigos (pormenorizadamente ROGALL, 1990). Equívoco en cuanto a la posición del colaborador para la inspección ocular BGHSt 33, 217, con comentario en contra de DANCKERT, NStZ 85, 469.

aa) No existen otras posibilidades de delimitación lógicamente exactas. Sólo se puede decir, en general:

– Que el testigo declara sobre hechos, mientras que el perito extrae conclusiones (excepción: *supra* I, 2).

– Que el testigo declara sobre observaciones pasadas, hechas fuera del proceso, mientras que el perito extrae sus constataciones en el *procedimiento* y para el tribunal (excepción: colaborador para la inspección ocular).

– Que el perito se diferencia del testigo por su conocimiento profesional (excepción: testigo-perito).

– Que el perito es intercambiable y reemplazable, el testigo en cambio no lo es (excepción: colaborador para la inspección ocular).

bb) Si los aspectos mencionados tampoco pueden ser utilizados como concepto delimitativo, de todos modos tienen un gran valor de comprensión como criterios que determinan el contenido. Así, se puede decir:

- Testigo no es, en ningún caso, quien sólo informa sobre los principios generales fundados en la experiencia o extrae conclusiones en el sentido de *supra* I, 3.
- Perito no es nunca el que fuera del procedimiento realiza determinadas observaciones sobre hechos, etc., posibles únicamente a través de conocimientos profesionales.
- Un perito siempre debe tener conocimientos técnicos.
- Un perito es siempre (lógicamente) intercambiable y reemplazable (por contraposición con la imposibilidad "práctica" de sustituirlo –p. ej., si se trata de la única eminencia viviente de una materia científica–).

3. La diferenciación entre peritos y testigos cobra significado en la problemática de los hechos vinculados, los hallazgos y los hechos adicionales (cf., al respecto, *infra* D).

III. Testigo-perito

Un *testigo-perito* es una persona cuya declaración se refiere a hechos o situaciones pasadas, para cuya observación fue necesario un conocimiento especial (p. ej., el criminalista requerido lee un rastro que se borra rápidamente, difícil de reconocer para un observador no formado profesionalmente). Según el § 85, el testigo-perito está sujeto, conforme a los hechos, a las reglas que rigen para la prueba testimonial, dado que una persona con tales percepciones, en oposición a los peritos, es insustituible.

IV. Ejemplo delimitativo

El ejemplo siguiente torna comprensible los papeles procesales de testigo, testigo-perito y perito: un médico declara en el juicio oral: "El 31/12 por la noche, a las 22 hs., N, quien entretanto falleció, fue traído bañado en sangre a mi casa por dos personas; él contó que había sido atacado por A y que había sido golpeado en la cabeza con un palo; había reconocido a A con seguridad, particularmente por su voz. Luego N perdió el conocimiento. El examen demostró que la parte izquierda del cráneo estalló por un golpe; esa herida fue necesariamente mortal". Aquí, el médico es testigo en tanto informa sobre observaciones propias; en cuanto indica que la cubierta del cráneo estalló, es testigo-perito –pues esa observación la hizo debido a su conocimiento especial–; su aserción de que la lesión ha sido mortal es un dictamen pericial.

V. Importancia en el proceso penal

En el procedimiento penal moderno, en el que la aclaración científica de cuestiones que no son jurídicas juega un papel cada vez más importante, el perito ha alcanzado, con frecuencia, una posición dominante en la práctica (Arth. Kaufmann, 1985; Eisenberg, BewR, núm. marg. 1508) que, en particular en el ámbito del análisis diagnóstico y terapéutico del autor, difícilmente se puede conciliar con la concepción de la ley (detalladamente, con una discusión que continúa, *AK*-Schreiber, comentario previo al § 72, núms. margs. 8 y siguientes). Aquí la comprobación del hecho y de la autoría obedece a exigencias establecidas por reglas procesales formales y máximas de libertad propias del Estado de Derecho, a las cuales, según la naturaleza de las cosas, en modo alguno puede someterse un análisis científico de la personalidad y una determinación de las consecuencias jurídicas organizada en torno a ese análisis y orientada por principios terapéuticos (cf., al respecto, fundamentalmente Krauß, 1973; en cuanto a las propuestas referidas a ello, a favor de una reforma del papel del perito, Schreiber, 1985). También debido a esas dificultades se requiere, para el futuro, una cesura del juicio oral, cuya segunda parte brindaría a la actividad del perito el espacio conveniente, conforme a reglas procesales menos estrictas (Krauß, 1973; sobre la cesura del juicio oral *infra* § 42, G, II). Loos, H., *Kaufmann-GS*, 1986, 961, discute la cuestión acerca de si puede existir una restricción inadmisible de la defensa en el hecho de que, durante la investigación de los hechos en el juicio oral, el perito esté permanentemente presente, con el objeto de dictaminar sobre la capacidad de culpabilidad.

B. El nombramiento del perito y sus límites

I. Criterios para el nombramiento

El nombramiento del perito no es obligatorio, en general, para el juez (ni, dado el caso, para la fiscalía).

1. Cuando el juez posee el conocimiento suficiente puede decidir *incluso sin perito* (§ 244, IV). Sin embargo, si el tribunal sobreestima su propio conocimiento, la falta de nombramiento del perito puede constituir un motivo de casación, como infracción a la obligación de esclarecimiento judicial –§ 244, II– (jurisprudencia permanente, cf. BGHSt 2, 164; 3, 169). Si, p. ej., el acusado tiene el cerebro dañado, para dictaminar sobre su capacidad de culpabilidad se requiere, generalmente, de un perito (BGH StrV 88, 52); lo mismo rige ante una ejecución desacostumbrada del hecho, en el caso de que existan síntomas de anomalías, por tendencias impulsivas (BGH NStZ 89, 190) o un menoscabo de la capacidad de culpabilidad condicionado por la emoción (BGH NStZ 97, 296). Sobre la cuestión acerca de cuándo se debe recurrir a un perito para dictaminar sobre la credibilidad de un testigo, *infra* § 43, C, II, 2, a.

2. La ley dispone el *deber de nombrar* un perito únicamente en los siguientes casos:

a) en la internación del imputado en un sanatorio psiquiátrico para observar su estado de salud mental. No obstante, aquí sólo es necesario que el perito sea escuchado (§ 81);

b) si se cuenta con que será ordenada la internación en un sanatorio psiquiátrico, en un establecimiento de desintoxicación o la internación de seguridad (§§ 80a y 246a). Desde luego, esto rige especialmente para el procedimento de seguridad (§ 414). Para el dictamen sobre la capacidad de culpabilidad puede entrar en consideración un perito psiquiatra (sobre todo en caso de psicosis) o psicólogo, según las circunstancias del caso; no se debe admitir una preferencia general de la psiquiatría (discutido; con más detalles Maisch/Schorsch, 1983; Wolff, NStZ 83, 537);

c) en el reconocimiento de cadáveres y autopsia (§§ 87 y siguientes). Para la autopsia deben ser nombrados dos médicos; el reconocimiento del cadáver puede realizarse sin la participación de un médico cuando ello es manifiestamente superfluo para el esclarecimiento de los hechos. La orden de realizar una autopsia no atenta contra la dignidad humana del muerto, ni contra el derecho al duelo de los parientes del muerto, derivado del art. 2, I, GG (BVerfG NJW 94, 783); sin embargo, los parientes deben ser escuchados como legitimados para disponer del muerto, según el § 33, III, y pueden interponer recurso de queja contra la decisión que debe ser fundada de conformidad con el § 34 (BVerfG NStZ 94, 246);

d) si existe sospecha de envenenamiento (§ 91), así como

e) en caso de falsificación de dinero o de sellos (§ 92).

II. Elección de peritos

El *número* y la *lección* de los peritos lo determina, por lo general, el *juez* o bien el fiscal, quien debe acordar un plazo para la presentación del dictamen con el perito elegido (§§ 73, 161a, I, 2). En esa actividad, el juez no está sujeto a las propuestas de los otros intervinientes en el proceso. Sin embargo, el imputado, cuando el juez recusa al perito propuesto por él, puede hacerlo citar por sí mismo y obligar a que se le tome un interrogatorio a través de un requerimiento de prueba de conformidad con el § 245, II (sobre esto *infra* § 43, C, I, y, con mayores detalles, WIDMAIER, 1985). Si el dictamen aparece como insuficiente, el juez puede ordenar un *nuevo peritaje* por el mismo perito, por otro o por una autoridad especializada –p. ej., un colegio médico– (§ 83).

III. Obligaciones del perito

No existe *obligación general alguna para los peritos* análoga a la obligación general de los testigos. El nombramiento realizado por el juez o por el fiscal (§ 161a, I) debe ser cumplido en los cuatro casos del § 75. En cambio, la convocatoria realizada por los funcionarios auxiliares de la fiscalía (¡importante en el caso del § 81a!) no funda un deber procesal de obediencia; por ello, sólo tiene sentido cuando el perito en cuestión ya se ha manifestado sobre el peritaje en general o sobre el hecho concreto, o cuando él es funcionario de una corporación administrativa y, en consecuencia, debe cumplir con el auxilio judicial oficial –art. 35, GG– (cf. JESSNITZER/FRIELING, 10ª ed., 1992, núms. margs. 150 y siguiente).

IV. Exclusión y recusación

Sólo está *excluido* por la ley como perito (por motivos evidentes) el médico que había asistido al fallecido inmediatamente antes de su muerte (§ 87, II, 3). Por lo demás, la ley sólo prevé la *recusación* del perito en aplicación analógica de la regulación, vigente para el juez, de los §§ 22, nº 1 a 4 (¡en cambio, no el nº 5!), y 24 (§ 74); por tanto, los motivos legales de exclusión del § 22 son aquí únicamente supuestos de hecho de recusación. Si un funcionario de la Oficina Criminal Federal es nombrado como perito en una causa por delito contra la seguridad del Estado, el BGHSt 18, 214, considera infundado el temor de parcialidad (en sentido afirmativo KRAUSE, *Maurach-FS*, 1972, 549, 555; diferenciando DÄSTNER, MDR 79, 45); del mismo modo, debe poder actuar como perito un informante económico de la fiscalía cuando al fiscal que investiga no le corresponde ningún derecho de darle directivas (BGH StrV 86, 465; discutible). Por el contrario, existe un motivo de recusación cuando el perito ya había actuado como perito particular del damnificado (BGHSt 20, 245) o cuando pregunta de forma provocadora si el acusado quiere "viajar a un determinado parágrafo" (BGH MDR/H 77, 983). De modo distinto que en el caso del juez (§ 25), la recusación no está sujeta a un plazo, por tanto todavía es posible después de presentado el dictamen (así, expresamente, § 83, II).

Si un perito es recusado con éxito por parcialidad, de todos modos puede ser interrogado como testigo o como testigo-perito sobre los hechos de los que tomó conocimiento en el cumplimiento de su mandato. Únicamente sus conclusiones técnicas no pueden ser introducidas como declaración testimonial (BGHSt 20, 222; con mayores detalles FEZER, 1990; discutido).

C. La posición jurídica del perito

I. Durante la preparación del dictamen

El perito tiene *derechos específicos* durante la preparación de su dictamen: se le puede permitir examinar las actas, asistir al interrogatorio del imputado y de los testigos, y formularles preguntas en forma directa; por consiguiente, también se le puede permitir estar presente durante todo el juicio oral (§ 80). No obstante, debido a la posible influencia sobre el perito, el examen de las actas debe ser restringido a lo estrictamente necesario (cf. PETERS, 372). Por otra parte, si bien la ley guarda silencio al respecto, el perito también debe estar subordinado a las obligaciones derivadas de los §§ 136 y 136a (ver *supra* § 25, III, 5). La obligación de instruir al testigo se deriva de los §§ 81c, III, 2, 2, y 52, III (BGH StrV 88, 419). En su actividad, el perito está sujeto a la dirección del juez, o bien a la del fiscal (§§ 78 y 161a, I, 2).

II. Presentación del dictamen

Por lo demás, su posición jurídica está configurada de manera similar a la del testigo. Ante todo, con arreglo a la nueva regulación de la 1.StVRG, el perito tiene igualmente la obligación de comparecer ante la fiscalía y de presentar un dictamen (§ 161a, I, 1). Según el § 72, en principio, rigen análogamente para el perito los §§ 48-71; sin embargo, los §§ 73 y ss. contienen *diferencias* esenciales fundadas en el hecho de que, en contraposición con el testigo, el perito es sustituible.

1. Del mismo modo que el testigo, el perito tiene las tres *obligaciones* de comparecer, de declarar (esto es, de presentar el dictamen) y de prestar juramento. El hecho de que deba exponer su dictamen en el juicio oral se deriva del principio de oralidad.

2. De forma análoga a la regulación del testigo (§§ 52-54), el perito también tiene un *derecho de abstenerse de dictaminar* (§ 76, I, 1). Pero, más

allá de ello, también puede ser dispensado de la obligación de informar pericialmente por otros motivos (§ 76, I, 2).

3. De modo distinto al § 51, únicamente el perito obligado a informar pericialmente, está obligado también a comparecer. Si no se presenta, si se rehúsa a presentar el dictamen o a acordar un plazo o no cumple con el plazo convenido, en los dos primeros casos es condenado obligatoriamente al pago de una pena disciplinaria en dinero y en los dos últimos facultativamente –con una advertencia previa y la fijación de un nuevo plazo– (§ 77, a cuyo efecto en los dos primeros casos también debe reintegrar las costas). Las medidas coercitivas de la fiscalía contra el perito, como contra los testigos, están sujetas a control judicial (§ 161a, III).

4. Al contrario que en el caso de los testigos, la regla legal es que el perito no presta juramento (BGHSt 21, 227).

El tribunal puede ordenar *la prestación de juramento* según su apreciación; y a requerimiento de los intervinientes en el procedimiento está, incluso, obligado a hacerlo (§ 79).

El juramento del perito es distinto que el juramento del testigo: parte de la afirmación de que el perito ha expedido el informe imparcialmente y según su leal saber y entender (§ 79, II); por lo tanto, no abarca la declaración sobre la persona (discutido).

5. Del mismo modo que el testigo, también el perito tiene derecho a una *compensación* de conformidad con los §§ 3 y ss. de la Ley de compensación para testigos y peritos –ZSEG; SCHÖNFELDER 116– (§ 84).

D. El valor probatorio del dictamen

Para la apreciación de los hechos informados por el perito, en los que se basa su dictamen –los llamados *hechos vinculados*– se debe diferenciar dos grupos:

1. los *hallazgos*, esto es, "aquellos que el perito puede descubrir únicamente debido a su conocimiento profesional", y

2. los denominados *hechos adicionales*, es decir, "aquellos que también el tribunal podría constatar con los medios de conocimiento y de prueba que están a su disposición", por consiguiente, se trata de las circunstancias reales en las que ocurrieron los hechos, sobre las que el perito tomó conocimiento, fuera del juicio oral, a través de personas informadas, pero no expertas[1].

Según esta jurisprudencia, el tribunal sólo puede tomar por base de la formación de su sentencia, sin más recepción de prueba, a los hallazgos. También forman parte de los hallazgos las observaciones que el perito ha

[1] BGHSt 18, 107, en relación con BGHSt 9, 292; 13, 1, 250; sobre la delimitación: BGH NStZ 85, 182; crítico sobre la posibilidad de delimitar entre hallazgos y hechos adicionales v. HIPPEL, 1974, y FINCKE, 1974.

hecho ya en una actividad pericial anterior (BGH NStZ 95, 44). Por el contrario, los hechos adicionales únicamente pueden ser introducidos a través de la declaración de la persona que informó al perito o por la propia declaración de éste último *como testigo* en el juicio oral (BGH NStZ 82, 256; 93, 245); dado el caso, también se debe llevar a cabo una prestación independiente de juramento del testigo (BGH NStZ 86, 323; StrV 93, 169). En el papel de perito, y con ello, como mero órgano de información del tribunal (BGHSt 9, 292), el perito no es, como tal, un medio de prueba admisible. Sin embargo, también está excluida su declaración testimonial cuando la persona que brindó la información hace uso del derecho de abstenerse de declarar testimonialmente y el tribunal no está convencido ya, de otro modo, del hecho a probar (BGHSt 18, 109; BGH StrV 84, 453).

§ 28. Los medios de prueba materiales

Los medios de prueba materiales son los objetos sometidos a la inspección ocular y los documentos.

A. Inspección ocular

Bibliografía: *Robert*, Der Augenschein im Strafprozeß, Zürich, 1974; *Wenskat*, Der richterl. Augenschein im deutschen Strafprozeß, 1988; *Rogall*, Der Augenscheinsgehilfe im Strafprozeß, Meyer-GS, 1990, 391.

1. A la prueba de inspección ocular están sujetas todas las cosas, pero también las personas con vida y los cadáveres, en cuanto ellos pueden influir sobre el convencimiento del juez a través de su *existencia, situación o naturaleza*; pero, más allá de ello, también pueden ser objeto de la inspección ocular los *acontecimientos* como, p. ej., la congestión de tránsito en un cruce determinado. La realización de una inspección ocular puede tener lugar a través de *todos los sentidos*: a través de la vista (observación del lugar del hecho, de la situación del cadáver, de las heridas y manchas de sangre, huellas digitales, rastros de pisadas), por medio del oído (alboroto de un aparato musical), a través del olfato (alimentos en mal estado, estiércol apilado al aire libre), por el tacto (el filo del cuchillo).

2. La inspección ocular puede ser realizada en *todos los estadios* del procedimiento. Sin embargo, no hay necesidad de que el tribunal que conoce en la causa lleve a cabo una inspección ocular cuando existe un acta sobre la realización de la inspección ocular por un juez –¡no sólo por la policía!–. En ese caso, en lugar de realizar la inspección ocular, el tribunal mismo puede dar lectura al acta (§ 249, I, 2). El profundo quebrantamiento del principio de inmediación, vigente en el juicio oral, que allí reside (sobre esto, *infra* § 44) se debe, primero, a que tratándose de la prueba de inspección ocular el peligro de su pérdida es muy grande y, luego, a que la

inspección del lugar del hecho que se encuentra muy alejado sería, durante el juicio oral, con frecuencia, muy complicada y demasiado costosa para los intervinientes en el proceso. El legislador ha intentado compensar este quebrantamiento del principio de inmediación a través de una configuración generosa del derecho a presenciar la realización de inspecciones oculares fuera del juicio oral (§§ 168d y 225).

Las actas sobre la realización de inspecciones oculares llevadas a cabo por un juez fuera del juicio oral deben cumplir con los requisitos del § 86, en tanto que el registro de la realización de una inspección ocular durante el juicio oral tiene que atenerse al § 273. De acuerdo con ello, en el acta del juicio oral, en contraposición con el acta de la inspección ocular fuera del juicio oral, no debe constar necesariamente el resultado de la realización de la inspección ocular (la "existencia de la cosa hallada").

B. Documentos

Bibliografía: *Groth,* Der Urkundenbeweis im Strafprozeß, 1937; *Krause,* Zum Urkundenbeweis im Strafprozeß, 1966; *Paulus,* Rechtsdogmat. Bemerkungen zum Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung des Strafverf., JuS 88, 873; *Franke,* Die Auswertung von Geschäftsunterlagen im Wirtschaftsstrafverf. mit Hilfe der EDV, tesis doctoral, Witten/Herdecke, 1991.

1. Los documentos son *instrumentos escritos* de cualquier clase que tienen un *contenido ideológico*, en otras palabras, manifestaciones representadas por caracteres, no importa sobre qué sustrato material. Por consiguiente, el concepto procesal de documento es en parte más restringido, en parte más amplio, que el concepto del Derecho material del § 267, StGB. Es más restringido en tanto los signos de prueba (es decir, las manifestaciones del pensamiento no representadas por caracteres escritos), cuya falsificación es subsumida por la doctrina dominante bajo el § 267, StGB, no son documentos en sentido procesal penal. Pero es más amplio en tanto la posibilidad de reconocer al otorgante no es condición de la calidad de documento, como en el Derecho material: también una carta anónima puede ser leída como documento. Dado que todo instrumento que sirve como medio de prueba representa un "documento" procesal, la formulación del § 249, I ("documentos y otros instrumentos que sirven como medio de prueba") es tautológica; de forma más precisa el § 273, I, se refiere únicamente a los "instrumentos leídos" (= documentos).

Se diferencia distintas clases de documentos, sin que a esa diferenciación le corresponda un significado práctico especial.

Los *documentos que exteriorizan intención* contienen manifestaciones que, desde un principio, son terminantes para la prueba (p. ej., un pagaré);

los *documentos casuales* son de importancia sólo en el transcurso de un proceso (p. ej., una carta de amor para un adulterio);

los *documentos constitutivos* son aquellos que por su contenido ideológico mismo realizan directamente un tipo penal (p. ej., una carta difamante), en tanto que a través de

los *documentos informativos* se comunica una prueba importante de un hecho punible (p. ej., una confesión en una carta).

2. Se debe distinguir entre prueba documental y prueba de inspección ocular. El documento influye en la formación del convencimiento del juez a través de su *contenido ideológico*. En cambio, si, p. ej., se trata de comprobar si en un documento se ha borrado algo, estamos ante una prueba de inspección ocular y no ante una prueba documental.

3. Los documentos son introducidos en el juicio oral a través de su lectura (§ 249, I). Sin embargo, la lectura puede no llevarse a cabo (excepto en los casos de los §§ 253 y 254) cuando los jueces y los escabinos han tomado conocimiento del texto y los demás intervinientes tuvieron la oportunidad de hacerlo (§ 249, II, 1). Este quebrantamiento de los principios de oralidad y de inmediación (sobre esto *infra* § 44, B, I) pretende contribuir al aceleramiento del proceso. A partir de la nueva versión del § 249, II, introducida por la StVÄG 1987, ya no es necesaria la renuncia a la lectura por parte de los intervinientes en el proceso; no obstante, la fiscalía, el acusado y el defensor pueden interponer una objeción (inmediatamente) contra la disposición del presidente del tribunal de prescindir de la lectura, y así provocar la decisión del tribunal (§ 249, II, 2).

4. La prueba documental no es admisible ilimitadamente; las restricciones se encuentran en los §§ 250 y ss. (sobre esto *infra* § 44, B, I, 2).

C. La calidad probatoria de las grabaciones en bandas magnetofónicas

Bibliografía: *Eb. Schmidt,* Die Verwendbarkeit von Tonb.aufn. im Strafprozeß, Jellinek-GS, 1955, 630; *Kohlhaas,* Tonb.aufn. im Strafprozeß, DRiZ 55, 80; *Eb. Schmidt,* Zulässigkeit und Verwendbarkeit von Tonb.aufn. im Strafverf., JZ 56, 206; *Henkel,* Die Zulässigkeit und die Verwendbarkeit von Tonb.aufn. bei der Wahrheitserforschung im Strafverf., JZ 57, 148; *idem,* en: Tonb.aufn., Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat, 1957, 45; *Kohlhaas,* Die Tonb.aufn. als Beweismittel im Strafprozeß, NJW 57, 81; *Siegert,* Die Grenzen rechtmäßiger Tonb.aufn. im Strafprozeß, DRiZ 57, 101; *idem,* GA 57, 265; *Roggemann,* Das Tonb. im Verf.recht, 1962; *Eb . Schmidt,* Der Stand der Rspr. zur Frage der Verwendbarkeit von Tonb.aufn. im Strafprozeß, JZ 64, 537; *Krause,* Zum Urkundenbeweis im Strafprozeß, 1966, 120 ff.; *Rud. Schmitt,* Tonb. im Strafprozeß, JuS 67, 19; *Mönkehaus,* Das Tonb. im Strafverf. usw., tesis doctoral, Basel, 1970.

La cuestión acerca de si las *grabaciones en bandas magnetofónicas* están sujetas a las reglas de la prueba de la inspección ocular o a las de la prueba documental (§§ 249 y ss.) presenta dificultades particulares. Sin embargo, la banda magnetofónica no es considerada en ninguna parte directamente como documento, debido a la falta de la posibilidad de que sea escrita y leída (cf. § 249); pero algunos autores (KOHLHAAS, SIEGERT y RUD. SCHMITT) pretenden recurrir a los §§ 249 y ss., a través de la analogía. No obstante, merece aprobación la opinión contraria, atribuida a EB. SCHMIDT y dominante en la jurisprudencia (BGHSt 14, 341; 27, 135) y en la doctrina (informaciones en KRAUSE, 1966, 124, nota al pie 93), que considera a la grabación en banda magnetofónica como objeto de la inspección ocular. Pues para la analogía con la prueba documental falta la equivalencia necesaria del objeto de la regulación: la palabra pronunciada con rapidez es cualitativamente distinta a la manifestación escrita meditada; ante to-

do, su fijación en una cinta magnetofónica está mucho menos asegurada contra falsificaciones que un documento, debido a la posibilidad discrecional de regrabación. Sin embargo, si se considera a las bandas magnetofónicas como meros objetos de inspección ocular, quedan eliminadas por completo –¡con razón!– como medios de prueba para declaraciones procesales hechas frente al tribunal; pues para la comunicación de contenidos del pensamiento de esta clase la StPO prevé exclusivamente la declaración oral ante el tribunal (ya sea por testigos, peritos u otros intervinientes en el procedimiento) y la lectura de documentos, de conformidad con los §§ 251 y siguientes. En ese caso, la reproducción de bandas magnetofónicas para la realización de una "inspección ocular" sólo puede entrar todavía en consideración cuando manifestaciones realizadas fuera del proceso (p. ej., la llamada extorsiva del secuestrador de un niño) han sido grabadas de modo legítimo (cf. *supra* § 24, D, IV, 2) en una banda magnetofónica con fines probatorios o cuando no deben ser probados contenidos ideológicos sino otras circunstancias (p. ej., el hecho de que alguien dominaba el idioma alemán, cf. BGHSt 14, 340). De todos modos, para ayudar a la memoria de una persona que es medio de prueba, se puede recurrir a grabaciones en bandas magnetofónicas, en el marco de la –de su parte, por supuesto, discutida– práctica cautelosa de la jurisprudencia (cf. *infra* § 44, B, I, 3). Se debe rechazar por completo la opinión según la cual el contenido de una grabación semejante se convierte en parte constitutiva de una declaración testimonial por medio de la ratificación (así, empero, BGHSt 14, 341). Según el BGHSt 27, 135, las actas de los funcionarios de la persecución penal tomadas de las grabaciones en bandas magnetofónicas, en caso de intervención telefónica, deben estar sujetas a la prueba documental (§ 100a; cf. *infra* § 34, C, IV, 3).

Sin embargo, la cuestión de la valorabilidad de grabaciones en bandas magnetofónicas está vivamente discutida; cf., en particular, la bibliografía citada. Cf. además *supra* § 24, D, IV, 2, VI (sobre la valoración de grabaciones secretas) e *infra* § 49, VI (sobre la admisibilidad de la protocolización de bandas magnetofónicas).

Capítulo 6
Medidas coercitivas e injerencias en los derechos fundamentales

§ 29. Fundamentos

Bibliografía: *Dälin*, Zwangsmittel und Rechtsbehelfe im Ermittlungsverf., JA 81, 7; *Schroeder*, Eine funktionelle Analyse der strafproz. Zwangsmittel, JZ 85, 1028; *Amelung*, Probleme der Einwilligung in strafproz. Grundrechtsbeeinträchtigungen, StrV 85, 257; *Degener*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafproz. Zwangsmaßnahmen, 1985; *Amelung*, Zur dogmatischen Einordnung strafproz. Grundrechtseingriffe, JZ 87, 737; *Malek/Rüping*, Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverf.: Verteidigerstrategien, 1991; *Wolter*, Allg. Überblick über Ermittlungsmaßnahmen und Verf.sicherung, en: Eser/Kaiser/Weigend (comps.), 4. deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1991, 89; *Güniker*, Prozessuale Überholung und materielle Beschwer, 1995; *Hilger*, Über verfassungs- und verf.rechtl. Probleme bei gesetzl. Regelungen grundrechtsrelevanter strafproz. Ermittlungsmaßnahmen, Salger-FS, 1995, 319; *Köhler*, Prozeßverhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 107 (1995), 10; *Velten*, Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung, 1995; *Wolter*, Datenschutz und Straßprozeß, ZStW 107 (1995), 793; *Mertens*, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe und Bindung an den Wortsinn der ermächtigenden Norm, 1996; *Rinne*, Strafprozessuale Bezüge in der Rspr. des BGH zum Amthaftungsrecht, Odersky-FS, 1996, 481; *Roxin*, Zur richterlichen Kontrolle von Durchsuchungen und Beschlagnahmen, StrV 97, 654.

A. Para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual* y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal. Al aseguramiento del *proceso de conocimiento* sirven, p. ej., la presencia forzosa del acusado en el juicio oral a través de la detención provisional o por medio de la ejecución forzosa de una orden de prisión y la quizá necesaria conducción coactiva de un testigo contumaz a su interrogatorio o el secuestro de medios de prueba materiales, p. ej., de los libros de comercio de un comerciante. Para el aseguramiento de la *ejecución penal* sirven, p. ej., la detención del condenado que se encuentra en libertad y que no ha obedecido la citación para la iniciación de la pena (§ 457, II y III), o el uso de armas en el intento de fuga de un preso o el secuestro de objetos que están sujetos al comiso, p. ej., del fusil de un cazador furtivo.

Para una clasificación diferenciadora de los medios de coerción según su función procesal (según la cual un medio de coerción tiene, con frecuencia, distintas funciones) se puede distinguir seis fines distintos (SCHROEDER, 1985): investigación, aseguramiento de las pruebas, comprobación de los presupuestos procesales, aseguramiento de la posibilidad de realización del procedimiento, aseguramiento de la ejecución de la sentencia y prevención de hechos punibles.

B. Medidas coercitivas como injerencias en los derechos fundamentales

Las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión en un derecho fundamental. En particular, existen:

1. injerencias en la *libertad* individual, en especial, orden de conducción coactiva, detención, prisión preventiva, encarcelamiento para la realización del juicio oral, internación en un hospital psiquiátrico para examinar el estado de salud mental, registro de la persona, realización de radiografías, y también la privación provisional del permiso para conducir;

2. injerencias en la *integridad corporal* (extracción de pruebas de sangre, encefalograma);

3. injerencias en la *propiedad*: el aseguramiento judicial de objetos, en especial, el secuestro;

4. injerencias en la *inviolabilidad del domicilio*: registro de lugares (registro domiciliario); vigilancia acústica (espionaje acústico);

5. injerencias en el *secreto postal, epistolar y de las comunicaciones a distancia*;

6. injerencias en el derecho fundamental de la *libertad de ejercer la profesión* (prohibición provisional de practicar la profesión);

7. injerencias en el *derecho a la autodeterminación informativa* (búsqueda en redes, bases de datos, comparación de datos, empleo de medios técnicos, empleo del agente encubierto; sobre estos nuevos métodos de pesquisa cf. *supra* § 10, B, II, 1).

8. Intervenciones procesales penales en *servicios de video de multimedios*. Las injerencias posibles y admisibles aquí, para las que es de especial importancia la Ley de telecomunicaciones del 25/7/1996, son expuestas sintéticamente por EISENBERG/NISCHAN, JZ 97, 74.

En el marco de la lucha contra la criminalidad organizada, de una idea reforzada hacia la seguridad en el Derecho penal y de métodos de pesquisa que intervienen cada vez más enérgicamente en los derechos fundamentales (¡gran espionaje acústico!), la protección de la persona del imputado amenaza salir perdiendo en el Derecho procesal penal moderno. En cambio WOLTER, 1995, desarrolla el concepto de un Derecho procesal penal liberal, que procede de los derechos individuales, en atención a los intereses de seguridad y previsión de la información; al mismo tiempo, esboza una dogmática y una sistematización de la protección de datos acorde al Derecho constitucional.

C. La competencia para intervenir

Conforme a la StPO son competentes para intervenir en la esfera jurídica del individuo –por orden de importancia– el juez, el fiscal, el funcionario auxiliar de la fiscalía, todo oficial de policía y todo ciudadano.

1. Así, la competencia para la intervención está depositada, en principio, en manos del *juez* independiente –con arreglo al carácter acorde al Estado de Derecho de la StPO– (cf., p. ej., los §§ 98, 100, 105, 111, 111a, 111e, 111n, 114 y 163d). Para las privaciones de libertad (p. ej., prisión preventiva) esto se deriva del art. 104, II, 2, GG, según el cual sobre la admisibilidad de una privación de la libertad decide, "únicamente", el juez (ver § 114).

2. La *fiscalía*, o bien sus *funcionarios auxiliares*, están autorizados a intervenir en la esfera jurídica del ciudadano, en principio, sólo en caso de peligro inminente en la demora (cf., p. ej., §§ 81a, 81c, 98, 100, 105, 111, 111e, 127, II y 163d). El § 127b, I, representa un caso especial en el que no es necesario el peligro inminente en la demora.

Sin embargo, la ley concede, parcialmente, determinados derechos sólo a la fiscalía, y no a sus funcionarios auxiliares (p. ej., §§ 100 y 111n).

3. Conforme a la StPO, los *funcionarios policiales* que no son funcionarios auxiliares de la fiscalía pueden intervenir en la esfera de libertad del ciudadano bajo los requisitos de los §§ 127, II, 127b, I, 81b y 163b.

4. Finalmente, *toda persona* tiene el derecho de aprehender provisionalmente de conformidad con el § 127, I.

5. La cuestión de si las afectaciones procesales a los derechos fundamentales (p. ej., un registro domiciliario sin orden de allanamiento o una internación en virtud del § 81 sin orden judicial) pueden ser justificadas por el *consentimiento del afectado* se debe analizar diferenciando si la disposición en cuya lesión se consiente sirve sólo al interés del afectado o también a los intereses de la comunidad o de un tercero. Con mayores detalles sobre esto y sobre la decisión voluntaria de tales consentimientos, AMELUNG, 1985.

D. Protección jurídica contra injerencias del proceso penal en los derechos fundamentales

Bibliografía: *Kalsbach*, Die gerichtl. Nachprüfung von Maßnahmen der StA im Strafverf., 1967; *Haffke*, Zum Rechtsschutz bei bevorstehender richterl. Durchsicht beschlagnahmefreier Papiere, NJW 74, 1983; *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafproz. Grundr.eingr., 1976; *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, 1976, 10; *Schenke*, Rechtsschutz bei strafproz. Eingriffen von StA und Polizei, NJW 76, 1816; *Amelung*, Probleme des Rechtsschutzes gegen strafproz. Grundr.eingr., NJW 79, 1687; *Wendisch*, Anfechtung von Beschlüssen, die Verhaftungen oder die Einstweilige Unterbringung betreffen, Dünnebier-FS, 1982, 239; *Dörr*, Rechtsschutz gegen vollzogene Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Strafermittlungsverf., NJW 84, 2258; *Bottke*, Rechtsbehelfe der Verteidigung im Ermittlungsverf., StrV 86, 120; *Benfer*, Grundr.eingr. im Ermittlungsverf., 2ª ed., 1990; *Jorzik/Kunze*, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Ermittlungsbehörden, Jura 90, 294; *Amelung*, Strafrechtl. Grundr.schutz gegen die Polizei, ZRP 91, 143; *Feiter*, Die Bedeutung des Rechtsschutzes nach §§ 23 ff. EGGVG für den Bereich der Strafrechtspflege, 1992; *Köster*, Der Rechtsschutz gegen die vom Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten strafproz. Grundr.eingr., 1992; *Wohlers*, Das berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten strafproz. Zwangsmitteleinsatzes, GA 92, 214; *Heneka*, Rechtsschutz gegen polizeil. Ermittlungstätigkeit usw., tesis doctoral, Mannheim, 1993; *Bachmann*, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundr.eingr. im strafrechtl. Ermittlungsverf., 1994; *Riess*, Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens?, Geerds-FS, 1995, 501; *Hertich*, Die gerichtliche Überprüfung von doppelfunktionalen Hoheitsakten der Polizei in Bayern, 1996; *Lin*, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1998.

La protección jurídica contra injerencias procesales penales en los derechos fundamentales, inminentes o duraderas (I), está regulada de manera distinta para el juez, la fiscalía y la policía. Mas allá de ello, suscita cuestiones problemáticas singulares la protección jurídica frente a injerencias que ya fueron llevadas a cabo (II).

I. Medidas coercitivas inminentes o duraderas

1. Contra las injerencias en los derechos fundamentales ordenadas por un *juez* está previsto, por regla general, el recurso de queja (§§ 304 y ss.; ver *infra* § 54). La queja está excluida en los casos de los §§ 161a, III, 4, 163a, III, 3, y 305 (sobre esto *infra* § 54, B, II, 2) y, además, en el caso del requerimiento simultáneo del examen de la detención en el § 117, II, 1 (cf. *infra* § 30, G, II).

2. En caso de injerencias en los derechos fundamentales por parte de la *fiscalía*, el art. 19, IV, GG, exige una protección jurídica amplia. La StPO prevé en forma expresa, en los §§ 98, II, 2; 111e, II, 3; 128; 161a, III y 163a, III, la posibilidad de examen judicial por el juez municipal, o bien por el LG o por el tribunal que se ocupa de la causa. Más allá de ello, la opinión dominante aplica analógicamente el § 98, II, 2, en todos los supuestos en que la fiscalía está autorizada a actuar en lugar del juez competente en caso de peligro inminente en la demora; así, p. ej., en los §§ 81a, 81c, 100, 100b y 105 (cf. AMELUNG, 1976, 31 y ss., con mayor información; discrepa GENZEL, NJW 69, 1565). La cuestión de si el § 98, II, 2, también es aplicable analógicamente al caso de las medidas coercitivas que la fiscalía y la policía adoptan en virtud de su competencia originaria (por lo tanto, no sólo subsidiariamente, en caso de peligro inminente en la demora –cf., p. ej., §§ 81b, 1ª alt., 131, 163b, 164 y 457–) es discutida de manera sumamente controvertida en la literatura, mientras que en la jurisprudencia del OLG la cuestión parece haberse decidido a favor de una aplicación analógica del § 98, II, 2 (cf. únicamente Stuttgart StrV 88, 424; Oldenburg NStZ 90, 504, con comentario de KATHOLNIGG; GA 91, 225; Braunschweig NStZ 91, 551). En efecto, también en esos casos las mejores razones están a favor de recurrir analógicamente al § 98, II, 2. Las objeciones expresadas en la literatura, que, en cambio, favorecen la aplicación de los §§ 23 y ss., EGGVG –porque, en el ámbito de la competencia originaria, se carece, precisamente, del "control preventivo judicial previsto específicamente", para posibilitar una aplicación analógica– (cf. *AK*-ACHENBACH, § 163, núm. marg. 36, con mayores detalles), no resultan convincentes en vista de la concepción jurídica general contenida en el § 98, II, 2, y de la cláusula de subsidiariedad del § 23, II. EGGVG[1].

[1] Como aquí también *KMR*-PAULUS, § 81b, núm. marg. 22, y *LR*-DAHS, 24ª ed., § 81b, núm. marg. 23, en cada caso con más información; a favor de una posible coexistencia de ambos preceptos, FEITER, 1992, 79.

Contra la iniciación y continuación de un procedimiento de investigación están absolutamente excluidos los recursos (también según los §§ 23 y ss., EGGVG) porque, de ese modo, el imputado no está afectado en sus derechos (cf. Karlsruhe NStZ 82, 434, con reseña de RIEß); en especial, nadie puede exigir el sobreseimiento del procedimiento de investigación con el fundamento de que otros que cometieron hechos análogos (p. ej., en la Hafenstraße de Hamburgo) no fueron perseguidos (Hamburg NStZ 88, 467; cf. BVerfGE 21, 245 [261]). El sistema de examen y control de la StPO contiene una regulación completa que satisface la garantía de tutela jurídica del art. 19, IV, GG, y que resulta aplicable frente a la cláusula de subsidiariedad prevista en el § 23, III, EGGVG (RIEß, 1995). Tampoco está sujeta a examen judicial la tramitación con retrasos del procedimiento de investigación (Hamm NStZ 83, 38). Asimismo, según el § 23, EGGVG, un testigo no puede impugnar las afirmaciones sobre los hechos referidas a él contenidas en la acusación y que considera inexactas (Karlsruhe NStZ 94, 142). Además, de conformidad con los §§ 23 y ss., EGGVG, no se puede exigir que se dé a conocer los motivos de sospecha en los que se basan las investigaciones, dado que el rechazo de tal pretensión no es un acto de la administración de justicia, sino un acto procesal en el procedimiento de investigación (cf. BVerfG NStZ 84, 228, donde se rechaza la existencia de reparos constitucionales en contra de esta afirmación). Por otra parte, tampoco está sujeta a impugnación la negación del consentimiento de la fiscalía para el sobreseimiento según los §§ 153 y ss. (Hamm NStZ 86, 472). Tampoco atenta contra el art. 19, IV, GG, el hecho de que, en principio, no exista protección jurídica alguna contra las medidas adoptadas por la fiscalía durante el procedimiento de investigación (BVerfG NStZ 84, 228) y que la negación del examen de los autos no pueda ser atacada (BVerfG NStZ 85, 228; con mayores detalles *supra* § 19, E, IV). Un proceso de responsabilidad funcional por la iniciación injustificada de un procedimiento de investigación sólo es eficaz cuando esa iniciación "no es comprensible en absoluto"; no puede ser examinada por su exactitud, sino sólo por su justificabilidad (BGH NStZ 88, 510). Contra las notificaciones a la prensa por parte de la fiscalía sobre el resultado de un procedimiento de investigación (p. ej., en caso de un requerimiento de retractación) está prevista la vía contencioso-administrativa –no lo está la vía legal ordinaria según el § 23, EGGVG– (BVerwG NStZ 88, 513, con comentario en contra de WASMUTH, NStZ 90, 138; de otra opinión también BEULKE, núm. marg. 328).

3. La protección jurídica contra las medidas de persecución *procesales penales* de la *policía* no debe realizarse, según la práctica judicial de los tribunales administrativos y de la literatura del derecho administrativo, a través de los §§ 40 y ss., VwGO, sino a través de los §§ 23 y ss., EGGVG[2].

[2] Sobre la opinión en esto dominante cf. BVerwGE 47, 255, con comentario de AMELUNG, JZ 75, 526, y SCHENKE, NJW 75, 1529; diferenciando, GÖTZ, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, 1995, núm. marg. 565; absolutamente en contra, MARKWORTH, DVBl. 75, 575.

Sin embargo, a propósito del § 23, III, EGGVG, se debe tener presente que él sólo debería regir en los casos en los que no corresponde ninguna de las vías legales especiales del proceso penal discutidas *supra*, apartado 2, que, en gran parte, también rigen para la policía. Sólo de ese modo el ciudadano, que no puede saber si la policía actuó de forma independiente o por orden de la fiscalía, puede alcanzar la uniformidad de la vía legal contra la fiscalía y la policía (discutido; ver *AK*-ACHENBACH, § 163, núm. marg. 35, con mayores informaciones). No obstante, si la policía actúa con el fin de *evitar peligros*, la protección jurídica se atiene a los §§ 40 y ss., VwGO (BVerwGE 11, 181; 26, 169; 47, 264).

Sobre la protección jurídica contra las medidas del § 81b ver *infra* § 33, A, III, b.

4. La jurisprudencia de los OLG ha restringido de forma considerable la protección jurídica contra lo expuesto *supra*, al haber valorado medidas de la policía *en* el procedimiento penal como *actos procesales* y, así, las exceptuó de la impugnabilidad (Karlsruhe NJW 76, 1417, con mayores informaciones, que incluso considera irrevisable una extracción de sangre). Empero, prescindiendo de la extensión demasiado amplia del concepto de acto procesal (*supra* § 22, A, I), esta comprensión no satisface el mandato constitucional de protección jurídica efectiva contra toda injerencia en los derechos fundamentales –art. 19, IV, GG– (AMELUNG, 1976, 26; SCHENKE, NJW 76, 1818; cf. también *KI/M*, § 23, EGGVG, núm. marg. 10, quien destaca el "carácter de injerencia" de la medida).

II. Medidas coercitivas ya realizadas

Es problemática y discutida la cuestión de la protección jurídica contra las medidas coercitivas procesales penales *que ya fueron llevadas a cabo* (cf. sobre todo esto FEITER, 1992, 118 y ss., así como sobre la orden de secuestro ejecutada FEZER, 7/89-97).

1. Dado que la StPO, conforme a su tenor literal, confiere exclusivamente una protección jurídica preventiva, con sus remedios jurídicos especiales, la jurisprudencia ha negado hasta ahora la admisibilidad de un recurso de queja contra medidas coercitivas ya ejecutadas en virtud de una orden *judicial* (BGHSt 28, 57, 160; BVerfGE 49, 329).

El BVerfG (StrV 97, 393, con reseña de AMELUNG, JR 97, 384; ESSKANDARI, *StraFo* 97, 289; ROXIN, StrV 97, 654; cf. también BVerfG StrV 97, 505) ha quebrado esta jurisprudencia para el caso de registro. La idea principal de la decisión reside en que el derecho a la queja quedaría, en gran parte, sin contenido si no pudiera ser hecho valer también frente a autos de registro ya ejecutados, porque en el momento de la eventual interposición de la queja y, tanto más, de la decisión sobre la queja, en general, el registro ya está concluido hace tiempo. Sin embargo, la jurisprudencia anterior creía suficientemente salvaguardado el principio de la protección jurídica judicial, contenido en el art. 19, IV, GG, a través del control preventivo conforme al § 105, I, StPO. Aquí irrumpe el BVerfG, según el cual: el art. 19, IV, GG, no exige "por cierto, una instancia... Pero el derecho procesal abre otra instancia, así el art. 19, IV, GG, asegura al ciudadano, en este marco, la efectividad de la protección jurídica en el sentido de un derecho a un control judicial eficaz... Por ello, el tribunal del recurso no puede restar efectividad a un recurso conferido por el respectivo ordenamiento jurídico...". Si bien este fundamento tampoco parece forzosó (cf. ROXIN, StrV 97, 655; AMELUNG, JR 97, 385), es, en definitiva, correcto si el BVerfG refuerza la tutela jurídica contra medidas de coerción ya ejecutadas, porque el control judicial preventivo conforme al § 105, I, StPO, no representa, por sí solo, examen alguno de la actuación del poder público que satisfaga al art. 19, IV, GG. El juez de la investigación ha decidido generalmente en virtud de un conocimiento muy incompleto, proporcionado a él sólo por las autoridades de la persecución penal, sin oír al imputado (§ 33, IV, StPO). Una autorización judicial de injerencia que se lleva a cabo sin concesión de la oportunidad de ser oído, conforme a la ley (art. 103, I, GG), no ofrece aún tutela jurídica judicial alguna perfectamente válida y, por ello, el control preventivo debe poder ser completado también después de la ejecución del registro, a través de una decisión de un tribunal que entienda en el recurso de queja[3].

2. En lo que se refiere a medidas coercitivas de la fiscalía que ya fueron llevadas a cabo, el BGHSt 28, 206, establece la siguiente diferenciación: en virtud del efecto del art. 19, IV, GG, la *adecuación jurídica de la disposición* de una medida de investigación ya ejecutada, puede ser examinada por el juez de la investigación análogamente, conforme al § 98, II, 2, "cuando, debido a las graves consecuencias de una injerencia o a causa del peligro de repetición, existe la necesidad efectiva" de hacerlo. Sin embargo, resta esperar si esa limitación se mantendrá después de la decisión del BVerfG. En principio, contra todos los actos de coerción ya cumplidos, contra cuya disposición existe un remedio jurídico procesal penal (cf. *supra* I), se debería admitir, en general, que se acuda al tribunal originariamente competente, también para la comprobación de su antijuridicidad.

De ello se debe diferenciar el control del *modo* de *realizar* una medida de investigación. Aquí debe cambiar la competencia según su cumplimiento, de tal manera que, p. ej., un registro domiciliario pueda ser impugnado hasta su finalización conforme al § 98, II, 2 (aplicación analógica) ante el juez de la investigación y, posteriormente, de acuerdo con el § 28, I, 4, EGGVG, ante el OLG[4].

3. Para las medidas de persecución procesales penales de la *policía* rige, según la opinión dominante (*supra* II, 1), lo mismo que para la fiscalía (p. ej., cf. también KG NStZ 86, 135, sobre un arresto provisional ilegal según el § 127, II).

[3] Queda por ver qué consecuencias traerá la decisión del BVerfG para otras medidas coercitivas; para el caso de secuestro cf. LG Neuruppin NStZ 97, 563, con reseña de ROXIN, StrV 97, 654.

[4] BGHSt 28, 206, 208; 37, 79, 82; muy discutido, ver solamente AMELUNG, NJW 79, 1687; *AK*-ACHENBACH, § 163, núm. marg. 38c, con mayores informaciones; BEULKE, núm. marg. 326.

III. Necesidad de reforma

Estas reglas son, en total, altamente complicadas y, en cuanto a su efecto de protección, quedan rezagadas detrás del Derecho procesal administrativo. Ello rige, especialmente, para la protección jurídica frente a la fiscalía y a la policía. Por ello, es de desear que la protección jurídica frente a sus medidas se transfiera al juez municipal en una regulación unificada y que la estructuración se adapte, en cuanto sea posible, a la situación del Derecho procesal administrativo (sobre esto AMELUNG, 1976, 65 y ss. y JZ 75, 528).

Sobre la indemnización por medidas de coerción procesales penales ilegales, cf. *infra* § 58.

§ 30. La prisión preventiva

Bibliografía: *Lobe/Alsberg,* Die U-Haft, 1927; *Hartung,* Das Recht der U-Haft, 1927; *Baumann,* Neue Haftgründe, JZ 62, 649, 689; *Eb. Schmidt,* Die oberlandesgerichtl. Kontrolle der Dauer der U-Haft, NJW 68, 2209; *Baumann,* Wird die U-Haft umfunktioniert?, JZ 69, 134; *Veit,* Die Rechtsstellung des U-Gef. usw., 1971; *Jescheck/Krümpelmann* (comps.), Die U-Haft im dt. und europ. Recht, 1971; *Grunau,* Kommentar zur UVollzO, 2ª ed., 1972; *Gnam,* Die Wiederholungsgefahr als Grund für die Anordnung von U-Haft, 1972; *Rosenthal,* § 121 - Die Verkürzung der Dauer der U-Haft durch Beschleunigung des Verf., tesis doctoral, München, 1975; *Vöcking,* Die oberlandesgerichtl. Kontrolle der U-Haft gem. § 121 StPO, tesis doctoral, Mainz, 1977; *Kleinknecht/Janischowsky,* Das Recht der U-Haft, 1977; *Hilte,* Die richterl. Praxis der U-Haft, tesis doctoral, Heidelber, 1977; *Pressestelle d. Ev. Akademie Hessen-Nassau* (comp.), Probleme der U-Haft, 1977; *Müller-Dietz,* Grundlagen der U-Haft, *ibidem,* 4; *Schröder,* Zur Kompetenz des Richters beim nächsten AG, NJW 81, 1425; *Wolter,* U-Haft, Vorbeugehaft und vorläufige Sanktionen, ZStW 93 (1981), 452; *Geerds,* Festnahme und U-Haft bei Antrags- und Privatklage delikten, GA 82, 237; *Dahs,* Apokryphe Haftgründe, Dünnebier-FS, 1982, 227; *Benfer,* Der Haftgrund "Fluchtgefahr", Die Polizei 83, 81; *Wimmer,* Das Anhalten beleidigender Briefe aus der U-Haft, GA 83, 146; *Anagnostopoulos,* Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr, 1984; *Hassemer,* Die Voraussetzungen der U-Haft, StrV 84, 38; *Kaiser,* Die gesetzl. Regelung über den Vollzug der U-Haft und ihre Reform, Jurist.-Gesellschaft-Berlin-FS, 1984, 299; *Seebode,* Der Vollzug der U-Haft, 1985; *Amendt,* Die Verfassungsmäßigkeit der strafproz. Sicherheitsleistungsvorschriften, 1986; *Paeffgen,* Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haft-Rechts, 1986; *Schöch,* Wird in der BRD zu viel verhaftet?, Lackner-FS, 1987, 991; *Lüderssen,* Kompetenzgrenzen des Haftrichters, Pfeiffer-FS, 1988, 239; *Baumann,* Zur Revisibilität von Haftentscheidungen, *ibidem,* 255; *Starke,* Probleme der Fristenberechnung nach § 121 I StPO, StrV 88, 223; *Deckers,* Reform der U-Haft, Koch-FG, 1989, 151; *Maier,* Was darf der "nächste" Richter nach § 115 a StPO?, NStZ 89, 59; *Seebode,* Zur Bedeutung der Gesetzgebung für die Haftpraxis, StrV 89, 118; *Paeffgen,* Apokryphe Haftverlängerungsgründe in der Rspr. zu § 121 StPO, NJW 90, 537; *Schnarr,* Besonderheiten des Rechtsinstituts der Haftprüfung nach §§ 121, 122 StPO usw., MDR 90, 89; *Schroeder,* "U-Haft", JuS 90, 176; *Bohlander,* Electronic Monitoring - Elektron. Überwachung von Straftätern als Alternative zu U-Haft und Strafvollzug?, Zeitschr. f. Strafvollzug 1991, 293; *Matt,* Zu Problemen der Haftbeschwerde und des Haftprüfungsantrags, JA 91, 85; *Müller-Dietz,* U-Haft und Festnahme im Lichte der Menschenrechtsstandards, en: Eser/Kaiser/Weigend (comps.), 4. deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1991, 219; *Paeffgen,* Haftgründe, Haftdauer und Haftprüfung, *ibidem,* 113; *Armenta Deu,* Die U-Haft im span. Recht usw., ZStW 104 (1992), 201; *Gusy,* Freiheitsentziehung und GG, NJW 92, 457; *Hennes,* Der Haftgrund der Verdunklungsgefahr im deutschen Strafverf., 1992; *Jehle,* U-Haft und Haftalternativen, en: Jehle (comp.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, 349; *Schaefer,* Die U-Haft als Instrument strafrechtl. Kontrolle, 1992; *Sommermeyer,* Recht der U-Haft, NJW 92, 336; *Jakoby,* Zulässigkeit von Anordnungen gem. § 132 I StPO gegen im Ausland befindliche Beschuldigte, StrV 93, 448; *v. Nerée,* Zur Zulässigkeit der Sicherungshaft gem. § 112 a StPO usw., StrV 93, 212; *Winkelmann/Engsterhold,* Einbringung techn. Geräte in die U-Haft, NStZ 93, 112; *Cassardt,* Rechtsgrundlagen und Zuständigkeiten für Maßnahmen im Vollzug der U-Haft, NStZ 94, 523; *Fischer,* Zur Zuständigkeitsverteilung und Transportart zwischen "nächstem" und "zuständigem" Richter nach den §§ 115, 115 a StPO, NStZ 94, 321 (réplica crítica de *Koch,* NStZ 95, 71); *Heinrich,* Die Entscheidungsbefug. des "nächsten Amtsrichters" nach § 115 a StPO, StrV 95, 660; *Koch,* Noch einmal: Zuständigkeitsverteilung und Transportart nach den §§ 115, 115 a StPO, NStZ 95, 71; *Kruis/Cassardt,* Verfassungsrechtliche Leitsätze zum Vollzug von Straf- und U-Haft, NStZ 95, 521, 574; *E. Volk,* Haftbefehle und ihre Begründungen, 1995; *Weider,* Die Anordnung der U-Haft, StraFo 95, 11; *Deckers/Püschel,* U-Haft als Strafmilderungsgrund, NStZ 96, 419; *Folz/Soppe,* Zur Frage der Völkerrechtsmäßigkeit von Haftbefehlen gegen Regierungsmitglieder anderer Staaten, NStZ 96, 576; *Meinen,* Berücksichtigung von Opferinteressen im Rahmen der Haftentscheidung nach § 121 StPO, NStZ 97, 110; *Nehm,* Der U-Häftling als Interviewpartner, NStZ 97, 305; *Schöch,* Der Einfluß der Strafverteidigung auf den Verlauf der U-Haft, 1997; *idem,* Kurze U-Haft durch frühe Strafverteidigung?, StrV 97, 323; *Siebers,* Die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Ausschöpfung jeder Möglichkeit der Verkürzung der U-Haft usw., StraFo 97, 329; *Ziegert,* Der Richter des nächsten Amtsgerichts - Richter oder Urkundsbeamter?, StrV 97, 439; *Schlothauer/Weider,* U-Haft, 3ª ed., 1998; *Schmitz,* Der verhaftete Beschuldigte und sein erster Richter (§§ 115, 115 a StPO), NStZ 98, 165.

Paeffgen, NStZ 93, 530, 577; 95, 21, 73; 96, 23, 72; 97, 75, 115, ofrece un compendio de jurisprudencia comentada sobre prisión preventiva.

Sobre el llamado "encarcelamiento para la realización del juicio oral", cf. *infra* § 59, C.

A. Fin y significado de la prisión preventiva

I. La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.

Ella sirve a tres objetivos:

1. Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal (§ 112, II, nº 1 y 2).

2. Pretende garantizar una *investigación de los hechos,* en debida forma, por los órganos de la persecución penal (§ 112, II, nº 3).

3. Pretende asegurar la *ejecución penal* (§ 457).

La prisión preventiva no persigue otros fines (sobre la contrariedad al sistema de los motivos de detención de los §§ 112, III, y 112a ver *infra* B, II, 2, c y d).

II. Entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente.

El orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esa situación de conflicto: los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano–.

III. Con ello, el principio constitucional de proporcionalidad (sobre esto PAEFFGEN, 1986, 165) exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario (a favor de la concesión de ayuda para la integración del detenido preventivamente MÜLLER-DIETZ, *Dünnebier-FS*, 1982, 75). Como equilibrio para la limitación de la prisión preventiva a través del principio de proporcionalidad, el nuevo § 132, modificado por la EGOWiG, prevé "*otra medida* para asegurar la persecución penal y la ejecución" en los casos en los que la prisión preventiva no es aplicable, pues sólo se espera una pena de multa (§ 112, I, 2), pero el imputado amenaza con eludir la persecución penal abandonando el país porque no tiene domicilio en el territorio de la República (p. ej.: un extranjero comete un delito de tránsito en su viaje a través del territorio de la República). Aquí, conforme al § 132, I y II, el juez (en caso de peligro inminente en la demora también la fiscalía y sus funcionarios auxiliares) puede ordenar al imputado vehementemente sospechoso que preste una caución para la multa esperada y las costas del procedimiento, y que nombre una persona domiciliada en la circunscripción del tribunal como apoderado para la recepción de notificaciones (sobre la constitucionalidad de la prestación de la caución, AMENDT, 1986). Si el imputado no observa la disposición, su automóvil u otras cosas que lleve consigo pueden ser embargadas (§ 132, III; sobre esto DÜNNEBIER, NJW 68, 1752).

A la controvertida cuestión de si en la RFA se recurre en demasía a la prisión preventiva, le ha sido destinada una investigación empírica por encargo del Ministerio Federal de Justicia (en Göttingen, bajo la dirección de SCHÖCH y SCHREIBER). De acuerdo con ello, el número de detenciones ha descendido desde el nivel máximo registrado en 1982 y se ha estancado entre 1986/87; sin embargo, la RFA se encuentra en Europa todavía en el 4° o 5° lugar. Ante todo, es grave el hecho de que el 18 % de las órdenes de prisión pertenezca a causas de bagatela (p. ej., AuslG, § 265a, StGB) y que tan sólo en poco más de la mitad de todos los procedimientos con prisión preventiva se imponga a su finalización una pena privativa de libertad sin suspensión condicional. Además, es notable que más del 80 % de todas las órdenes de prisión invocan el peligro de fuga, si bien –como muestran los casos del § 116– sólo pocos imputados intentan fugarse. Desde 1989 el número de detenidos en prisión preventiva ha aumentado otra vez de forma drástica, y, por cierto, solamente en los antiguos estados federados, de 11.331 al 31/7/87 a 19.359 al 31/1/1994. Esto se debe, en parte, a la apertura de la frontera del este. No obstante, también hay signos claros de una práctica intensificada de disposición de la prisión preventiva; instructivo WEIDER, StraFo 95, 11, quien señala numerosos "motivos apócrifos de detención" –detención para fomentar la predisposición a confesar, la predisposición a cooperar, para facilitar las investigaciones, para intervención en caso de crisis, por presión de la opinión pública, como concesión a las autoridades encargadas de la investigación–. CORNEL, DÜNKEL y GEBAUER, StrV 94, 202, 610 y 622, aportan constructivas propuestas para el mejoramiento de la situación.

Bibliografía sobre la realidad jurídica de la prisión preventiva: *Baumann*, Entwurf eines U-Haft-Vollzugsgesetzes, 1981; *Döschl u. a.*, Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der U-Haft, 1982; *Jung/Müller-Dietz* (comps.), Reform der U-Haft - Vorschläge und Materialien, 1983; *Amelung u. a.* (Arbeitskreis Strafprozeßreform), Die U-Haft - Gesetzesentwurf mit Begründung, 1983; *Müller-Dietz*, Problematik und Reform des Vollzuges der U-Haft, StrV 84, 79; *Kaiser*, Die gesetzl. Regelung über den Vollzug der U-Haft und ihre Reform, Jur.-Gesellschaft-Berlin-FS, 1984, 299; *Seebode*, Der Vollzug der U-Haft, 1985; *Arbeitsgemeinschaft Sozialdem. Juristen*, Diskussionsentwurf eines U-Haft-Vollzugsgesetzes, 1985; *BMJ*, Arbeitsentwurf eines U-Haft-Vollzugsgesetzes, 1986; *Rössner*, Auf dem Weg zu einem U-Haft-Vollzugsgesetz, JZ 88, 116; *Rotthaus*, Die Reform der inhaltlich-vollzuglichen Gestaltung der U-Haft, Rebmann-FS, 1989, 401; *Baumann*, Gesetzl. Regelung des Vollzugs der U-Haft, JZ 90, 107.

B. La imposición de la prisión preventiva

I. Ámbito de aplicación temporal

La prisión preventiva es admisible en *cualquier estado* del procedimiento, también, por cierto, ya en el procedimiento de investigación. Cuando la sentencia pasa en autoridad de *cosa juzgada*, la prisión preventiva no se convierte, automáticamente, en pena de prisión, sino que ello sucede sólo con el ingreso en el establecimiento penitenciario.

II. Presupuestos materiales (§§ 112-113)

1. *Sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible*; esto es, debe existir un alto grado de probabilidad (con todo detalle, PAEFFGEN, 1986, 183) de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad –pero no la instancia en los delitos perseguibles a instancia de parte (§ 130)–. Cuando, de forma manifiesta, queda de lado la culpabilidad a causa de incapacidad de imputabilidad, entra en consideración una orden de internación (§ 126a).

2. Además, debe existir un *motivo de detención* específico.

La StPO, en su redacción original, distinguía únicamente dos motivos de detención: sospecha de fuga y peligro de entorpecimiento. La reforma procesal penal nacional-socialista de 1935 agregó otros dos motivos que no coincidían con el fin de la prisión preventiva: peligrosidad permanente y repercusión en la opinión pública. Con ello, existía un motivo de deten-

ción cuando en virtud de la gravedad del hecho y de la repercusión provocada por él no parecía tolerable dejar en libertad al acusado. La necesaria "repercusión en la opinión pública" podía ser declarada discrecionalmente por las autoridades políticas y ser manifestada por organizaciones del partido nacionalsocialista. Después de 1945 este motivo de detención fue suprimido. Luego, la ley de centralización de 1950 suprimió también el motivo de detención fundado en la peligrosidad permanente.

La StPÄG de 1964 –completamente en contra del fin originario establecido por la reforma, que aspiraba a la limitación de la prisión preventiva– introdujo nuevamente la peligrosidad como motivo de detención, aunque restringido a los delitos sexuales, y estableció por primera vez el motivo de detención fundado en la sospecha de asesinato.

En particular, los motivos de detención son los siguientes:

a) *Fuga* o *peligro de fuga* (§ 112, II, nº 1 y 2). Existe un motivo de detención cuando en razón de determinadas circunstancias:

aa) se verifica que el imputado está prófugo –p. ej., está en el extranjero y no obedece una citación de un tribunal alemán– o se mantiene oculto;

bb) según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el imputado no se someterá al procedimiento penal ni a la ejecución. La opinión dominante también afirma el "no someterse" cuando es probable que el imputado no se fugará ni se ocultará, pero es de suponer que él se pondrá en situación de incapacidad procesal –p. ej., por medio de drogas (KG JR 74, 165, con comentario en contra de KOHLHAAS)– (*LR*-HILGER, 25ª ed., § 112, núms. margs. 33 y 38; KLEINKNECHT/JANISCHOWSKY, 1977, núm. marg. 30, refiriéndose al § 231a).

El peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino, con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada según el caso no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular (Frankfurt StrV 85, 463). Por otra parte, el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente, de ningún modo, para negar el peligro de fuga. En la práctica, el peligro de fuga representa el motivo de detención más importante, en cuyo caso, para fundar una fórmula preponderante, se invoca la expectativa de una pena elevada (crítico al respecto, E. VOLK, 1995, 73 y ss., 126 y ss., con mayor información).

b) *Peligro de entorpecimiento* (§ 112, II, nº 3). Exige que el comportamiento del imputado funde la sospecha vehemente de que él:

aa) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba,

bb) influirá de manera desleal en coimputados, testigos o peritos (por tanto, no es suficiente que el imputado le pida que no declare a un testigo autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente) o

cc) inducirá a otros a realizar tales comportamientos,

y si, por ello, existe el peligro de que él dificultará la investigación de la verdad.

Es inadmisible deducir automáticamente la existencia del peligro de entorpecimiento a partir de la posibilidad de entorpecer que se presenta en el caso concreto; antes bien, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas (München NStZ 96, 403). El silencio o la negativa del imputado no pueden ser invocados para fundar el peligro de entorpecimiento (Köln StrV 92, 383).

c) El motivo de detención de *"gravedad del hecho"* estaba limitado originariamente a los delitos de asesinato, homicidio, genocidio y a los delitos dolosos cometidos con sustancias explosivas que ponen en peligro la vida o la integridad física; en 1976 se agregó el delito de creación, protección, etc. de una agrupación terrorista según el § 129a, StGB, en 1994 la lesión corporal grave (§ 226, nueva versión, StGB) y el incendio intencional especialmente grave (§§ 370, versión anterior, y 306b, entre otros, nueva versión, StGB). El § 112, III, resultaría peligroso desde el punto de vista del Estado de Derecho, si se lo interpretara en el sentido de que en caso de sospecha vehemente de la comisión de uno de los crímenes mencionados, se pudiera imponer la prisión preventiva sin examinar los demás presupuestos (BVerfGE 19, 342 [350]), porque, en ese caso, la prisión preventiva podría ser ordenada sin que fuera necesaria para asegurar el proceso de conocimiento o el procedimiento de ejecución. Bajo esa interpretación, un motivo (no mencionado) de detención sería nuevamente, como en el Tercer Reich, la repercusión en la población. Por ello, el BVerfG (*loc. cit.*) ha intentado interpretar el § 112, III, conforme a la Constitución, de la siguiente forma: en caso de sospecha vehemente de la comisión de los hechos punibles graves del párr. 3, la prisión preventiva sólo puede ser impuesta si existen los motivos de detención de peligro de fuga o peligro de entorpecimiento; no obstante, en la verificación de la existencia de estos motivos de detención no se debe ser tan exigente como en el párr. 2, sino que es ya suficiente una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En realidad, se trata así no tanto de una interpretación, sino de darle otro sentido a la ley que, tras incluir dentro del círculo de los hechos "graves" a los §§ 311, versión anterior (= 308 nueva versión), 129a, 225, versión anterior (= 226 nueva versión) y 307, versión anterior (= 306b y 306c nueva versión), StGB, se ha vuelto cuestionable por completo (WOLTER, 1981, 483).

Fuera de ello, se exige interpretar restrictivamente el § 112, III (sobre esto *AK*-DECKERS, § 112, núm. marg. 30); de allí que en un caso del § 213, StGB, él no deba ser aplicado, como lo demuestra una comparación con el igualmente referido § 311, II y III, StGB (de otra opinión HAMM, NJW 82, 2786).

d) *Peligro de reiteración*. Después de que ya en 1964 el motivo de detención de peligro de reiteración había sido introducido para determinados delitos sexuales, la ley del 7/8/1972 lo hizo extensivo a numerosos delitos que, de acuerdo con la experiencia de la práctica, muchas veces son cometidos como delitos en serie, y a los que se cree poder prevenir, de modo más eficaz que hasta ahora, a través de la detención temprana del imputado (§ 112a).

Contra un motivo de detención semejante existen varias objeciones: representa un cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención, porque no se trata de un caso

de aseguramiento del proceso, sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad, como en el § 126a. Además, es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho porque aquí se impone una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera. Por último, es perjudicial desde el punto de vista político-criminal, porque –bajo condiciones de ejecución manifiestamente muy desvaforables– vuelve a introducir por la puerta trasera las penas privativas de libertad de corta duración, enemigas de la resocialización, que la 1. StrRG afortunadamente ha eliminado (cf. ROXIN, ZStW 82 [1970], 1125). El BVerfG, a raíz de los delitos sexuales mencionados en el § 112, III, en su versión anterior, había admitido ya el motivo de detención de peligro de reiteración, únicamente en casos excepcionales, rigurosamente restringidos, y sólo por ello lo había declarado conforme a la Constitución, porque él debe proteger a un círculo de la población, especialmente merecedor de esa protección, amenazado por un pronóstico de probabilidad elevada frente a hechos punibles de gravedad (BVerfGE 19, 342 [350]). A pesar de que esos presupuestos no se encuentran en el § 112a, I, nº 2 (aquí se trata de delitos que se presentan en masa, con un círculo de víctimas cualquiera), el BVerfG (E 35, 185) declaró constitucional, finalmente, también al § 112a, I, nº 2, debido a los recaudos establecidos por el legislador –criminalidad grave, sospecha concreta de un menoscabo continuo y grave de la paz jurídica, salvaguarda del principio de proporcionalidad: §§ 116, III, y 122a– (como aquí, crítico, RÜPING, núm. marg. 214; WOLTER, 1981, 484).

En particular rige lo siguiente:

aa) Tratándose de imputados que son vehementemente sospechosos de haber cometido determinados delitos sexuales de gravedad –empero, no necesariamente condenados con anterioridad por esos delitos, §§ 174, 174a, 176/179, StGB– (pero exceptuando, p. ej., el exhibicionismo, § 183, StGB, y la provocación de escándalos públicos, § 183a, StGB), puede ser también ordenada la prisión preventiva, en virtud del § 112a, I, nº 1, cuando circunstancias determinadas fundan el peligro de que ellos, antes de la condena firme, cometerán otro delito de la clase señalada –bajo la condición adicional de que la detención sea indispensable para evitar el peligro que amenaza–. Según Hamm NJW 74, 1667, el § 112a, I, nº 1, debe poder ser aplicado analógicamente, incluso cuando uno de los delitos mencionados en el § 112a, I, nº 1, ha sido cometido en estado de embriaguez (crítico, con razón, BLEI, JA 74, StR 198; KREY, II, núm. marg. 269).

bb) En el caso de imputados que son vehementemente sospechosos de haber reiterado o continuado un hecho punible que menoscaba gravemente el ordenamiento jurídico según los §§ 125a (desde la StrRÄndG del 9/6/1989), 224 a 227, 243, 244, 249 a 255, 260, 263, 306 a 306c y 316a, StGB, o de haber cometido determinados delitos relacionados con estupefacientes, también puede ser impuesta la prisión preventiva si están cumplidos los demás presupuestos mencionados *supra* aa) y es de esperar una pena privativa de libertad de más de un año (§ 112a, I, nº, 2).

cc) El motivo de detención constituido por el peligro de reiteración es *subsidiario*: cuando existen los presupuestos para la emisión de una orden de detención según el § 112 (cf. *supra* a/c) y no están dados los presupuestos para la suspensión de la ejecución de esa orden de detención, según el § 116, I y II (sobre esto *infra* E), una orden conforme al § 112a es inadmisible (§ 112a, II).

3. Como otro presupuesto general para la prisión preventiva, la StPÄG de 1964, a raíz del art. 5, III, 2 y 3, MRK, ha incorporado a la ley el *principio de proporcionalidad* (§ 112, I, 2; sobre esto SEETZEN, NJW 73, 2001): la prisión preventiva no puede ser ordenada si "por el significado de la causa y la pena o medida de seguridad y corrección que se espera resulta desproporcionada"; por ello, las penas privativas de libertad firmes anteriores no pueden ser consideradas (BGH StrV 86, 65).

La regulación del § 113 es una consecuencia de este principio. De acuerdo con ello, en el ámbito de la *criminalidad leve* la prisión preventiva por peligro de entorpecimiento está absolutamente excluida (§ 113, I) y por peligro de fuga está limitada conforme al § 113, II; cf., además, *supra* A, III.

4. En las *causas de acción privada*, según la doctrina preponderante y más correcta, la prisión preventiva no es admisible: allí donde no existe un interés público en la persecución penal y el desistimiento de la acción depende de la voluntad del acusador privado, nunca puede estar justificado el limitar la libertad del acusado durante el procedimiento pendiente.

Tratándose de *delitos perseguibles a instancia de parte* los facultados a instar deben ser puestos inmediatamente en conocimiento de la emisión de la orden de detención. La orden de prisión debe ser revocada cuando dentro de un plazo breve (máximo una semana) no es ejercida la instancia de persecución penal. En particular, ver § 130; pormenorizadamente Geerds, 1982.

5. Contra una misma persona, en caso de sospecha sobre la comisión de varias acciones punibles, es posible dictar una *orden de detención múltiple*, incluso por intervención de un juez distinto (*detención reiterada*). Esto es práctico cuando una orden de prisión es revocada, p. ej., por absolución o por supresión del motivo de detención (p. ej., el peligro de entorpecimiento debido a la confesión). También es posible una orden de prisión contra un detenido (por un hecho distinto que por el que cumple una pena en esa época). Por el contrario, no pueden dictarse dos órdenes de detención contra el mismo imputado por *un único* hecho en sentido procesal (BGHSt 38, 54; ver *infra* § 50, B, I, 1).

III. Presupuestos formales

1. Debe existir una *orden de detención escrita* del *juez* (§ 114, I). En ella deben mencionarse detalladamente: a) el imputado, b) el hecho en su naturaleza fáctica y jurídica, c) el motivo de detención, y d) las circunstancias de las cuales resultan la sospecha vehemente del hecho y el motivo de detención (§ 114, II, ¡leerlo!). La necesidad de la indicación precisa de las circunstancias que justifican la orden de prisión debe servir para evitar órdenes injustificadas y precipitadas; sobre la cuestión de hasta qué punto deben estar especificados los medios de prueba, cf. Düsseldorf JZ 84, 540. Sólo se puede prescindir de la mención de esas circunstancias cuando con ello se pudiera poner en peligro la seguridad del Estado (§ 114, II, nº 4; a favor de la supresión de esta cláusula VOGT, NStZ 82, 21). Las órdenes de

detención en blanco son inadmisibles. Desde el punto de vista del examen en el caso particular, también es objetable que al juez de la investigación le sean presentadas por la fiscalía órdenes de detención pre-redactadas para la mera firma (en contra de la inconstitucionalidad en los casos de las capturas en masa de Nürnberger, BVerfG NStZ 82, 37[1]). Cuando aparece como posible la aplicación del § 112, I, 2 (sobre esto *supra* II, 3), o el imputado ha invocado este precepto, el juez que ordenó la detención debe expresar los motivos por los cuales no los aplicó (§ 114, III).

Una orden de prisión preventiva podría, p. ej., ser así:

"Tribunal Municipal de Lörrach, 18/12/1997

Orden de prisión preventiva

Jakob Huber, nacido en Offenburg el 7/6/1961, domiciliado en último lugar en Lörrach, Karlsstraße 5, soltero, de profesión camarero, debe ser puesto en prisión preventiva.

A él se le imputa haberle sustraído antijurídicamente a otro una cosa mueble ajena, con intención de apoderarse de ella, el 17 de diciembre de 1994 en Lörrach, a saber, de haber tomado de un perchero en el Café Hebeleck un abrigo de piel perteneciente al director de banco Eugen Müller, de Lörrach, de un valor de 5.000 Marcos alemanes, con el fin de conservarlo para sí –punible según el § 242, StGB–.

Él es vehementemente sospechoso de haber cometido ese hecho, porque fue visto cuando lo tomaba por el testigo Müller y, aunque hasta ese momento no había tenido abrigo de piel, el día siguiente al hecho fue visto con un abrigo de piel por la testigo Elfriede Maier.

Existe contra él el motivo de detención del § 112, II, nº 2, StPO, dado que él es capaz de punibilidad y porque desde el día del hecho no volvió al que hasta el momento es su departamento, ni a su lugar de trabajo. La prisión preventiva no resulta desproporcionada con la pena que se espera.

Dr. Kluge
Juez del Tribunal Municipal".

2. El juez debe ser *competente* para emitir la orden de detención. Juez de la prisión preventiva es el juez funcionalmente competente en el estadio respectivo del procedimiento; por consiguiente, en el procedimiento de investigación, el juez municipal, en el procedimiento intermedio, el tribunal que debe decidir y en el juicio oral, el tribunal que conoce en la causa (ver, en particular, § 125). Cuando está interpuesto el recurso de casación, no decide el tribunal de casación, sino el tribunal cuya sentencia está recurrida (§ 125, II, 1).

Una vez que la sentencia está firme, son competentes aún para decidir sobre la orden de detención, hasta que se ordene la ejecución penal, los tribunales actuantes; a partir de ese momento es competente la fiscalía, como autoridad de la ejecución (§§ 457 y 451; cf., sin embargo, § 457, III, 3).

[1] Sobre la crítica a las capturas en masa en el llamado proceso "Nürnberger KOMM" cf. ERICH, KEMPF y MAEFFERT, StrV 82, 130, 136 y 486; BENFER, 1983.

C. Ejecución y efectos de la detención

I. La ejecución

La orden de prisión es ejecutada a través de la *detención*. Según el § 36, II, 1, se trata de una función de la fiscalía que, para ello, se vale de de sus funcionarios auxiliares (§ 152, GVG) o de la policía (§ 161) (cf. *supra* § 10, B, I). Si con la ejecución de la prisión preventiva corriera peligro la vida del imputado, la orden de detención puede no ser ejecutada (Düsseldorf JZ 84, 248).

La detención se realiza a través de la *aprehensión*. Al imputado, siempre que sea posible, se le debe dar a conocer la orden de prisión (ver, en particular, § 114a).

II. El procedimiento posterior

1. El detenido debe ser *conducido* inmediatamente, a más tardar el día posterior a la aprehensión (arg. § 115a, I), ante el *juez* competente (es decir, ante el juez que emitió la orden de detención) (asimismo art. 5, III, 1, MRK; cf. también art. 104, II, GG).

2. El juez tiene, entonces, tres deberes:

a) Tiene que ordenar el *anoticiamiento* a un pariente o a una persona de confianza del detenido (§ 114b, I, como expresión del art. 104, IV, GG); siempre que no sea puesto en peligro el fin de la investigación, tiene, *además*, que dar oportunidad al detenido de informar personalmente a una persona de su confianza (§ 114b, II).

La obligación de anoticiamiento del párr. I es *forzosa* y *absoluta*. Como resulta de los elementos del art. 104, IV, GG (sobre esto DÜNNEBIER, JZ 63, 694), ella debe garantizar, ante todo, la conformidad al Estado de Derecho del procedimiento penal, impidiendo que alguien desaparezca sin dejar rastros, "clandestinamente". Por ello, el anoticiamiento debe ser hecho también en caso de renuncia e incluso contra la oposición expresa del detenido (la cuestión es discutida; bibliografía exhaustiva que lo demuestra en *LR*-HILGER, 25ª ed., § 114b, notas al pie 17 y 18). Tampoco puede impedir el anoticiamiento el posible peligro para los fines de la investigación (arg. § 114b, II) o para la seguridad del Estado (de otra opinión WAGNER, JZ 63, 686).

b) El juez tiene que *tomarle declaración* al imputado inmediatamente (§ 115, II), con sujeción al § 115, III (y tratándose de la primera declaración, conforme al § 136, I).

c) Finalmente, tiene que *decidir* si la *orden de detención* puede ser *confirmada* (en ese caso cf. § 115, IV) o si ella debe ser revocada, según el § 120, o si su ejecución debe ser suspendida, conforme al § 116 (sobre esto *infra* E y F).

3. Cuando no es posible llevar al detenido en el tiempo debido, esto es, a más tardar el día posterior a la aprehensión, ante el juez competente, él debe ser conducido inmediatamente –y, otra vez, a más tardar el día posterior a la aprehensión– ante el juez municipal más próximo (§ 115a, I; cf. también nº 54, II, RiStBV); el plazo legal tampoco puede ser excedido a través de interrogatorios policiales (BGH StrV 95, 283). En primer térmi-

no, encontramos el caso del imputado detenido a cierta distancia del asiento del tribunal competente. Si se prescinde de obstáculos tales como las condiciones meteorológicas o una enfermedad del detenido, fracasa la presentación del imputado ante el juez competente y a su debido tiempo –a menudo *a priori* según la práctica corriente, que no traslada al detenido en un transporte individual, sino en transportes colectivos de prisioneros, según horarios fijos y, ordinariamente, con varias estaciones intermedias–; una "dilación" semejante, en ciertas circunstancias, puede durar más de dos semanas, y es objetable si se tiene a la vista la injerencia en el derecho fundamental a la libertad del art. 2, II, GG, que ello implica[2].

a) El "Juez Municipal más próximo" del § 115a, al igual que el juez competente del § 115, debe interrogar inmediatamente al aprehendido (§ 115a, II, 1, 2); también, en tanto no haya sucedido, tiene que darle a conocer la orden de detención (§ 114a, I) y ordenar el anoticiamiento conforme al § 114b, I.

b) En cambio, según la concepción tradicional, salvo unos cuantos casos estrictamente delimitados, él no debe poder ordenar la liberación del detenido, y en ningún caso está autorizado para revocar la orden de detención; estas afirmaciones, sin embargo, no están fuera de discusión. En particular rige lo siguiente:

aa) Si, entretanto, la orden de prisión ha sido revocada nuevamente o el aprehendido fue víctima de una equivocación en la persona, según el § 115a, II, 3, el juez está obligado a liberar al detenido. Según la opinión general esto rige también, más allá del texto de la ley, cuando no se ha dictado una orden de detención juidicial, pero, p. ej., ha sido extendida por un fiscal. Finalmente, a partir de la sentencia del LG Frankfurt StrV 85, 464, también se reconoce la facultad de liberar para el caso de incapacidad para la detención motivada por una enfermedad.

bb) Sin embargo, según la opinión dominante, al "Juez Municipal más próximo" no le compete una facultad de liberar que vaya más allá de ello, ya que ello no está cubierto por el texto del § 115a y porque el juez del § 115a, debido a la falta de conocimiento de las actas, no está suficientemente familiarizado con los hechos. Por otro lado, distintas voces de la literatura jurídica[3] pretenden permitirle liberar –¡pero no revocar la orden de detención!– bajo determinados presupuestos, diferentes en particular, también en caso de falta manifiesta de fundamento de la orden de

[2] Con mayores detalles sobre esta práctica de "dilación", p. ej., FISCHER, NStZ 94, 321 y KOCH, NStZ 95, 71; críticamente también SCHMITZ, NStZ 98, 165 (167).

[3] LANG, DJZ 27, Sp. 779 (780); ENZIAN, NJW 56, 1786; *idem*, NJW 73, 838; DREVES, DRiZ 65, 113; SEETZEN, NJW 72, 1889; CL. SCHRÖDER, NJW 81, 1425; MAIER, NStZ 89, 59; SOMMERMEYER, NJ 92, 340; FISCHER, NStZ 94, 322; ZIEGERT, StrV 97, 439, así como *AK*-DECKERS, § 115a, núm. marg. 3. Por el contrario, la cuestión acerca de una facultad más amplia de liberar fue dejada abierta por el BGHSt 42, 343 (346 y siguientes).

detención. En principio, una excepción tal a la orientación estrictamente formal, basada en el tenor literal del § 115a, II, 3, debe ser aprobada como un paso en la dirección correcta.

cc) No obstante, como lo ha destacado convincentemente HEINRICH, StrV 95, 660 y ss., el juez del § 115a tiene siempre, aun más ampliamente, "la facultad de decidir por sí mismo en contra del mantenimiento de la prisión en caso de que él esté seguro de la exactitud de su decisión –pero sólo en ese caso–, a pesar de no conocer las actas –que no están a su disposición–", con lo cual no sólo puede poner nuevamente en libertad al aprehendido, sino, si hubiere lugar a ello, incluso puede revocar la orden de detención (*loc. cit.*, 668). Pues, en contra de la opinión dominante, a través del § 115a al "Juez Municipal más cercano" no sólo le están asignadas tareas individuales; antes bien, se debe dar por supuesto que a través de la ley él "recibe, en primer lugar, la asignación *en conjunto de todas las facultades del juez competente*, que luego están sujetas, únicamente, a las limitaciones particulares contenidas en el § 115a" (HEINRICH, *loc. cit.*, 666). A raíz de esta "transmisión global de la competencia" (*loc. cit.*, 666), él, como juez "también competente", o bien como juez "subsidiariamente competente" (*loc. cit.*, 665 y s.), "no está autorizado únicamente a revocar la orden de detención, sino que, según el § 120, está incluso obligado a hacerlo ('debe revocar'), cuando está convencido de que ya no existen los presupuestos de la prisión preventiva o resulta que la extensión de la prisión preventiva no guardaría relación con la importancia de la causa y de la pena o medida de seguridad y corrección que se espera" (*loc. cit.*, 668)[4]. En tales casos, "ante la gran importancia del derecho fundamental a la libertad... no sería justificable, de ninguna manera, el mantener detenido al aprehendido" (*loc. cit.*, 668).

c) Si no es procedente la liberación por decisión propia, entonces, el "Juez Municipal más cercano" tiene que comunicarle inmediatamente al juez competente según el § 115 y por el medio más rápido (p. ej., telefónicamente) las objeciones del aprehendido, que no sean manifiestamente infundadas, contra la orden de detención o su ejecución, así como los reparos propios (que no conduzca a una "convicción" análoga, cf. *supra* b, cc) contra el mantenimiento de la detención (§ 115a, II, 4). A pedido del imputado, también tiene que ordenar su presentación ante el juez competente, sobre lo que debe advertir por separado al imputado, además de instruirlo, en general, sobre las vías jurídicas (§ 115a, III).

[4] En definitiva, también SCHMITZ, NStZ 98, 165 (171) tiene presente una solución muy similar; sin embargo, rechaza el fundamento dado por HEINRICH y parte de la necesidad de una modificación legal correspondiente.

D. La ejecución de la prisión preventiva

I. Fundamentos

La ejecución de la prisión preventiva está regulada legalmente sólo de forma fragmentaria en el § 119. En particular, el cumplimiento se atiene a la UVollzO del 12/2/1953, promulgada al unísono por todos los estados federados, que, como mera ordenanza administrativa, vincula, por cierto, al director del establecimiento de detención, pero no al juez, únicamente sometido a la ley, y tampoco puede contener restricciones a los derechos fundamentales que no estén ya previstas en la StPO (BVerfGE 15, 294).

II. Internación, colocación de esposas, competencias, remedios jurídicos

El § 119 regula las características del lugar de alojamiento del detenido provisionalmente (1), la admisibilidad de que sea esposado (2), así como la incumbencia de las autoridades competentes (3) y para todas las demás cuestiones tiene preparada una cláusula general (III).

1. En principio, el detenido debe ser mantenido *en lugares separados* de los penados y también de otros detenidos provisionalmente, en tanto no presente una solicitud contraria, y, sobre todo, no puede ser alojado con ellos en la misma celda, a menos que lo exija su estado de salud corporal o mental (§ 119, I y II).

2. El detenido provisionalmente sólo puede ser *esposado* cuando utiliza la fuerza o se resiste, en el caso de un intento de fuga o ante la existencia de un peligro concreto de fuga (Oldenburg NJW 75, 2219) o cuando existe peligro de suicidio o de daño a sí mismo (§ 119, V). En el juicio oral no debe estar esposado (en tanto sea posible). Con mayores detalles sobre el "acusado esposado", LÜDERSSEN, *Meyer-GS*, 1990, 269.

Como limitación adicional, en el § 119, V, está mencionado explícitamente el *principio de proporcionalidad* (p. ej., en caso de peligro de suicidio, el alojamiento con otros detenidos procede como medida atenuada). Conforme a él se determina también la admisibilidad de una "celda de aislamiento" [*Glocke*] (esto es, una celda especial para tranquilizar a detenidos que se hallan fuera de sí) en la que el detenido preventivamente sólo puede ser colocado en un caso extremo.

3. a) Las *medidas* necesarias en el transcurso de la prisión preventiva (p. ej., referentes a esposar a un detenido, control de cartas y penas domiciliarias; sobre esto *infra* III) tiene que tomarlas el *juez* competente según el § 126. En casos urgentes, los funcionarios de guardia sólo pueden adoptar medidas provisionales que, adicionalmente, necesitan la aprobación judicial posterior (§ 119, VI).

b) Dado que el detenido, conforme al § 119, VI, puede solicitar una decisión judicial contra las resoluciones de la administración de la prisión, tiene a su disposición únicamente en casos excepcionales el procedimiento subsidiario de los §§ 23 y ss., EGGVG (EB. SCHMIDT, anexo I, § 119, núm. marg. 48 y s. y *LR*-HILGER, 25ª ed., § 119, núms. margs. 160 y siguiente).

Es diferente cuando un abogado quiere reclamar contra una orden de registro general (BGHSt 29, 135).

c) Contra las decisiones judiciales, aquel cuyos derechos son afectados por ellas tiene a disposición la queja simple, según el § 304, pero no la queja ulterior, conforme al § 310, que sólo rige para la orden de la prisión preventiva, pero no para su ejecución (discutible, pero opinión dominante). También tiene un derecho de queja semejante, aquel a quien el juez que ordenó la detención le niega el permiso para visitar a un detenido provisionalmente (BGHSt 27, 175, con comentario en contra de PETERS, JR 78, 84). Sobre las decisiones en primera instancia del OLG cf. § 304, IV, 2, y BGHSt 25, 120; 26, 270; sobre las del juez de la investigación del BGH y del OLG, § 304, V.

III. Limitaciones fundadas en el fin de la detención y en el orden del establecimiento

La *cláusula general* establecida en el § 119, III y IV, enuncia que las restricciones a los derechos fundamentales en la prisión preventiva únicamente son admisibles según el fin de la detención y las necesidades de la organización del establecimiento (sobre esto SEEBODE, 1985, 111, 230). Estos conceptos jurídicos indeterminados necesitan de una concreción más detallada en atención al ámbito de libertad individual protegido constitucionalmente. Para ello, algunos ejemplos:

1. La *correspondencia* del detenido (arts. 2 y 10, GG) es *controlada*[5] y está sujeta a ciertas restricciones, con excepción de las cartas que le llegan y de la correspondencia con el defensor (¡§ 148!), sobre cuyas particularidades se puede consultar el § 31, StVollzG. En cuanto a las comunicaciones del detenido preventivamente con su cónyuge, el BVerfGE 35, 35; 42, 237, ha decidido, en virtud del art. 6, GG, que las cartas injuriosas no pueden ser retenidas; para las cartas a los padres (BVerfG NStZ 81, 315), a otros miembros de la familia o a una persona de especial confianza (BVerfG NStZ 96, 509) resulta lo mismo del art. 2, GG. La correspondencia con el defensor únicamente puede ser revisada en relación a la pregunta sobre si las cartas que llegan, según sus características exteriores, realmente proceden del defensor; pero se lesiona el § 148, I, si el establecimiento penitenciario, con el fin de realizar ese examen, abre las cartas del defensor (de otra opinión Koblenz StrV 82, 427, con comentario en contra de DÜNNEBIER) o si en todos los casos las envía primero al tribunal para que las examine (Düsseldorf NJW 83, 186). Las cartas en idioma extranjero a una concubina que no sabe alemán sólo son admisibles en tanto la traducción necesaria para fines de control no sea excesivamente cara (München NStZ 84, 332). El número elevado de cartas enviadas únicamente puede conducir a una restricción de la correspondencia en casos excepcionales (KG NStZ 92, 538). Las *conversaciones telefónicas* deben ser autorizadas en caso de que exista un interés legítimo (Frankfurt StrV 86, 398; 92, 281).

2. El *derecho a la información* del detenido preventivamente (art. 5, I, GG) sólo puede ser restringido por motivos forzosos y después de la realización de un análisis en el caso particular (Frankfurt MDR 78, 594; de otra opinión KG NJW 79, 175), de tal modo que la prohibición general de escuchar radio a través de un auricular individual (nº 40, UVollzO) no está cu-

[5] Sobre "injerencias en la correspondencia del detenido provisionalmente", con mayores detalles BERNDT, NStZ 96, 115, 157.

bierta por el § 119, III (BVerfGE 15, 294). Se discute también si el detenido preventivamente puede conservar un aparato de televisión en su lugar de detención. A menudo ello es rechazado[6]. Sin embargo, esta restricción no está abarcada por el § 119, III, en tanto no se cometa abuso alguno con el televisor. Del § 119, IV, resulta que la "envidia de los que no lo poseen" no es un motivo para negar la tenencia del aparato[7]. También la limitación del material de lectura ordenada en el nº 45, UVollzO, podría ser insostenible, vista a la luz del derecho fundamental (empero, según el BVerfG NStZ 82, 132, la suscripción a publicaciones periódicas puede estar limitada a cuatro títulos). Según Düsseldorf MDR 87, 76, la lectura de revistas pornográficas no puede prohibirse. Por otra parte, las obras impresas sólo pueden ser rechazadas cuando existen indicios concretos para establecer la existencia de peligro para los fines de la prisión preventiva o para la alteración del orden en el establecimiento (BVerfG NStZ 94, 145).

3. Se discute acerca de si al detenido en forma preventiva se le puede permitir la utilización de *otros aparatos*. Según Düsseldorf NStZ 84, 333, el uso de radio-cassettes debe ser inadmisible en general, debido al peligro de abuso unido a ello (de otra opinión Frankfurt StrV 84, 339), mientras que un *walkman* fue autorizado por Koblenz NStZ 85, 528. En cambio, tanto video-juegos como máquinas de café y máquinas de escribir, así como órganos de mesa electrónicos, deben ser inadmisibles en general (Düsseldorf NStZ 86, 92, 93; StrV 85, 286, con comentario de BAUMANN, 292; NStZ 92, 148; cuestionable). Tampoco se permite el uso de una computadora personal (Düsseldorf GA 86, 459). Recientemente, el BVerfG ha hecho, por primera vez, una declaración general (NStZ 94, 604, con comentario a favor de ROTTHAUS): conforme a ella, los aparatos únicamente pueden ser prohibidos cuando existen indicios concretos de amenaza real para la seguridad y el orden del establecimiento.

4. El § 119, IV, le permite al detenido comodidades (p. ej., ropa de cama propia, nº 52, UVollzO; fumar, pero no consumo de alcohol) y ocupaciones en el marco del fin de la detención y del orden del establecimiento. Empero, el envío de paquetes, p. ej., de ropa de cama o de vestimenta, puede prohibirse si existe el peligro de que sean introducidos estupefacientes de contrabando (Koblenz NStZ 94, 56). La *obligación* de trabajar no está prevista en ninguna parte y, además, sería absolutamente inadmisible (cf. AG Zweibrücken NJW 79, 1557).

5. También la *regulación de las visitas* debe dar lugar a intereses especialmente protegidos por el Derecho constitucional. Así, p. ej., del art. 6, I, GG, resulta el derecho del detenido de recibir a su cónyuge fuera del horario de visitas, cuando a éste no le es posible cumplirlo o no es exigible (BVerfGE 42, 95, 101 y siguiente). Al cónyuge y a los hijos se les debe permitir visitas más frecuentes, en tanto esto sea posible sin perjudicar el orden en el establecimiento (BVerfG NStZ 94, 604, con comentario de ROTTHAUS); allí no hay un tratamiento diferencial, en relación a otros detenidos, que afecte el art. 3, GG (BVerfG NJW 93, 3059). El peligro de fuga o de entorpecimiento autoriza el rechazo de las visitas del cónyuge, únicamente, cuando ellos no puedan encontrarse bajo vigilancia suficiente (KG NStZ 92, 558). La madre puede visitar a su hijo aun cuando ella es la única testigo del hecho (LG Berlin StrV 92, 282). La vigilancia acústica de la visita –sobre todo tratándose de la visita de un miembro de la familia– sólo está permitida cuando de otro modo, en el caso particular, existirían indicios concretos de la existencia de una amenaza para los fines de la prisión preventiva o del orden del establecimiento (BVerfG NStZ 94, 52). Dentro del horario de visita también son admisibles las visitas de otros detenidos en prisión preventiva (Koblenz MDR 91, 368).

6. El *derecho a votar* del detenido (art. 38, GG) no puede ser limitado en ningún caso, antes bien, se le debe dar la posibilidad de votar por correspondencia.

7. En los nº 67 a 71, UVollzO, están incluidas las *internas* en el establecimiento carcelario (entre otras amonestaciones, restricción del derecho de procurarse por sí mismo medios personales [alimentos y objetos de necesidad personal], privación o limitación de derechos del prisionero [p. ej., del material de lectura, del horario de iluminación de la celda, de objetos que posee, de distracciones, del trabajo u ocupación, del contacto con personas y visitas], arresto), las que sólo pueden ser ordenadas por el juez, debido a que nunca son urgentes. No son penas criminales, sino que son similares a las penas disciplinarias. En tanto con ellas no se persigue fines preventivos, sino represivos, su admisibilidad tropieza con serios reparos en atención al art. 2, I, GG (cf. BVerfGE 8, 325).

8. En caso de una huelga de hambre, para admitir la alimentación por la fuerza de un detenido rigen, según la opinión dominante, los §§ 178, I, y 101, StVollzG[8]. A ello hay que oponerse, pues los §§ 178 y 101, StVollzG, presuponen la obligación del penado de apoyar las medidas para la protección de la salud; en verdad, ello está impuesto a penados (§ 56, II, StVollzG), pero no a detenidos en forma preventiva. Por ello, la alimentación por la fuerza, como cualquier otro impedimento de suicidio, únicamente puede apoyarse en el § 119, III, 2ª alt. (cf. sobre esto BOTTKE, 220).

9. También depende del § 119, III, la cuestión de si el detenido en prisión preventiva puede intervenir en una entrevista y, por tanto, debe ser contestada en forma diferenciada. La praxis precedente es discontinua y poco satisfactoria (con más detalles NEHM, NStZ 97, 304). La cuestión debería ser regulada en una ley, a crear, de ejecución de la prisión preventiva (cf. *infra* IV).

Para otras cuestiones particulares sobre la estructuración de la prisión preventiva: SEEBODE, 1985, 158.

IV. Reforma

La situación jurídica actual de la ejecución de la prisión preventiva es incierta y poco satisfactoria; por ello, es necesaria urgentemente una ley federal aclaratoria, que ofrezca seguridad jurídica suficiente. Simultáneamente, se debería tomar las precauciones necesarias contra la *praxis de ejecución*, muy extendida hoy en día, que acaba en el encapsulamiento del detenido en el espacio más insuficiente del establecimiento respectivo y, con ello, se convierte a la prisión preventiva en un mal mayor que la pena privativa de libertad; no es preciso destacar, en especial, que una regulación con estas características no resulta compatible, en modo alguno, con la presunción de inocencia –art. 6, II, MRK– (cf. sobre esto ROTTHAUS, NJW 73, 2269; DECKERS/PÜSCHEL, NStZ 96, 419).

De la bibliografía más reciente sobre la reforma: *Baumann*, Entwurf eines U-Haft-Vollzugsgesetzes, 1981; *Döschl* y otros, Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der U-Haft, 1982; *Jung/Müller-Dietz* (comps.), Reform der U-Haft - Vorschläge und Materialien, 1983; *Amelung* y otros (círculo de trabajo sobre la reforma del proceso penal), Die U-Haft - Gesetzesentwurf mit Begründung, 1983; *Müller-Dietz*, Problematik und Reform des Vollzuges der U-Haft, StrV 84, 79; *Kaiser*, Die gesetzl. Regelung über den Vollzug der U-Haft und ihre Reform, Jur.-Gesellschaft-Berlin-FS, 1984, 299; *Seebode*, Der Vollzug der U-Haft, 1985; *Arbeitsgemeinschaft Sozialdem. Juristen*, Diskussionsentwurf eines U-Haft-Vollzugsgesetzes, 1985; *BMJ*, Arbeitsentwurf eines U-Haft-Vollzugsgesetzes, 1986; *Rössner*, Auf dem Weg zu einem U-Haft-Vollzugsgesetz, JZ 88, 116; *Rotthaus*, Die Reform der inhaltlich-vollzug-

[6] BGH NStZ 85, 139; Karlsruhe NJW 70, 291; Stuttgart MDR 73, 1036; Koblenz NStZ 82, 46; 83, 332; a favor de la constitucionalidad de esta jurisprudencia BVerfG NStZ 83, 331.

[7] Así, en definitiva, también Koblenz NStZ 83, 331; Düsseldorf NStZ 85, 44; Zweibrücken NStZ 90, 46; BOUJONG, NStZ 83, 333.

[8] Cf. Koblenz JR 77, 471, con comentario de WAGNER, 473; crítico BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982, 220; OSTENDORF, *Das Recht zum Hungerstreik*, 1983, 167.

lichen Gestaltung der U-Haft, Rebmann-FS, 1989, 401; *Baumann*, Gesetzl. Regelung des Vollzugs der U-Haft, JZ 90, 107.

E. Suspensión de la prisión preventiva (libertad provisional)

I. En tanto el fin de la prisión preventiva lo permita, la ejecución de la orden de detención debe o puede ser sustituida por medidas menos graves (§ 116).

1. En caso de *peligro de fuga*, la ejecución *debe* ser suspendida cuando es suficiente la aplicación de medidas menos graves. Tales medios, enumerados a modo de ejemplo ("sobre todo") en la ley, son: la obligación de presentarse, la limitación de residencia, el arresto domiciliario y la prestación de una caución (§ 116, I).

2. En caso de *peligro de entorpecimiento*, la ejecución *puede* ser suspendida cuando es aplicable una medida menos grave –ante todo la instrucción de no tomar contacto alguno con determinadas personas (coimputados, testigos, peritos)–. Dado que el efecto de esa medida es dudoso, la suspensión es aquí sólo facultativa ("puede", § 116, II). En general, la prestación de una caución no es considerada como una de las medidas alternativas posibles (Frankfurt NJW 78, 838; KG JR 90, 34; de otra opinión JUNGFER, *Meyer-GS*, 1990, 227; discutible).

3. Si el *peligro de reiteración* puede ser reducido considerablemente a través de determinadas instrucciones y con ello se alcanza, probablemente, los fines de la detención, también en ese caso se *puede* suspender la ejecución de la orden de detención (§ 116, III).

4. Después de la introducción del nuevo § 116 se discutió si la prisión preventiva también puede ser suspendida en los casos del § 112, III; pues si el § 112, III, no persigue ningún fin que asegure el procedimiento, ni ninguno preventivo, las "medidas menos graves" no tienen sentido. Esto también parece indicar, por cierto, que en el § 116 están aludidos los §§ 112, II, y 112a, no así el § 112, III. Desde que el BVerfG (E 19, 342; ver *supra* B, II, 2, c) ha declarado aplicable el § 112, III, exclusivamente con el fin de asegurar el procedimiento, surge, entonces, del principio de proporcionalidad, que también en el supuesto de los delitos mencionados en el § 112, III, puede ser suspendida la ejecución de la prisión preventiva cuando es suficiente la aplicación de medios menos graves.

II. El caso práctico más importante de la suspensión de la ejecución de la prisión preventiva es la puesta en libertad mediante la prestación de una *caución*. Pero a través de la caución sólo puede ser suspendida la ejecución de la orden de detención, no la emisión o el mantenimiento de la orden de detención. Sobre la clase, la cancelación y la caducidad de la caución cf. §§ 116a, 123 y 124; la caducidad de la caución no atenta contra la GG (BVerfG NStZ 91, 142).

III. La suspensión de la ejecución de la prisión preventiva puede ser ordenada al dictarse la orden de detención y también después de practicada la detención. Ella debe ser revocada cuando existen los presupuestos del § 116, IV (infracción grave, supresión de los fundamentos de la confianza, aparición de nuevos hechos que tornan necesaria la detención).

IV. El principio de proporcionalidad también prohíbe, en general, mantener una orden de detención durante muchos años (en el caso concreto, más de 12 años) sin ejecutar (BVerfGE 53, 152).

F. La revocación de la orden de detención

I. Motivos de revocación

1. La orden de detención debe ser revocada de oficio (§ 120, I):

a) cuando *no* existan *más* los *presupuestos* de la prisión preventiva, por tanto, cuando dejen de existir la sospecha vehemente de la comisión del hecho punible o los motivos de la detención;

b) cuando resulte que, de continuar la prisión preventiva, no *guardaría relación* con la importancia de la causa y de la pena o medida de seguridad y corrección que se espera (p. ej., si la redacción de la sentencia se retrasa demasiado después de haber sido dictada, Saarbrücken NJW 75, 941);

c) cuando el acusado es absuelto, es rechazada la apertura del juicio oral o el procedimiento es sobreseído no sólo en forma provisional; no es necesaria la absolución firme. La liberación del imputado no puede ser suspendida por la interposición de un recurso. P. ej., cuando en una causa en la que se investiga la comisión de un asesinato se absuelve al imputado y el fiscal interpone de inmediato el recurso de casación a causa de un error claro y evidente, la orden de detención debe ser, no obstante, revocada. Pero puede ser emitida nuevamente si el BGH casa la absolución (Frankfurt MDR 85, 603; discutible);

d) cuando el acusado comienza a cumplir una pena privativa de libertad a la que ha sido condenado por sentencia firme. SEEBODE, StrV 88, 119, y OSTERMANN, StrV 93, 52, se pronuncian en contra de la legalidad de la *"prisión intermedia"*, existente entre la cosa juzgada y el comienzo de la pena o de la ejecución de la medida de seguridad y corrección (prisión ejecutiva).

2. La orden de detención emitida antes de la promoción de la acción pública debe ser revocada, *además*, cuando el fiscal lo *requiere*: él es el señor del procedimiento preliminar (¡aquí es excepcionalmente el juez el que está vinculado a la decisión del fiscal!). Juntamente con su requerimiento (por tanto, aún antes de la revocación de la orden de detención por el juez) la fiscalía puede ordenar que el imputado sea liberado (§ 120, III); ella no puede revocar por sí misma la orden de detención emitida por el juez.

3. Por lo demás, la orden de detención debe ser revocada cuando la prisión preventiva por *el mismo hecho ha durado seis meses* y ni la ejecución de la orden de detención es reemplazada por medidas menos radicales, ni

el OLG (o bien el BGH en las causas de competencia en primera instancia del OLG) dispone la continuación de la prisión preventiva (§ 121, I y IV). En el cómputo del plazo de seis meses deben ser incluidos los tiempos de una internación conforme al § 126a, § 81 (KG NStZ 97, 148) y de una pena de prisión de acuerdo al § 459e (Celle NStZ 91, 248).

Por "mismo hecho" se debe entender el hecho en sentido procesal (cf. *supra* § 20, B, I, 2 y 3); por consiguiente, si dentro del plazo de seis meses se descubre un nuevo hecho, comienza a correr un nuevo plazo. Para impedir que la segunda orden de prisión sea "reservada" hasta el final del primer plazo, se debe considerar que el segundo plazo comienza en el momento en el cual la segunda orden de detención podría haber sido emitida por primera vez[9].

El juez competente para dictar la prisión –p. ej., el juez de la investigación– presenta el expediente, a través de la fiscalía, a decisión del OLG (o bien del BGH, ver § 122, VII), cuando considera necesaria la continuación de la prisión preventiva o la fiscalía lo requiere. La ejecución de la prisión preventiva sólo es admisible más allá de los seis meses cuando la dificultad particular, o la especial extensión de las averiguaciones, u otro motivo importante no permiten aún la sentencia y justifican la continuación de la detención (§ 121, I). Esta disposición debe ser aplicada restrictivamente, dado que de otro modo se lesionaría la garantía establecida por el art. 5, III, 2, MRK (límite máximo de duración de la prisión preventiva) y asegurada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. GURADZE, NJW 68, 2161; MAHLER, NJW 69, 353; Düsseldorf StrV 82, 531). Además, siempre se debe realizar una ponderación con el derecho fundamental a la libertad del art. 2, II, 2, GG (BVerfG NStZ 91, 397).

Dado que aquello que determina la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva no son los posibilidades del aparato de la persecución penal, sino una interpretación del § 121 adecuada al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la insuficiencia de personal o el exceso de trabajo de la fiscalía o bien del tribunal o de un perito (Düsseldorf StrV 92, 384) no son, en principio, un motivo importante que podría justificar la continuación de la prisión (jurisprudencia constante; BVerfG NStZ 94, 553; BGHSt 38, 43; Frankfurt y Hamburg, StrV 85, 198); sólo rige una excepción tratándose de excesos de trabajo a corto plazo, que no son previsibles ni evitables (Düsseldorf NJW 91, 3046; MDR 91, 1081). Tampoco constituyen un motivo importante en el sentido del § 121 el cambio del relator y las vacaciones de los miembros de la cámara (BVerfG NStZ 94, 93). La falta de personal debe ser prevenida a través de medidas organizativas adecuadas; en ciertas circunstancias, incluso las causas procesales civiles deben ser postergadas en favor de causas penales con prisión (Köln NJW 73, 912; Frankfurt StrV 82, 584; Schleswig StrV 85, 115; KG StrV 85, 116). Mientras esas posibilidades no estén agotadas, la orden de detención debe ser revocada debido a que no existe un "motivo importante"; esto rige, incluso, en caso de sospecha de asesinato (Koblenz NJW 90, 1375). Asimismo, los ahorros forzosos del fisco judicial no constituyen un motivo importante en el sentido del § 121 (Koblenz NStZ 97, 252). También tratándose de "causas extensas", una duración de la prisión preventiva de más de un año hasta el comienzo del juicio oral debe quedar limitada a casos excepcionales, muy especiales. El corregir los estrictos presupuestos del § 121, I, con ayuda del principio constitucional indeterminado de proporcionalidad (cf. *supra* § 2, A, III) en perjuicio (!) del imputado, no sólo es cuestionable metodológicamente, sino que, ante todo, contradice la terminante intención legal (cf. en esto la exposición sintética y crítica de BARTSCH, NJW 73, 1303) y no observa el derecho fundamental de la libertad de acción personal (BVerfGE 36, 264, con comentario de KLEINKNECHT, JZ 74, 582; crítico KREY, I, núm. marg. 96). Tampoco justifica la prórroga de la continuación de la prisión preventiva la negligencia de las autoridades oficiales (que, sin embargo, según Frankfurt NStZ 88, 287, deben ser groseras). La dificultad y la extensión de las investigaciones no justifican la continuación de la prisión preventiva cuando ellas se fundan en otros hechos eventuales del imputado, para los que no existe ni sospecha vehemente ni orden de detención (BVerfG NStZ 92, 341; MDR 92, 594).

[9] EB. SCHMIDT, NJW 68, 2209; ROSENTHAL, 1975, 127 y ss.; SCHLÜCHTER, núm. marg. 244.4; en definitiva, coincidentemente Düsseldorf StrV 86, 345; de otra opinión KLEINKNECHT/JANISCHOWSKY, 1977, núm. marg. 246; discrepante la apreciación, digna de atención, de VÖCKING, 1977, 188 y ss., quien hace hincapié en la "dirección de la investigación".

Sobre la existencia de este caso de excepción decide el OLG (o bien, el BGH), después de oír a los intervinientes (§ 122, II) en una audiencia oral facultativa. Si el OLG *dispone* la continuación de la prisión preventiva, también será competente para el examen posterior, que siempre debe ser repetido, a más tardar, transcurridos tres meses (§ 122, IV). Sin embargo, en los casos de peligro de reiteración (§ 112a) la ejecución de la detención no puede ser mantenida, bajo ningún concepto, por más de un año (§ 122a). En cambio, si el OLG *revoca* la orden de prisión por falta de un motivo de prórroga, no se puede emitir ni ejecutar una nueva orden de detención por el mismo hecho, tampoco en caso de que posteriormente se modifiquen los fundamentos fácticos[10].

Si las actas son presentadas al OLG después de transcurrido el plazo de seis meses ordenado en el § 121, esto no conduce, sin más, a la revocación de la orden de detención. El § 121, II, se dirige únicamente al juez que dictó la prisión, pero no al OLG, que sólo tiene que regirse por los presupuestos de contenido del § 121, I (Bamberg NStZ 81, 403; EB. SCHMIDT, NJW 68, 2215; KLEINKNECHT/JANISCHOWSKY, 1977, núm. marg. 267, con mayores informaciones).

II. Competencia

Para revocar la orden de detención siempre es competente el *juez* (nunca el fiscal), pero no necesariamente el juez que ha emitido la orden de prisión, sino el juez competente según la etapa del procedimiento (funcionalmente) (ver *supra* B, III, 2). En casos urgentes, también puede revocar la orden de prisión el presidente del tribunal (cf. § 126, II).

III. Suspensión de la prisión preventiva

Una suspensión de la prisión preventiva –p. ej., debido al entierro de un pariente– no es compatible con sus fines. Sin embargo, el detenido puede ser autorizado a asistir al entierro, bajo vigilancia.

[10] Acertadamente *LR*-HILGER, 25ª ed., § 122, núm. marg. 38; Stuttgart NJW 75, 1573; de otra opinión Frankfurt NStZ 85, 282, con comentario en contra de WENDISCH, StrV 85, 197.

Por el contrario, la prisión preventiva puede ser suspendida para posibilitar la ejecución de una pena privativa de libertad firme impuesta en otro procedimiento.

G. Examen de la prisión preventiva

I. Remedios jurídicos

Si después de la detención el imputado pretende la revocación de la orden de prisión o lograr la libertad provisional, la StPO le pone a disposición dos remedios jurídicos diferentes: la queja contra la detención (§§ 304 y ss.) y el requerimiento de examen de la prisión (§§ 117 y siguientes).

1. a) La *queja*, en tanto el juez que dictó la prisión no le ponga remedio (§ 306), pasa a la Cámara Penal del LG, que actúa como tribunal de la queja (§ 73 GVG), contra cuya decisión es procedente la queja ulterior ante el OLG (§ 310).

Si la orden de prisión preventiva fue dictada por el juez de investigación del OLG (§ 169, I, 1), es competente el OLG (§ 120, III, 2, GVG), contra cuya decisión está prevista la queja ulterior ante el BGH (§ 310, I). Si el juez de investigación del BGH (§ 169, I, 2) ha emitido la orden de prisión, sobre la queja decide el BGH, desde un principio (§ 135, II, GVG).

b) Sobre la queja contra la prisión, que *sólo* puede ser interpuesta *una vez* contra la misma orden de detención, se decide después de una audiencia oral *facultativa* (§ 118, II, como *lex specialis* para el § 309, I).

2. El *requerimiento de examen de la prisión* no tiene efecto devolutivo, esto es, lo decide el juez que dictó la prisión (§ 126) y, dado el caso, después de la audiencia oral, cuya realización puede *forzar* el imputado a través de su pedido (§ 118, I). En tanto dure la prisión preventiva, el requerimiento de examen de la detención que resulte rechazado puede ser reiterado con la frecuencia deseada, aun después de la desestimación de la queja contra la prisión (¡§ 117, I!); pero la audiencia oral sólo puede ser exigida cada dos meses (§ 118, III).

3. El *procedimiento de queja* es *subsidiario* en relación con el procedimiento de examen de la prisión (§ 117, II, 1); incluso una queja contra la detención ya interpuesta se vuelve inadmisible cuando el imputado, antes de su resolución, presenta otro requerimiento de examen de la prisión (opinión dominante, ver *Kl/M*, § 117, núm. marg. 14). Dado que contra la decisión dictada en el procedimiento de examen de la prisión también están previstas la queja simple y la ulterior (§ 117, II, 2, 304 y 310), la duplicación de remedios jurídicos, producida por el mantenimiento de la queja contra la detención, aparece como confusa y superflua (de otra opinión MATT, 1991, 91).

II. Procedimiento de oficio

1. Cuando la prisión preventiva ha durado, al menos, tres meses, el imputado tiene derecho a nombrar un *defensor*, si es que todavía no ha elegido alguno (§ 117, IV). Si no hace uso de este derecho (y ni la fiscalía ni su representante legal provocan el nombramiento a través de un requerimiento al juez que dictó la prisión) y tampoco utiliza remedio jurídico alguno contra la orden de prisión, el examen de la detención debe ser realizado de oficio después de tres meses de detención preventiva (§ 117, V). Por consiguiente, el examen de oficio de la prisión presupone una doble necesidad de protección del imputado que, por un lado, debe estar detenido desde hace por lo menos tres meses y, por otro, no puede tener defensor, a través de cuyo asesoramiento razonable se lo pondría en condiciones de salvaguardar por sí mismo sus derechos.

2. Después de una duración de seis meses, el examen de la detención tiene lugar de oficio por el OLG o bien por el BGH (§ 121; ver *supra* F, I, 3). Finalmente, también al dictar el auto de apertura y en el pronunciamiento de la sentencia se debe decidir de oficio sobre la continuación de la prisión preventiva (§§ 207, IV, y 268b).

Si alguien se halla en prisión preventiva por varios hechos y es condenado por uno de ellos, por los otros hechos ya no puede realizarse un examen conforme al § 121 cuando en la sentencia fue ordenada la continuación de la prisión preventiva según el § 268b; pues la decisión conforme al § 121 no tendría sentido, ya que la prisión preventiva continúa de todos modos (Koblenz NStZ 82, 343, con comentario de DÜNNEBIER; Hamm NStZ 85, 425; discutible).

3. La audiencia oral en el procedimiento del examen de la prisión debe realizarse inmediatamente, a más tardar dos semanas después del ingreso del requerimiento (§ 118, V). En principio, el imputado tiene derecho a estar presente, aspecto importante, ante todo, en caso de una eventual recepción de prueba; en caso de necesidad, sus derechos deben ser hechos valer por un defensor de oficio. Al finalizar la audiencia, a más tardar dentro de una semana, se pronuncia la decisión en forma de auto (sobre la audiencia, en particular, § 118a).

§ 31. Detención provisional, averiguación de la identidad y conducción forzada

Bibliografía: *Schubert*, Die vorl. Festnahme, tesis doctoral, Frankf./M., 1968; *Koschwitz*, Die kurzfristige polizeil. Freiheitsentziehung, 1969; *Albrecht*, Das Festnahmerecht jedermanns nach § 127 I StPO, tesis doctoral, Kiel, 1970; *Fincke*, Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 StPO irren?, GA 71, 41; *Geerds*, Über die Festnahme von Störern nach § 164 StPO, Maurach-FS, 1972, 517; *Buchert*, Zum polizeil. Schußwaffengebrauch, 1975; *Seebode*, Das Recht zur Festnahme entwichener Strafgefangener, Bruns-FS, 1978, 487; *Benfer*, § 127 I 2 - strafproz. Personalienfeststellung, Die Polizei 78, 249; *Kurth*, Identitätsfeststellung, Einrichtung von Kontrollstellen und Gebäudedurchsuchung, NJW 79, 1377; *Achenbach*, Vorl. Festnahme, Identifizierung und Kontrollstelle im Strafprozeß, JA 81, 660; *Borchert*, Die vorl. Festnahme nach § 127 StPO, JA 82, 338; *Geerds*, Festnahme und U-Haft bei Antrags- und Privatklagedelikten, GA 82, 237; *Arzt*, Zum privaten Festnahmerecht, Kleinknecht-FS, 1985, 1; *Geerds*, Strafproz. Personeniden-

tifizierung, Jura 86, 7; *Amendt*, Die Verfassungsmäßigkeit der strafproz. Sicherheitsleistungsvorschriften, 1986; *Welp*, Die Gestellung des verhandlungsunfähigen Angekl., JR 91, 265; *Kramer*, "Jedermann" nach § 127 I StPO: StAe und Polizeibeamte?, MDR 93, 111 (sobre esto *Benfer*, MDR 93, 828); *Marxen*, Zum Begriff der frischen Tat in § 127 I StPO, Stree/Wessels-FS, 1993, 705; *Schmidt/Schöne*, Zwangsmitteleinsatz im Rahmen des § 127 II StPO, NStZ 94, 218; *Krause*, Vorläufige Festnahme von Strafunmündigen nach § 127 I StPO?, Geerds-FS, 1995, 489.

A. Detención provisional y coacción directa

I. Presupuestos

1. En casos urgentes puede ser necesaria la privación de libertad inmediata a través de la fiscalía, de los funcionarios policiales o de personas privadas, sin que sea posible obtener, con anterioridad, la orden de detención escrita del juez. Una *detención* semejante, no dispuesta por el juez, sólo es admisible como medida *provisional* (§§ 127 y ss. y 163b/c, como disposición reglamentaria del art. 104, III, GG). La StPO distingue cuatro tipos de detenciones provisionales (cf. ACHENBACH, JA 81, 660 y siguiente):

– la detención en flagrante para asegurar la presencia y la identificación, § 127, I, 1;

– la detención oficial para asegurar la identificación, a través de la fiscalía y de la policía, § 127, I, 2, en relación con los §§ 163b y c;

– la detención oficial para asegurar la prisión preventiva, § 127, II.

– la detención para asegurar la realización del procedimiento acelerado, § 127b.

2. Conforme al § 127, I, 1, *toda persona* está facultada para *detener en flagrante* cuando:

a) el autor es sorprendido o perseguido en flagrante (el hecho puede hallarse todavía en el estadio de tentativa punible o también estar ya consumado; es suficiente cuando la persecución se lleva a cabo inmediatamente después de la acción punible); y cuando

b) la identidad del autor no se puede determinar inmediatamente (detención en flagrante para asegurar la identificación); o

c) existe sospecha de fuga (detención en flagrante para asegurar la presencia). La facultad de detener en flagrante para asegurar la presencia le corresponde también a la *fiscalía y a la policía*; en cambio, el derecho a la detención en flagrante para asegurar la identificación lo tienen únicamente las personas privadas (pero de ningún modo sólo el ofendido).

aa) La *identidad* del autor es *determinable* cuando lleva consigo y exhibe documentos de identidad oficiales (sobre todo aquellos con descripción de la persona y fotografía). Por ello, con arreglo al principio de proporcionalidad, en lugar de la detención también está permitida, como medio menos grave, la incautación de un documento (discutible; de otra opinión EB. SCHMIDT, anexo I, § 127, núm. marg. 26, con el fundamento de que una persona privada tiene prohibido el secuestro); empero, el documento de identidad debe ser devuelto después de la identificación.

bb) Según la opinión dominante hasta ahora, la "*sospecha de fuga*", a diferencia del "peligro de fuga" determinado objetivamente en el § 112, está basada en la capacidad de enjuiciamiento limitada y momentánea del que realiza la detención y se presenta, en general, en delitos graves o típicamente furtivos (p. ej., incendio intencional); en contra, con fundamentos atendibles, *LR*-WENDISCH, 24ª ed., § 127, núm. marg. 20 y s., quien también para el § 127, I, exige peligro de fuga en el sentido del § 112, I, nº 2, ya que a la persona privada no le puede estar permitido más que a la policía, según el § 127, II.

d) Dado que el derecho a realizar una detención (al igual que la legítima defensa y la defensa personal) no sirve al interés propio de la persona privada, sino al interés público en una persecución penal eficiente y que, con la detención, la persona privada cumple un deber público, sería injusto someterlo al riesgo de un error inculpable (p. ej., sobre la calidad de autor del sospechoso hallado en el lugar del hecho). Por consiguiente, existe derecho a efectuar una detención conforme al § 127, I, cuando la persona privada supone, sin negligencia, que concurren los presupuestos mencionados en esa disposición (muy discutido[1]).

3. La *detención oficial para asegurar la identificación* a través de la fiscalía y de la policía fue derivada, desde 1978, del ámbito de aplicación del § 127, I, 1. En la actualidad, según el § 127, I, 2, sólo es admisible en el marco del procedimiento general de identificación de acuerdo con los §§ 163b y 163c (ver *infra* B).

4. Para efectuar la *detención oficial con el fin de asegurar la prisión preventiva* están autorizados, conforme al § 127, II, la fiscalía y todos los funcionarios policiales (no sólo los funcionarios auxiliares de la fiscalía) cuando estén cumplidos los presupuestos de una orden de detención (con otras palabras, cuando exista sospecha vehemente del hecho y un motivo de detención) y haya peligro inminente en la demora (esto es, cuando la demora que existe en la obtención de una orden de detención pondría en peligro el fin de la investigación).

5. El derecho a detener regulado en el § 127b, I, representa un caso especial. Dado que, ante todo, esa facultad sirve para asegurar la realización del juicio oral en el procedimiento acelerado (§§ 417 y ss.) y la realización del motivo de detención regulado en el § 127b, II (llamado "encarcelamiento para la realización del juicio oral"), se lo trata, en particular, allí (cf. *infra* § 59, C).

6. a) Los *actos preparatorios* no punibles no justifican una detención en virtud del § 127; en todo caso, en tanto una ley estadual lo autorice, puede llevarse a cabo una privación de libertad por motivos preventivo-policiales, pero, incluso en ese supuesto, sólo dentro de los estrechos límites temporales del art. 104, GG.

[1] Cf. ROXIN, AT, I, 3ª ed., § 17, núms. margs. 24 y s., con más información, así como FINCKE, GA 71, 41; *idem*, JuS 73, 87, contrario a Hamm NJW 72, 1826; BORCHERT, 1982; como aquí BGH NJW 81, 745; BayObLG MDR 86, 956; *KK*-BOUJONG, § 127, núm. marg. 9; de otra opinión WIEDENBRÜG, JuS 73, 418; SCHLÜCHTER, JR 87, 309; KREY, II, núm. marg. 371; RANFT, núms. margs. 759 y ss.; BEULKE, núm. marg. 235. MARXEN, 1993, pretende basarse en la "evidencia de un comportamiento punible", con la consecuencia de que, en lo esencial, sólo autorizan la detención los delitos dolosos de violencia y de daño, así como la privación de la libertad y el hurto.

b) Se discute si existe un derecho a detener cuando se trata de hechos cometidos por personas que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal (§ 19, StGB). Esto es apoyado, en parte, pues la detención del niño posibilita las investigaciones contra partícipes punibles en ese hecho o, a través de la comprobación de la autoría del niño, preserva de seguir sometidos a la persecución penal a otros sospechosos inocentes de hechos no aclarados (KRAUSE, 1995). Sin embargo, el derecho a detener es una medida coercitiva procesal penal, que sólo puede ser aplicada contra aquel que está sujeto a sanciones del derecho penal, por tanto, no procede contra los que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal (así la opinión dominante, cf., con más información, *LR*-HILGER, 25ª ed., § 127, núm. marg. 8, nota al pie nº 26; ROXIN, *AT*, I, 3ª ed., § 17, núm. marg. 26, nota al pie nº 34). Por ello, tampoco es motivo para una detención en flagrante el hecho de posibilitar la aplicación de medidas educativas contra el menor (así, sin embargo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 16/17).

c) En general, el derecho de detención está limitado por el *principio de proporcionalidad*. Se encuentra expresiones jurídico-positivas de ello en el § 127, II (donde se remite a los presupuestos de la orden de detención y, con ello, a los §§ 112, I, 2, y 113), en el § 127a, según el cual en caso de delitos más leves se puede prescindir, incluso, de la detención, cuando el imputado no tiene un domicilio fijo, pero presta una caución para la multa que se espera y para las costas del procedimento (sobre esto DÜNNEBIER, NJW 68, 1752; sobre la constitucionalidad AMENDT, 1986), así como en los §§ 163b y 163c (cf. *supra* B). Otras limitaciones del derecho de efectuar una detención resultan del hecho de recurrir directamente al principio de proporcionalidad (cf. NAUCKE, *SchlHA* 66, 97).

d) La detención provisional también es aplicable en los delitos perseguibles a instancia de parte (§ 127, III), así como en los delitos de acción privada, porque, de lo contrario, el ofendido, en los casos en los que no le asiste el derecho a la defensa personal, conforme al § 229, BGB, no estaría nunca facultado para determinar la identidad del autor (sobre los delitos perseguibles a instancia de parte y los delitos de acción privada, detalladamente, GEERDS, 1982).

e) Un diputado puede ser detenido en razón del § 127 únicamente con sujeción al art. 46, II, GG.

f) Si no están cumplidos los presupuestos del § 127 (p. ej., una persona reconoce en la calle, una semana después del hecho, al asaltante de un banco buscado por vía de requisitoria), la detención provisional tampoco es admisible basándose en el § 34, StGB; de lo contrario, se dejaría sin efecto la restricción del § 127, I, "en flagrante" (BORCHERT, 1982, 345).

7. Fuera de la StPO, la detención provisional está prevista en las siguientes *leyes especiales*:

a) Todo tribunal actuante (conforme al § 183, 2ª frase, GVG, al que remiten las otras ordenanzas de procedimiento, p. ej., el § 55, VwGO) puede disponer una detención provisional cuando en la audiencia es cometida una acción punible (p. ej., perjurio). ¡Pero la orden de detención definitiva sólo puede emitirla el juez competente según el § 125!

b) En el procedimiento penal por delitos tributarios, el derecho de detención de los funcionarios que tienen a su cargo la investigación aduanera y fiscal resulta del § 404, AO.

c) En el § 12 de la Ley sobre la policía de fronteras de la República Federal de Alemania (del 2/3/1992, BGBl. I, 178) está regulado el derecho a detener, con carácter represivo-policial, de los funcionarios de esa policía federal.

d) El derecho de detención del capitán posee un carácter preventivo-policial, conforme al § 106, III, SeemannsG (del 26/7/1957, BGBl. II, 713).

II. La realización de la detención

1. a) Para la realización de la detención provisional no se prevén *formalidades* especiales (p. ej., las palabras "¡está usted arrestado en nombre de la ley!"), como tampoco para la ejecución de una orden de detención; sólo es necesaria la *efectiva privación de la libertad de movimiento*.

b) El derecho de efectuar una detención no comprende la facultad de *registrar* al detenido, en tanto ello se realice con otros fines que no sean los

de determinar inmediatamente sus datos personales (arg. § 127, I; ver *supra* I, 2, c, aa).

c) El § 127 no autoriza, por sí solo, ni una amenaza, ni una lesión al autor (sobre esto ver *infra* 2), sino únicamente su *aseguramiento*. Pero también las meras medidas de aseguramiento, tanto si son efectuadas por funcionarios como por personas privadas, deben guardar una *relación razonable* con su motivo y fin (así ya RGSt 65, 392 y ss., 394).

2. Para la detención por parte de una *persona privada* rigen los siguientes principios:

a) *Durante* la detención está permitido el uso de *violencia corporal* razonable (¡pero su uso no está permitido una vez que la detención ya fue realizada, art. 104, I, 2, GG!), incluso cuando ella conduce a maltratos corporales (p. ej., tomar a la persona fuertemente; dado el caso, esposarla); por el contrario, los daños a la salud no están amparados por el § 127 (pero, eventualmente, pueden estarlo por el § 32, StGB). El uso de *armas de fuego* está absolutamente prohibido a los particulares, aun en los casos más difíciles[2]; empero, el § 32, StGB, también puede ser aplicado aquí. Si un coche de policía atropella a un motociclista con el fin de detenerlo, esto lesiona el principio de proporcionalidad (BayObLG, NStZ 88, 518, con comentario de MOLKETIN, NStZ 89, 488).

b) Si el autor utiliza un *automóvil* puede ser perseguido, pero sólo puede ser obligado a detenerse (p. ej., cerrándole el paso) si con ello no se pone seriamente en peligro a otras personas ni a él mismo (detalladamente *LR*-HILGER, 25ª ed., § 127, núms. margs. 32 y siguiente).

c) En cambio, la facultad de *ingresar en viviendas ajenas* no puede derivarse del § 127. Ello sería un registro domiciliario que únicamente puede ser efectuado por disposición de la fiscalía o de sus funcionarios auxiliares (§ 105, I), bajo las seguridades especiales del § 105, II. Más allá de ello, si la StPO quisiera autorizar también a las personas privadas a efectuar una intervención semejante en el derecho fundamental del art. 13, GG, debería determinarlo expresamente (art. 19, I, y 13, II, GG).

III. La aplicación de coacción directa, en especial por la policía

1. La StPO no contiene ninguna regulación sobre los medios de coacción permitidos a la *policía* durante la detención. La opinión dominante admite que se recurra a los preceptos referidos a la aplicación de coacción directa del derecho estadual y, dado el caso, federal[3].

Para ello, en la práctica son de importancia, ante todo, los preceptos del derecho de policía del derecho estadual[4]. Para los *funcionarios federales* rige la Ley sobre coacción directa en el ejercicio de la fuerza pública por funcionarios de ejecución de la República Federal, del 10/3/1961 (UZwG, Sartorius 115); para los soldados y para los guardias civiles del ejército de

[2] Opinión dominante; RGSt 65, 392; EB. SCHMIDT, anexo I, § 127, nº 25; BORCHERT, 1982, 344; de otra opinión, *LR*-HILGER, 25ª ed., § 127, núm. marg. 29; *KMR*-MÜLLER, § 127, núm. marg. 16.

[3] Sobre el estado de la discusión, instructivamente, *SK*-PAEFFGEN, § 127, núm. marg. 29, con información detallada.

[4] Cf. las recopilaciones de SCHENKE, en: STEINER, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1995, 5ª ed., núms. margs. 10 y s., 250 y ss.; GUSY, *Polizeirecht*, 1996, 3ª ed., núms. marg. 353 y siguientes.

la República Federal de Alemania rige la ley correspondiente, del 12/8/1965 (UZwGBw, Sartorius 117); las disposiciones para los *funcionarios estaduales* están contenidas, en general, en las leyes de policía.

2. Esta complementación del Derecho procesal penal a través de normas procedentes de otro ámbito de competencia y de otro contexto funcional es criticada en los últimos tiempos, con razón, en forma creciente[5]: no es compatible con la cláusula de codificación del § 6, EGStPO, a la que, según el Derecho procesal penal de la Federación, le corresponde un efecto prohibitivo frente al Derecho estadual; ignora la diferencia entre la fijación de un fin preventivo de los preceptos invocados y el aseguramiento del esclarecimiento del hecho como función de la detención provisional. Por otra parte, una complementación semejante se encuentra en contradicción con el principio de reserva de ley, propio del Estado de Derecho, que prohíbe la aplicación analógica de las autorizaciones para intervenir los derechos fundamentales y exige una decisión específica, correspondiente al legislador y propia de él. Por ello, también la policía está limitada a la aplicación de aquellos medios derivables del concepto de detención (*supra* núm. marg. 10, apartados a y b). Toda otra forma de coacción directa necesita una autorización expresa dada por la StPO.

3. a) Las disposiciones decisivas sobre *coacción directa* son, en gran parte, semejantes unas a otras. En general, se diferencia la violencia corporal simple, los medios para ayudar a la fuerza corporal (p. ej., esposas) y el uso de armas, para cuya aplicación rige el principio de proporcionalidad en su doble expresión: siempre se debe emplear el medio de coacción más leve que sea suficiente, que nunca puede resultar desproporcionado con respecto a su causa (p. ej., sería ilegal soltar un perro de policía contra un fugitivo acusado por un hurto de bagatela).

b) Esto rige, ante todo, para el medio más violento, el *uso de armas de fuego*. En la mayoría de los estados federados, el uso de armas de fuego está permitido en la primera detención, únicamente, cuando se trata de un crimen, cuando son inaplicables medios menos agresivos y cuando precedió un aviso (¡"alto o disparo!"). Pero incluso, en ese caso, sólo se puede tender a la neutralización (evitar la agresión o la fuga) del sospechoso, no al homicidio. Además, de la presunción de inocencia, del valor irreemplazable de la vida humana y del principio de proporcionalidad, así como de la decisión valorativa fundamentadora del art. 102, GG, resulta que, ante el peligro evidente de que suceda un desenlace mortal, el uso de un arma de fuego al efecto de la persecución penal queda prohibido (discutido; de otra opinión Blei, JZ 55, 631). Tratándose de delitos, el uso de armas de fuego sólo está permitido, en parte, cuando alguien que ya ha sido detenido intenta escaparse y, conforme a la UZwG y las leyes estaduales análogas a ella, también cuando el mismo autor está provisto de un arma de fuego.

Se discute si la policía, más allá de las facultades estatales de intervención reguladas en leyes especiales, puede apelar, en su proceder, a los motivos de justificación generales del Derecho penal (en especial, §§ 32 y 34, StGB). La opinión dominante en Derecho penal lo afirma[6]. La Doctrina de derecho público acepta, por un lado, una remisión tácita de las normas del Derecho estadual a las reglas de necesidad del Derecho penal –lo que conduciría al mismo resultado– (cf. Lerche, *Heydte-FS*, 1977, 1033) y, por otro, limita el efecto de esas disposiciones al Derecho civil y al Derecho penal, para poder sancionar el comportamiento estatal, además, con el Derecho disciplinario (cf. Schwabe, NJW 77, 1902, con detalles) o, incluso, pone por completo en tela de juicio (con prescindencia de un puro derecho de autoprotección) la aplicabilidad de los motivos de justificación del Derecho penal al actuar estatal (cf. Amelung, NJW 77, 833; Seelmann, ZStW 89 [1977], 36), afirmación que, antes bien, termina en una supresión difícilmente tolerable, en la práctica, del derecho de auxilio. Schaffstein propone, muy convincentemente, aplicar, por cierto, los motivos de justificación del Derecho penal al actuar estatal, pero limitar esa aplicación a través del principio de proporcionalidad del Derecho público (*Schröder-GS*, 1978, 97).

[5] *AK*-Achenbach, EGStPO, § 6, núms. marg. 1 y 6, con indicación de la opinión sostenida anteriormente; *SK*-Paeffgen, § 127, núms. margs. 30 y 31; Schmidt/Schöne, NStZ 94, 218 y siguientes.

IV. El procedimiento posterior a la detención

1. La persona detenida por un particular, habitualmente, es llevada al puesto de policía más próximo (lo que no representa ninguna lesión al § 128, RGSt 29, 137) y sólo una vez allí es interrogada (¡con observancia del § 163a, IV!). Si de ello resulta su inocencia, es liberada nuevamente. Lo mismo rige si sólo fue detenida para investigar sus datos personales y esto es posible en el puesto de policía.

2. Si la persona detenida no es puesta de nuevo en libertad, debe ser conducida inmediatamente, a más tardar el día siguiente, ante el juez municipal de la circunscripción en la cual ha sido detenida (art. 104, III, GG; § 128, I). Sin embargo, el plazo del § 128, I, 1, puede ser aprovechado, por cierto sin arbitrariedad, para realizar averiguaciones que le ofrezcan al juez una base completa para su decisión (BGH NStZ 90, 195; en contra Nelles, StrV 92, 385; en sentido afirmativo Fezer, JR 91, 85). En el plazo del § 128 se debe incluir una detención inmediatamente anterior por peligro de suicidio, puesto que también ella requiere una confirmación judicial según el art. 104, II, GG (BGHSt 34, 365). El juez toma declaración al detenido conforme a los §§ 128, I, 2, y 115, III, y, o bien dispone su liberación, o bien emite una orden de detención (§ 128, II), por medio de la cual el procedimiento de detención se convierte en el procedimiento de la prisión preventiva.

3. Existe una regulación especial de competencia para el caso de que ya haya sido promovida la acción pública contra el detenido; en particular, ver § 129.

V. La detención por perturbaciones de la actividad oficial

En el § 164 está regulado un caso de detención de corta duración, diferente en sus presupuestos y finalidad al del § 127 (sobre esto Eb.-Schmidt,

[6] Cf. Lange, NJW 78, 784; Bockelmann, *Dreher-FS*, 1977, 235, con más informaciones; Hummel-Lilyegren, *Die Polizei* 78, 373; K. Huber, *§ 34 StGB als Rechtfertigungsgrund für hoheitl. Handeln*, tesis doctoral, München, 1982; sobre el derecho de necesidad de los servicios organizados de auxilio del Derecho privado Hoffmann-Riem, ZRP 77, 277.

NJW 69, 393; GEERDS, 1986). De acuerdo con ello, todo funcionario que, fuera de la oficina respectiva, realiza un acto oficial de carácter procesal penal (p. ej., un registro domiciliario, análogo al § 177, GVG, para actos judiciales) puede detener, y en caso necesario puede mantener detenidas hasta el final del día siguiente, a las personas que perturban intencionalmente su actividad oficial o se oponen a sus órdenes, adecuadas a la ley.

B. La determinación de la identidad

La StPÄG 1978 (ley antiterrorismo) del 14/4/78 (BGBl. I, 497) ha establecido, en los §§ 163b y 163c, un nuevo *fundamento general de autorización* para la *identificación* de personas en el *procedimiento penal* (detalladamente sobre esto KURTH, 1979, ACHENBACH, 1981, GEERDS, 1986). Esta regulación es, a la vez, determinante para la detención provisional oficial con el fin de asegurar la identificación por la fiscalía y todos los funcionarios policiales (§ 127, I, 2).

Conforme a ello, ante todo *sospechoso* de un hecho punible –con independencia absoluta de ser sorprendido en flagrante y de los presupuestos de una orden de detención (!)– es posible tomar todas las medidas necesarias para la determinación de su identidad; además, al sospechoso se le debe comunicar qué hecho se le imputa (§ 163b, I, 1; sobre esto Köln StrV 82, 359). Si el imputado no puede ser identificado, o sólo puede serlo con graves dificultades, se lo puede detener provisionalmente, someter a medidas que sirven para la identificación (cf. *infra* § 33, A, III), así como registrarlo junto con sus cosas (§ 163b, I, 2, 3). La permanencia en sede policial y la averiguación allí de sus antecedentes sólo es admisible cuando existe un motivo concreto para dudar de la autenticidad de los documentos de identidad presentados (BVerfG StrV 92, 210). Incluso las *personas no sospechosas* pueden ser identificadas cuando ello es necesario para el esclarecimiento de un hecho punible; en ese caso, se les debe indicar el objeto de la investigación, así como la identidad del posible imputado (§ 163b, II, 1). Ellas pueden ser detenidas cuando tal acción se corresponde con la importancia de la causa; sin embargo, el registro de su persona y de las cosas que lleva consigo, así como las medidas tendentes a la identificación, sólo están permitidas con su conformidad (§ 163b, II, 2), de donde la opinión dominante concluye que se debe pedir su consentimiento positivo y no sólo apoyarse en la inexistencia de una oposición declarada expresamente o reconocible (*SK*-WOLTER, § 163b, núm. marg. 53, con más informaciones sobre el estado de la discusión).

Sospechosos y no sospechosos pueden ser detenidos con fines de identificación únicamente durante el tiempo que sea indispensable (§ 163c, I, 1; sobre esto, estableciendo una diferenciación *AK*-ACHENBACH, § 163c, núms. margs. 2 a 5); en todo caso, su detención debe finalizar, a más tardar, una vez transcurridas 12 horas (§ 163c, III). Los detenidos deben ser conducidos inmediatamente ante el juez, a menos que la obtención de la decisión judicial reclame, probablemente, un tiempo más largo del que es necesario para la identificación (§ 163c, I, 2). Las personas detenidas tienen derecho a que un pariente o una persona de confianza sea informado inmediatamente; ellas mismas pueden tomar contacto con esas personas, a menos que sean sospechosas de haber cometido un hecho punible y que, por la comunicación, se pusiera en peligro la finalidad de la investigación (§ 163c, II). Si son identificadas personas no sospechosas, todos los documentos que fueron elaborados con el fin de la identificación deben ser destruidos (§ 163c, IV).

C. La conducción forzada

I. Concepto

En un sentido más amplio, toda presentación forzada de una persona ante una autoridad es designada como *conducción forzada* (cf. §§ 115, I, y 128, I); en un sentido más restringido, una conducción forzada es la *realización* de una *citación* a través de coacción (esto es, la intimación de presentarse ante una autoridad). En el procedimiento penal, una conducción forzada (propia) semejante puede dirigirse tanto contra el imputado (II) como contra los testigos (III).

II. Conducción forzada del imputado

1. El derecho de la *policía* de hacer comparecer forzosamente al *imputado* ("llevarlo a la comisaría") *sólo* existe en los casos mencionados en los §§ 127, I y II, 163b y 163c.

a) La conducción forzada para prestar declaración no puede basarse en las leyes de policía de los estados federados que prevén una medida semejante (p. ej., § 4, PVG, del Estado federado de Renania-Palatinado), porque la regulación de la StPO en ese ámbito de la persecución penal es detallada y no le deja lugar alguno al poder legislativo estadual[7]. Desde el punto de vista del derecho de policía, la conducción forzada sólo está permitida para evitar un peligro en forma preventiva, ¡pero no con el fin de la persecución penal represiva!

b) El llevarse a alguien por la fuerza a la comisaría para comprobar sus antecedentes (la llamada *detención para averiguación de antecedentes*) fue cuestionado, anteriormente, en sus fundamentos jurídicos. La ley antiterrorismo del 14/4/1978 (BGBl. I, 497) permite ahora someter a sospechosos a medidas que sirven a la identificación y, con el fin de identificarlos, detenerlos hasta por 12 horas (ver en particular *supra* A, I, 3, B).

2. a) El *juez* (§ 134) y, a partir de la 1.StVRG, también el *fiscal* (§ 163a, III, 2) pueden ordenar que se conduzca forzadamente al imputado para tomarle declaración[8]. En caso de duda sobre la legitimidad de la conducción forzada ordenada por el fiscal, decide el tribunal a requerimiento del imputado, esto es, en general, el LG competente (§§ 163a, III, 3, en relación con el § 161a, III).

El significado de este examen judicial es confuso (como aquí, KÜHNE, núm. marg. 225). Únicamente puede tener sentido este examen cuando es efectuado antes de la ejecución de la conducción forzada (así también *KI/M*, § 163a, núm. marg. 21). Sin embargo, la importante pérdida de tiempo que ello representa hace que parezca conveniente una inmediata conducción forzada dispuesta judicialmente, según los §§ 133 y 134. Además, no está claro bajo qué criterios el tribunal debe examinar la medida impugnada. Por ello, una modificación legislativa aclarativa parece oportuna[9].

[7] BGH NJW 62, 1020; KOSCHWITZ, 1969, 88 y ss.; SCHENKE, JR 70, 48; de otra opinión PETERS, 182; cf. también H. W. SCHMIDT, NJW 62, 2190 y HOFFMANN, DVBl. 67, 751.

[8] A favor de la incompatibilidad con el art. 104, II, GG, del derecho de la fiscalía de ordenar la conducción forzada, *AK*-ACHENBACH, § 163a, núm. marg. 35, en relación con el § 161a, núm. marg. 15 y s., con mayores informaciones. Sobre el derecho de la fiscalía de ordenar la conducción forzada y su examen cf. BGHSt 39, 96, con comentario de WELP, JR 94, 37.

[9] Con más detalles sobre todo esto, en especial sobre la impugnabilidad de la citación, ENZIAN, JR 75, 277; AMELUNG, *Rechtsschutz gegen strafproz. Grundrechtseingriffe*, 1976, 31; GÖSSEL, GA 76, 62; WELP, *Zwangsbefugnisse für die StA*, 1976, 17 y ss., 23 y siguientes.

Los §§ 133 a 135 regulan las particularidades de la conducción forzada. De acuerdo con ello, en general, es necesario, ante todo, una citación escrita y el apercibimiento de la conducción forzada, y la conducción forzada inmediata sólo es admisible cuando, en su lugar, también podría ser emitida una orden de detención.

Se discute si la actitud de incomparecencia del imputado no debe ser vista como una abstención tácita de declarar y, en ese caso, la conducción forzada sería inadmisible, conforme al principio de proporcionalidad –prohibición de un medio inútil– (así, LG Köln NJW 67, 1873). Pero de ello no puede derivarse una prohibición de conducción forzada, porque su finalidad consiste, justamente, en explicarle al imputado su situación, después de lo cual, en un gran número de casos, el imputado se convence de declarar para aclarar su situación (LG Nürnberg-Fürth NJW 67, 2126). De lo contrario, el § 133 tampoco sería interpretado, sino que, en la práctica, sería derogado, para lo cual no existe ningún motivo suficiente, puesto que no existe razón alguna manifiesta para fundar la inconstitucionalidad de esta disposición (como aquí Eb. Schmidt, JZ 68, 354).

b) De conformidad con el § 230, II, el juez puede ordenar la conducción forzada por escrito contra un acusado que no comparece al *juicio oral*, sin justificación suficiente, para la nueva audiencia (Lemke, NJW 80, 1494) o emitir una orden de detención, con lo cual la conducción forzada, en tanto aparezca como suficiente, tiene preferencia a la orden de detención como medida menos grave (cf. BVerfGE 32, 87, 93). Se discute si la orden de detención debe cumplir las exigencias del § 114, esto es, si debe contener una indicación del hecho y del precepto penal[10]. Además, de acuerdo con el § 231, I, ante una suspensión del juicio oral también se puede evitar el alejamiento del acusado, en caso necesario, tomándolo en custodia durante ese tiempo. El § 329, IV, también permite, si el caso lo requiere, la conducción forzada o la detención del acusado para la audiencia de apelación.

Es discutible si un acusado que se presenta, pero que es incapaz procesalmente, puede ser tratado como si no hubiera comparecido y ser sometido a las medidas de coerción del § 230, II (¡orden de prisión preventiva!; a favor Düsseldorf JR 91, 294; críticamente Welp, 1991).

c) Una vez llevada a cabo la declaración o el juicio oral, la orden de conducción forzada queda agotada (en contraposición con la orden de detención que debe ser revocada especialmente), de modo tal que el imputado es libre otra vez.

III. Conducción forzada de testigos

La policía no está autorizada para la conducción forzada de *testigos* en el marco de un procedimiento penal, así como tampoco lo está para la

[10] A favor de ello Frankfurt StrV 95, 237, en contra LG Chemnitz, StrV 96, 255, con comentario de Gollwitzer.

conducción forzada del imputado, como se desarrolla detalladamente *supra* (II, 1). Su detención es posible con sujeción al § 163b, II. En cambio, el juez y el fiscal pueden hacer conducir forzadamente a un testigo citado correctamente, que no comparece sin justificación suficiente (§§ 51, I, 3; 161a, II)[11]. Pero, en su lugar, también pueden imponer los medios de corrección del § 51 (reembolso de las costas, pena disciplinaria en dinero); queda reservada al juez, únicamente, la imposición del arresto sustitutorio (§ 161a, II, 2).

§ 32. El requerimiento de captura

Bibliografía: *Bottke*, Strafproz. Rechtsprobleme massenmedialer Fahndung, ZStW 93 (1981), 425; *Kander*, Der Steckbrief - Freibrief für die Ermittlungsbehörden?, StrV 87, 413; *Soiné*, Öffentlichkeitsfahndung, 1991; *idem*, Zur Neuregelung der strafproz. Öffentlichkeitsfahndung, ZRP 94, 392.

El pedido de captura, u orden de búsqueda, es un requerimiento público de un fiscal o de un juez para la captura y entrega de un prófugo o de un imputado que se mantiene oculto (la llamada *orden de aprehensión*, en contraposición a la orden para investigar el paradero; cf. nº 41, RiStBV). La emisión de un requerimiento de captura es, además, una autorización de búsqueda que le corresponde, de un mismo modo, a las autoridades de la persecución penal y a las de la ejecución penal, cf. § 131, por un lado, y § 457, III, en relación con el § 131, por otro.

A. Presupuesto para la emisión de un requerimiento de captura es:

I. Normalmente: una *orden de detención* (§ 131, I, o bien, en el procedimiento de ejecución, § 457, II).

II. Excepcionalmente está permitida la emisión de un requerimiento de captura *sin* que exista una *orden de detención*, a saber, cuando un detenido provisionalmente se escapa o se sustrae, de otro modo, a la custodia oficial (§ 131, II; por consiguiente, no procede ante la aprehensión por una persona privada de acuerdo con el § 127, I); en este caso, también la autoridad policial es competente para emitir el requerimiento de captura.

B. *El requerimiento de captura va dirigido*, en primer lugar, a todas las autoridades públicas y funcionarios policiales. Pero, asimismo, va dirigido a

[11] A favor de la inconstitucionalidad del derecho de la fiscalía para ordenar la conducción forzada también aquí *AK*-Achenbach, § 161a, núm. marg. 15 y s., con más informaciones.

la comunidad, por tanto, a las personas privadas. Por cierto, estas últimas se deben limitar a informar a la policía; no pueden realizar una detención provisional en virtud de un requerimiento de captura, puesto que el requerimiento de captura no confiere ni a las autoridades ni a las personas privadas facultades procesales que ellas no posean ya conforme a la StPO (discutido).

C. *El requerimiento de captura* debe ser **difundido** tan rápido como sea posible. Esto se efectúa en los boletines de búsqueda de la policía, en periódicos, en la radio y en la televisión, en anuncios públicos y a través del informe a las autoridades del registro central (§§ 27 y ss., BZRG). El requerimiento puede contener la exhortación a toda persona de dar aviso a la policía del paradero de la persona buscada; en particular ver nº 41, RiStBV.

La colaboración de las autoridades de la persecución penal en los programas de televisión como "Aktenzeichen XY –ungelöst–" ("Expediente nº XY, sin resolver"), en los que, entre otras cosas, se da a conocer los antecedentes de imputados y condenados que son buscados, sólo es admisible en el marco del § 131 (cf. *LR*-WENDISCH, 24ª ed., § 131, núm. marg. 33; de otra opinión SCHROEDER, StPR, núm. marg. 145). Las "líneas directrices sobre la utilización de órganos de difusión para la búsqueda de personas en la persecución penal" (impresas en *Kl/M*, A 15, Anexo B), que lo exceden, no pueden, como meros reglamentos administrativos, ampliar los límites contenidos en el § 131 (ver, en particular, BOTTKE, 1981, 441) y, por ello, no pueden ser observadas. De manera más amplia, la jurisprudencia pretende admitir una pesquisa televisiva según el principio de la salvaguarda de intereses legítimos, de acuerdo con lo cual este principio se realizaría a través de determinados criterios ponderativos (sobre esto *supra* § 18, C); sin embargo, dicha jurisprudencia desconoce así que el § 131, StPO, regula de modo taxativo la utilización de medios masivos por los órganos de la persecución penal[1].

D. *La persona aprehendida* en virtud de un requerimiento de captura *debe ser conducida ante el juez* y, en principio, ante el juez competente o, si ello no es posible al día siguiente a la aprehensión, ante el juez municipal más próximo. Pero este último únicamente tiene que comprobar si, entretanto, el requerimiento de captura no ha sido revocado y si el aprehendido es realmente la persona buscada con el requerimiento de captura (cf. §§ 115 y 115a, a los que remite el § 131, IV).

E. *La revocación del requerimiento de captura* debe realizarse cuando la orden de detención en la que se basa es revocada, pero, además, cuando la persona buscada es aprehendida, por tanto, cuando el requerimiento de captura ha logrado su finalidad.

[1] Cf. BOTTKE, 1981, 437, con numerosas informaciones; de modo semajante a lo que se sostiene aquí, Hamm StrV 93, 4. Sobre la pesquisa televisiva, por todos, FEZER, 5/62; Ranft, núms. margs. 879 y siguientes.

§ 33. Internación para observación, examen corporal y medidas de identificación

Bibliografía: *Dzendzalowski*, Die körperl. Untersuchung, 1971; *Fuß*, Rechtsfragen des polizeil. Erkennungsdienstes, Wacke-FS, 1972, 305; *Grünwald*, Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung, JZ 81, 423; *Odenthal*, Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens, NStZ 85, 433; *Geerds*, Strafproz. Personenidentifizierung, Jura 86, 7; *Dreier*, Erkennungs dienstl. Maßnahmen im Spannungsfeld von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, JZ 87, 1009; *Burgdorf/Ehrentraut/Lesch*, Die Identifizierungsgegenüberstellung gegen den Willen des Beschuldigten usw., GA 87, 107; *Geerds*, Körperl. Untersuchung, Jura 88, 1; *Mayer*, Die Entnahme einer Blutprobe nach §§ 81 a, c StPO zum Zwecke der Feststellung einer AIDS-Infizierung, JR 90, 358; *Meurer/Sporer* (comps.), Zum Beweiswert von Personenidentifizierungen, 1990; *Geppert*, Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtl. Sicht, Spendel-FS, 1992, 655; *Kramer*, Strafproz. Aspekte der Gegenüberstellung und des Wiedererkennens, en: Taschenbuch f. Kriminalisten, t. 42 (1992), 185; *Odenthal*, Die Gegenüberstellung im Strafverf., 2ª ed., 1992; *Rademacher*, Die Zulässigkeit genetischer Analysemethoden im Strafverf., tesis doctoral, Frankfurt, 1992; *Köhnken*, Gegenüberstellungen, Kriminalistik 93, 231; *Kramer*, Grundfragen der erkennungsdienstl. Behandlung nach § 81 b StPO, JR 94, 224; *Odenthal*, Zulässigkeit und Beweiswert einer heimlichen Stimmidentifizierung, NStZ 95, 579; *Perschke*, Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren, 1997; *Schneider*, Überlegungen zur strafprozessualen Zulässigkeit heimlich durchgeführter Stimmenvergleiche, GA 97, 371; *Soiné*, Fahndung via Internet, NStZ 97, 166, 321.

La ley diferencia entre examen en un establecimiento (§ 81), examen corporal (§§ 81a y 81c) y toma de fotografías e impresiones digitales (§ 81b).

Estas medidas se dirigen, en parte, contra el imputado (§§ 81, 81a y 81b) y, en parte, contra terceros (§ 81c). No están permitidas las intervenciones en la libertad personal (art. 2, II, 2, y 104, GG) o en la integridad corporal (art. 2, II, 1, GG) que se dirigen contra otras personas que las nombradas en los §§ 81 y ss. o que exceden la medida allí mencionada.

A. Medidas contra el imputado

I. Internación para observación

1. a) El examen en un establecimiento psiquiátrico público sirve para preparar un dictamen sobre el estado psíquico del imputado (§ 81) y, tratándose de menores y adolescentes, también para averiguar su grado de desarrollo (§§ 73, 104, I, nº 12, 109, JGG). De acuerdo con ello, como resulta del tenor literal del § 81, únicamente está permitido un examen de observación, esto es, sólo está limitado el derecho fundamental de la libertad personal, pero no el de la integridad corporal. Si dentro del margen de la internación se debe efectuar intervenciones corporales contra la voluntad del imputado, entonces debe emitirse, adicionalmente, una orden conforme al § 81a (BGHSt 8, 144).

b) El dictamen debe informar al tribunal nada más que sobre si el imputado era capaz de culpabilidad en el momento del hecho (de ello depen-

de la decisión de fondo) y si en la actualidad es capaz procesalmente (de lo contrario, existiría un impedimento procesal). En cambio, el § 81 no otorga derecho alguno para comprobar la credibilidad del imputado (Celle StrV 87, 518).

2. El examen en un establecimiento, para proteger al imputado, está vinculado a *cinco presupuestos* especiales y limitativos:

a) El examen también puede ser ordenado, por cierto, en el procedimiento preliminar, pero aun en ese caso no decide sobre ello la fiscalía o el juez de la investigación, sino el tribunal que sería competente para la apertura del procedimiento principal (§ 81, III).

b) Si el imputado todavía no tiene defensor, antes de disponer la internación se le debe nombrar un defensor de oficio (§ 140, I, nº 6, que excede la facultad concedida en el § 141, III, 1).

c) El tribunal puede ordenar la internación sólo después de escuchar a un perito (§ 81, I, 1), quien no puede fundar su dictamen exclusivamente en el estudio del expediente, sino que, de ordinario, debe examinar personalmente al imputado (discutido; cf. en el sentido aquí defendido Karlsruhe NJW 73, 573; StrV 84, 369). Únicamente si el imputado no está preparado para la presentación ante el perito, en caso de que existan otros indicios suficientes, se puede renunciar a la audiencia personal; también son aplicables al caso, eventualmente, la citación previa y la conducción forzada judiciales (§ 133) (Celle NStZ 89, 242; Düsseldorf StrV 93, 571).

d) El auto de internación puede ser impugnado con la queja inmediata que, en contraposición con la regulación general del § 307, tiene efecto suspensivo (§ 81, IV).

e) La internación en el establecimiento no puede superar, en total, las seis semanas (§ 81, V), esto es, también puede ser ordenada repetidas veces dentro de ese límite temporal, bajo determinadas circunstancias, en el mismo procedimiento.

3. Otras limitaciones resultan del principio de proporcionalidad. Cuando, p. ej., sólo es de esperar una pena insignificante, no resulta aplicable una internación (§ 81, II, 2). Pero el principio de proporcionalidad rige también más allá del texto de la ley, de modo tal que no resulta admisible la internación cuando es suficiente un examen ambulatorio (Düsseldorf StrV 93, 571). La internación debe ser siempre imprescindible, en el sentido de que sin ella no se puede apreciar la capacidad procesal (BVerfG StrV 95, 617).

II. Examen corporal

1. El *examen* corporal del imputado (§ 81a) puede ser ordenado para la determinación de hechos que tengan importancia para el procedimiento (p. ej., contenido de alcohol en la sangre) y consiste en examinar el cuerpo mismo del imputado. De ese modo, se diferencia del *registro* corporal, en el que se buscan objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales. Dentro del concepto de examen corporal están comprendidas también las intervenciones corporales como la extracción de una prueba de sangre para determinar el contenido de alcohol en la sangre, y la punción lumbar, entre otras (cf. § 81a, I, 2; en parte discrepa Eb. Schmidt, anexo I, § 81a, núm. marg. 4). No obstante, el § 81a solamente obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen, y no le impone cooperar también de modo activo en el examen corporal. Por consiguiente, la policía no puede forzar a nadie a soplar para someterlo así

a un test de alcohol (sobre la utilización de aparatos electrónicos para medir el contenido de alcohol a través de la respiración, Geppert, 1992). Según Frankfurt StrV 96, 651, también el suministro coercitivo de vomitivos, a través del cual se pretende hallar cocaína que ha sido tragada, atenta contra el principio de la pasividad; ello no es correcto, pues no se puede considerar al vómito como acción activa (Weßlau, StrV 97, 341; Rogall, NStZ 98, 66). Pero, de todos modos, en el caso de métodos que ponen en peligro la salud, se trata de una lesión a los arts. 1, I, y 2, I, GG, que conduce a una prohibición de valoración probatoria (Frankfurt, *loc. cit.*).

El análisis genético (análisis de ADN) realizado con motivo de una extracción de células corporales, que hasta ahora había sido considerado comprendido por el § 81a[1], ha sido regulado en los §§ 81e/g. De acuerdo con ellos, el material obtenido a través de las medidas de los §§ 81a, I, y 81c, sólo puede ser sometido a análisis genético-moleculares en virtud de una orden judicial escrita en la que se indique el perito al que se le encarga el análisis. Según el § 81g, también se puede realizar un análisis de ADN a un sospechoso de la comisión de un hecho grave, o a un condenado por alguno de esos hechos, con el fin de identificarlo en procedimientos penales futuros. Los análisis en las células corporales y las averiguaciones así realizadas sólo pueden referirse a cuestiones del origen o a los hechos, a si los elementos indiciarios provienen del imputado o de la víctima. Con ello, está excluida cualquier otra investigación de informaciones genéticas. Las muestras de identificación de ADN pueden ser almacenadas en la Oficina criminal federal.

El procedimiento del análisis de ADN se basa en la circunstancia de que toda la información genética de una persona está determinada en una molécula de cada célula. Por ello, a través de una comparación de rastros de sangre o de esperma con la estructura molecular formal del sospechoso (con las "impresiones digitales genéticas"), dado el caso, es posible sacar conclusiones sobre su autoría. No se debe ver allí una lesión a los arts. 1 y 2, GG, en tanto la investigación sólo tiene por objeto las muestras formales de la molécula, esto es, no se trata de la decodificación del contenido de las informaciones almacenadas en los genes sobre las cualidades hereditarias del imputado (BVerfG NStZ 96, 45; discrepa en parte Rainer Keller, NJW 89, 2289). Por el contrario, la falta de realización de un análisis de ADN para probar la culpabilidad del autor conduce a la anulación de la sentencia por violación de la obligación de esclarecimiento judicial del § 244, II (BGH NStZ 91, 399). Sin embargo, el análisis de ADN contiene tan sólo una afirmación estadística, que no torna innecesaria la apreciación de todas las circunstancias probatorias; en suma, sólo tiene importancia indiciaria (BGHSt 38, 320, con comentario de Vogt, StrV 93, 175 y v. Hippel, JR 93, 124; BGH NStZ 94, 554); ello rige, especialmente, para el análisis PCR, menos confiable y que debe ser diferenciado del clásico "procedimiento de obtención de huellas dactilares" (sobre esto Rolf Keller, JZ 93, 103).

Sobre la realización de un análisis genético a personas no imputadas, a través de un examen en serie, cf. *infra* B, II, 4.

[1] BGHSt 37, 157; LG Heilbronn NStZ 90, 353, con comentario crítico de Gössel, JR 91, 31; LG Berlin NJW 89, 787; LG Darmstadt NJW 89, 2338.

Bibliografía: *Burr,* Das DNA-Profil im Strafverfahren, tesis doctoral, Bonn, 1995; *Hother,* Die DNA-Analyse, 1995; *Taschke/Breidenstein* (comps.), Die Genomanalyse im Strafverfahren, 1995; *U. Wagner,* Das genetische "Fingerabdruckverfahren" etc., 1996; *Ritter,* Genomanalyse und Strafverfolgung, tesis doctoral, Tübingen, 1997.

2. El examen corporal es ordenado, por lo general, por el juez y, en caso de peligro en la demora, también por la fiscalía y sus funcionarios auxiliares (§ 81a, II). Un funcionario de policía, que no está incluido como funcionario auxiliar, no está autorizado para ello, sino que, en caso necesario, debe procurar la orden de un funcionario competente. En ese caso, tampoco tiene derecho a detener provisionalmente al imputado cuando éste se niega a acompañarlo a la comisaría. Es que el peligro de entorpecimiento, necesario para ello, presupondría la obligación del imputado de posibilitar la intervención corporal, la que, sin embargo, sólo nace con la orden dictada por una persona competente según el § 81a, II. Tampoco está fundado el peligro de fuga a través de la mera negativa de acompañarlo al médico (discutido, como aquí *Kl/M,* § 81a, núm. marg. 29; discrepa SCHLÜCHTER, núm. marg. 261.1).

3. El derecho a realizar un examen corporal contiene, a la vez, la facultad de conducir al imputado a la comisaría con el fin de someterlo a un examen médico o de internarlo en un hospital (discutido, pero resulta de una comparación del § 81a con el § 81c, VI, 2). Sin embargo, conforme al § 51, I, 1, StGB, la restricción de la libertad que ello comporta no puede ser computada en una pena posterior (WALDSCHMIDT, NJW 79, 1920).

4. a) Las intervenciones corporales sin consentimiento del imputado están permitidas únicamente cuando no sea de temer un perjuicio para su salud (§ 81a, I, 2). Más allá de ello, toda intervención en la integridad corporal debe guardar una relación razonable con la gravedad del hecho y con el grado de sospecha sobre su comisión (¡principio de proporcionalidad!), de modo tal que hasta los exámenes cerebrales sin riesgo sólo son justificables cuando se trata de imputaciones graves (cf. BVerfGE 16, 194; 17, 108; KUHLMANN, NJW 76, 350). Pero también los meros exámenes corporales pueden atentar contra el principio de proporcionalidad cuando lesionan la dignidad humana (cf. § 136a; sobre el problema de exámenes falométricos cf. LG Hannover NJW 77, 1110, con comentario de JESSNITZER). Para el examen a mujeres ver § 81d.

b) Una intervención corporal admisible, conforme a estos principios, solamente puede ser practicada por un médico (§ 81a, I, 2), aspecto que, en la práctica, es importante, ante todo, para la extracción de pruebas de sangre (sobre el valor probatorio del resultado de un examen obtenido de forma ilícita ver *supra* § 24, D, IV, 1, c, aa). El médico actúa, en esta ocasión, como perito; por ello, para sus obligaciones y derechos rigen las reglas generales de los §§ 75 y ss. (cf. *supra* § 27, sobre todo B, III).

5. En caso de que el examen corporal sea ordenado por la fiscalía o por un funcionario auxiliar, el afectado puede solicitar contra ello, análogamente al § 98, II, 2, una decisión judicial (ver *supra* § 29, D, I, 2 y 3; II, 2 y 3), con lo cual, sin embargo, no pueden ser bloqueadas las medidas que necesitan urgencia (p. ej., las pruebas de sangre). Contra la orden de un examen dictada por el juez de la investigación procede la queja (simple: § 304). Si, en cambio, el mismo tribunal que conoce en la causa ha decidido la realización del examen, sólo existe la posibilidad de una queja cuando la medida contiene una intervención considerable en la libertad o integridad corporal (§ 305, 1ª frase, por una parte, y § 305, 2ª frase, en aplicación analógica, por la otra; cf. Celle y Hamm, NJW 71, 256, 1903); si se trata de un mero examen de la capacidad procesal, en general, no se consideran reunidos los presupuestos de la queja.

III. Medidas de identificación

A veces, para determinar la identidad del imputado es necesario realizar medidas (p. ej., toma de fotografías o de huellas digitales) que sirven para identificarlo (con mayores detalles GEERDS, 1986). No obstante, estas medidas deben ser proporcionales y no están permitidas cuando la identidad se puede averiguar fácilmente de otro modo (AG Hamburg StrV 85, 364).

a) Las medidas que, conforme al § 81b, sirven para la identificación, deben ser atribuidas, o bien a la *persecución penal* represiva, si ellas son realizadas (al menos también) para los fines de un procedimiento penal pendiente, o bien a la actividad *policial de prevención*, si recaen sobre el imputado sólo con ocasión del procedimiento penal (únicamente "para los fines del servicio de identificación"). En el primer caso, las medidas tomadas son actos procesales (en un sentido amplio); en el último caso, se trata de actos administrativos (de otra opinión KRAMER, 1992).

Por motivos *procesales-penales*, las medidas señaladas en el § 81b son necesarias, p. ej., para probar la autoría se debe acudir a las impresiones digitales. Para el *servicio de identificación* policial de prevención existe necesidad cuando, según la personalidad del imputado y la especie del hecho que se le imputa, se debe contar con la posibilidad de que, tarde o temprano, deberá ser buscado también por otro hecho punible.

b) Para la *protección jurídica* contra las medidas del § 81b, análogamente a lo explicado *supra* § 29, D, I, 3, se debe diferenciar: si ellas son llevadas a cabo para la realización de un procedimiento penal concreto, en aplicación analógica del § 98, II, 2, se puede acudir al juez de la investigación (discutido; cf. *supra* § 29, D, I, 3, con mayores detalles). Por el contrario, si ellas sirven al mero servicio de identificación preventivo-policial, procede la vía jurídica administrativa de conformidad con los §§ 40 y ss., VwGO (BVerwGE 47, 255, 264).

c) Una vez terminado el procedimento penal, el interesado tiene derecho a la *destrucción* de la documentación, cuando el procedimiento penal ha demostrado su inocencia o cuando, por otros motivos, se puede descartar que, en el futuro, él cometerá hechos punibles, para cuyo esclarecimiento podrían ser útiles los documentos (BVerwGE 11, 182; 26, 169; BVerwG DÖV 73, 752). Actualmente, el VG Frankfurt (StrV 87, 336) sostiene, incluso, que después del fallo sobre "censo de la población" (BVerfGE 65, 1) la conservación de documentos que sirven a la identificación es absolutamente inadmisible, debido a la falta de fundamento legal. Contra la conservación de los documentos se debe recurrir, nuevamente, a la vía jurídica administrativa, pues se trata de una medida exclusivamente preventivo-policial (BVerfGE 16, 89, 94; BVerwGE 11, 182). El BVerwG (JZ 91, 471) sostiene que los conocimientos relacionados con las personas no son documentos que sirvan a la identificación en el sentido del § 81b; antes bien, su conservación para la utilización posterior se basa, según este tribunal, en las reglas generales de la función policial y es compatible con el derecho a la autodeterminación informativa.

d) Como en el caso del § 81a (cf. *supra* § II, 3), también en los supuestos del § 81b está autorizada la coacción directa para llevar a cabo medidas que sirven a la identificación.

Por ello, también es admisible (y, además, legitimado por el § 58, II) una confrontación forzosa con el objeto del reconocimiento (en contra GRÜNWALD, JZ 81, 423; a favor GEPPERT, Jura 89, 276), así como el cambio forzoso del peinado y de la barba de un imputado con el fin de determinar su identidad (cf. BVerfGE 47, 239; enérgicamente en contra GRÜNWALD, 1985, y FEZER, 6/19); tampoco es una intervención desproporcionada la grabación en vídeo de la confrontación (BVerfG NStZ 83, 84); además, el registro de la declaración del acusado en una cinta magnetofónica, efectuada con su consentimiento, puede ser utilizada para una comparación de voces (BGH StrV 85, 297). También está permitido hacer una comparación de fotografías del imputado que lo muestren en el mismo estado que presentaba durante la comisión

del hecho, filmada por una cámara de vigilancia. Por consiguiente, se lo puede cubrir con una media a modo de máscara, también contra su voluntad, y su aspecto puede ser asimilado a aquel que tenía en la filmación (BGH NStZ 93, 47).

También es admisible un reconocimiento en el que el sospechoso debe ser seleccionado entre varias personas (sobre esto Karlsruhe NStZ 83, 377, con comentario de ODENTHAL, NStZ 84, 137). Sin embargo, el reconocimiento tiene menos fuerza probatoria cuando al testigo se le ha enseñado previamente una fotografía del imputado (Celle, StrV 87, 429) o lo ha visto reiteradas veces en otras oportunidades después del hecho (BGH StrV 87, 50). Sobre la valoración probatoria en caso de reconocimiento reiterado, Rostock StrV 96, 419. Sobre la identificación del autor a través de la exhibición de distintas fotografías (reconocimiento fotográfico) con mayores detalles, BGH StrV 93, 234; LG Köln NStZ 91, 202. Si el reconocimiento reiterado se produce después de la exhibición de fotografías, se debe considerar que ello puede haber actuado sugestivamente (BGHSt 16, 204; Düsseldorf StrV 94, 8; BGH NStZ 96, 350). Para la identificación de un sospechoso de haber cometido el hecho con motivo de una comparación de la voz rigen, análogamente, los principios desarrollados para el reconocimiento de personas en rueda[2]. El mero (pretendido) reconocimiento de una voz tiene sólo un valor probatorio reducido (y, por cierto, tanto más si se trata de una escucha secreta). Un grado de certeza suficiente para la condena sólo se puede alcanzar si el testigo puede reconocer la voz respectiva entre varias voces similares (sobre el caso cf. *supra* § 25, III, 2).

Algunos no consideran al § 81b como fundamento jurídico para la confrontación, sino que utilizan, para ello, al § 81a (cf., ante todo, ODENTHAL, 1985 y 1992); esto tiene importancia práctica, debido a la diferente competencia para ordenarlo. BURGDORF y otros, 1987, niegan todo fundamento jurídico para una confrontación forzosa y reclaman una regulación legal expresa. PERSCHKE, 1997, 12 y ss. y 116 y s., rechaza también la aplicación de los §§ 81a y b, pero recurre, en parte, al § 163.

La grabación de la voz del acusado realizada en forma secreta con el fin de compararla con otras voces no puede ser considerada una de las medidas similares en el sentido del § 81b (BGHSt 34, 39); pues el § 81b obliga solamente a la tolerancia de medidas coercitivas, pero no a la colaboración activa del propio afectado para demostrar su culpabilidad. Con mayores detalles sobre esta sentencia *supra* § 25, IV, 2.

e) Complementariamente, la admisibilidad de medidas que sirven a la identificación es acentuada en el § 163b, I, 3, que regula la comprobación de la identidad de sospechosos de la comisión del hecho por la fiscalía y por los funcionarios de la policía (cf. *supra* § 31, A, I, 3, B).

B. Medidas contra terceros

En la esfera de derechos de otras personas distintas del imputado sólo se puede intervenir cuando se cumplen los presupuestos del § 81c.

En particular, rige lo siguiente:

I. 1. Conforme al *principio testifical*, las personas no imputadas únicamente pueden ser examinadas contra su voluntad cuando son consideradas testigos. Sin embargo, para que una persona sea testigo es suficiente, si es capaz para prestar declaración, que exista la posibilidad de que pueda aportar algo como tal (EB. SCHMIDT, anexo II, núm. marg. 7 del § 81c). Así, también los dementes de gravedad o los lactantes pueden ser examinados para obtener rastros de un delito (D. KRAUSE, 1976, 125).

2. Según el *principio referente a los rastros*, los potenciales testigos sólo pueden ser examinados "si tienen en su cuerpo un determinado rastro o consecuencia de una acción punible" (p. ej., una herida). Por ello, no están permitidos los exámenes a testigos, contra su voluntad, sobre su credibilidad o su estado de ánimo general (cf. BGHSt 13, 398; 14, 23). El tribunal sólo puede examinar su credibilidad citando a un perito para interrogatorlo en el juicio oral (BGHSt 23, 1; BGH NStZ 82, 432). Si se quiere intentar alcanzar la intervención voluntaria en un examen de credibilidad, un pariente que se abstiene de prestar testimonio debe ser informado de que también puede abstenerse de cooperar en esa peritación (BGHSt 36, 217, con comentario de WEIGEND, JZ 90, 48; BGH StrV 95, 563). Más allá de ello, se debe exigir que, dado el caso, *todo* testigo debe ser informado acerca de que el examen sobre su credibilidad sólo está permitido con su consentimiento (cuestión que dejó abierta el BGHSt 36, 220). En el caso de un testigo menor de edad, el examen de credibilidad presupone tanto el consentimiento de la persona autorizada para su guarda, como también el del niño o joven. Si el menor de edad no fue informado, sus declaraciones no pueden ser utilizadas en tanto exista duda sobre si hace uso o no de su derecho de negarse al examen. La sola decisión del representante legal es eficaz únicamente en los casos en los que el testigo menor de edad, debido a la falta de madurez intelectual, no tenía una representación suficiente del significado de su derecho de negarse al examen. Si, en este caso, el representante legal no es informado, el dictamen de credibilidad no puede ser valorado (BGHSt 40, 336).

II. 1. En contraposición con el § 81a, el § 81c no permite intervenciones corporales en terceros, para que éstos no resulten excesivamente molestados; pues sólo pueden ser comprobados rastros *sobre* el cuerpo, y *no en* el cuerpo. Por ello, no están permitidos lavados de estómago, etcétera.

2. El principio de *proporcionalidad* también debe ser observado tratándose del § 81c. Según el § 81c, IV, los exámenes corporales son inadmisibles, independientemente de su consentimiento, "cuando, por apreciación de todas las circunstancias, no pueden ser exigidos al afectado".

3. Una *excepción* a los principios testifical y referente a los rastros se halla en el § 81c, II, que, ante todo, es importante en el procedimiento penal contra la madre acusada con motivo de una declaración falsa, en el juicio de alimentos. En un procedimiento semejante se le puede extraer pruebas de sangre al niño y practicársele exámenes sobre la paternidad, a pesar de que el niño no fue testigo de la declaración falsa, ni lleva rastros sobre su cuerpo.

4. Por otra parte, en el caso de una persona no imputada, es admisible una extracción de sangre (p. ej., para un examen genético-molecular), si ella lo consiente. El problema ha cobrado actualidad en los casos en los

[2] BGHSt 40, 66, con comentario de ACHENBACH/PERSCHKE, StrV 94, 577; BGH NStZ 94, 597, con comentario de EISENBERG; estableciendo una diferencia ODENTHAL, NStZ 95, 579.

que la policía judicial, en el marco de la búsqueda de delincuentes sexuales y asesinos, efectúa un examen de sangre en serie a un gran círculo de "potenciales sospechosos de la comisión del hecho", con su consentimiento, con el fin de realizar una comparación de ADN con los rastros de esperma encontrados. Según el BVerfG NStZ 96, 345, el consentimiento así conferido no es ineficaz tan sólo porque ha sido otorgado por el autor sorprendido únicamente para no convertirse en sospechoso por su negativa.

5. Las personas *autorizadas a abstenerse de declarar testimonialmente* tienen el derecho de rehusar el examen y deben ser instruidas sobre ese derecho (§ 81c, III, 1, 2). La falta de instrucción conduce a una prohibición de valoración probatoria (BGH StrV 93, 563). Para menores de edad e incapaces decide, como en el caso de la abstención de declarar testimonialmente (ver *supra* § 26, B, II, 1, b), el representante legal, quien también debe ser instruido (de lo contrario, el dictamen fundado en el examen no puede ser valorado, a menos que el representante haya otorgado su consentimiento, conociendo su derecho a rehusar el examen, BGHSt 40, 336). En forma distinta que en el § 52, II, 1, no es necesario que el examinado se manifieste dispuesto a la medida en forma expresa (§ 81c, III, 2, 2ª mitad de la frase), para lo cual, con frecuencia, tampoco estará en condiciones (p. ej., el bebé). Pero también estas personas tienen un derecho propio de negarse sobre el que, en cuanto sea posible, deben ser instruidas (§ 81c, III, 2, 2ª mitad de la frase, en relación con el § 52, III). Si el derecho de consentir del representante legal no puede ser ejercido porque él mismo es imputado, o su cónyuge (muy importante en los casos de maltrato de niños), o está impedido de tomar una decisión a su debido tiempo, el juez, en caso de urgencia, puede ordenar el examen o la extracción de la prueba de sangre por auto inimpugnable (§ 81c, III, 3 y 4). Sin embargo, las pruebas practicadas por orden del juez sólo pueden ser utilizadas ulteriormente cuando el representante legal (por tanto, dado el caso, un curador, conforme al § 1909, BGB) lo consiente con posterioridad (§ 81c, III, 5).

6. El juez emite la *orden* del examen y de la extracción de la prueba de sangre. En caso de peligro en la demora (con prescindencia de los casos del § 81c, III, 3) también la pueden dictar la fiscalía o sus funcionarios auxiliares (§ 81c, V). Si el afectado se niega a permitir el examen corporal, el juez puede (no, en cambio, el fiscal; ver ACHENBACH, NJW 77, 1271) establecer contra él las medidas de corrección y coercitivas del § 70 (§§ 81c, VI, y 70, III). La aplicación de coerción directa presupone una orden especial del juez y sólo es admisible cuando el imputado, a pesar del establecimiento de una pena disciplinaria en dinero, insiste en su negativa o hay peligro en la demora (§ 81c, VI, 2 y 3).

7. El § 81d también debe ser observado aquí.

8. Puesto que un muerto no puede ser testigo, la extracción de una *prueba de sangre* de un *fallecido* (p. ej., de una víctima de un accidente) no puede ser apreciada, conforme al § 81c, para aclarar la cuestión de su culpabilidad; antes bien, la opinión dominante permite aquí el secuestro de la sangre y la intervención necesaria para ello, conforme al § 94 (cf. SCHLICHTING, BA 67, 79).

III. Las medidas que sirven a la identificación no pueden ser tomadas contra la voluntad de las personas no sospechosas (§ 163b, II, 2, 2ª, mitad de la frase).

§ 34. Aseguramiento de objetos y vigilancia telefónica

Bibliografía: *Welp,* Die strafproz. Überw. des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974; *Haffke,* Einschränkung des Beschlagnahmeprivilegs des Verteidigers durch den Rechtsgedanken der Verwirkung, NJW 75, 808; *Rudolphi,* Grenzen der Überw. des Fernmeldeverkehrs nach den §§ 100 a, b StPO, Schaffstein-FS, 1975, 433; *Achenbach,* Verf.sichernde und vollstreckungssichernde Beschlagnahme im Strafprozeß, NJW 76, 1068; *Schuhmacher,* Die Überw. des Fernmeldeverkehrs im Strafverf., tesis doctoral, Hamburg, 1976; *Gülzow,* Beschlagnahme von Unterlagen der Mandanten usw., NJW 81, 265; *Welp,* Zufallsfunde bei der Telefonüberw., Jura 81, 472; *Achenbach,* Polizeil. Inverwahrnahme und strafproz. Veräußerungsverbot, NJW 82, 2809; *Weinmann,* Die Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen des Beschuldigten beim Zeugnisverweig.berechtigten, Dünnebier-FS, 1982, 199; *Joecks,* Die strafproz. Telefonüberw., JA 83, 59; *Amelung,* Grenzen der Beschlagnahme notarieller Unterlagen, Deutsche Notarzeitung 1984, 195; *Prittwitz,* Die Grenzen der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Telefonüberw. gem. § 100 a StPO, StrV 84, 302; *Gössel,* Verfassungsrechtl. Verwertungsverbote im Strafverf., JZ 84, 361; *Achenbach,* Vermögensrechtl. Opferschutz im strafproz. Vorverf., Blau-FS, 1985, 7; *Schiller,* Unzulässige Einschränkung des Anwaltprivilegs bei der Beschlagnahme?, StrV 85, 169; *Welp,* Abhörverbote zum Schutz der Strafverteidigung, NStZ 86, 294; *Hohendorff,* Die Zuständigkeit für Entsch. nach § 111 k StPO im Ermittlungsverf., NStZ 86, 498; *Beulke,* Überw. des Fernsprechanschlusses des Verteidigers, Jura 86, 642; *Schnarr,* Über die Pflicht zur Vernichtung von Unterlagen nach § 100 b VI 1 StPO, MDR 87, 1; *Bandisch,* Mandant und Patient, schutzlos bei Durchsuchung von Kanzlei und Praxis?, NJW 87, 2200; *Bertuleit/Herkströter,* Medienfreiheit und Beschlagnahmeverbot, KritJ 88, 318; *Meier,* Die strafproz. Verwertbarkeit von Zufallsfunden über Unbeteiligte usw., 1988; *Pauli,* Der Schutz von Presse und Rundfunk vor dem Zugriff staatl. Verfolgungsorgane, 1988; *Rebmann,* Beschlagnahme von terrorist. »Bekennerschreiben« bei Presseunternehmen, Pfeiffer-FS, 1988, 225; *Schnarr,* Zur Fristberechnung bei Anordnungen der Fernmeldeüberw., NStZ 88, 481; *Gropp,* Zur Verwertbarkeit eigenmächtig aufgezeichneter (Telefon-)Gespräche, StrV 89, 216; *R. Schmidt,* Die Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot gem. § 97 II 3, 1. Hs. StPO, 1989; *Wasmuth,* Beschlagnahme von Patientenkarteien und Krankenscheinen usw., NJW 89, 2297; *Wolter,* Verwertungsverbote bei zulässiger Telefonüberw., Arm. Kaufmann-GS, 1989, 749; *Bittmann,* Das Beiziehen von Kontounterlagen usw., wistra 90, 325; *Dahs,* Die Beschlagnahme von Verteidigungsmaterial und die Ausforschung der Verteidigung, Meyer-GS, 1990, 61; *Küpper,* Tagebücher, Tonbänder, Telefonate, JZ 90, 416; *Labe,* Zufallsfund und Restitutionsprinzip im Strafverf., 1990; *Rieß,* Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverf., Meyer-GS, 1990, 367; *Weyand,* Arzt- und Steuergeheimnis als Hindernis für die Strafverfolgung?, wistra 90, 4; *Klinger,* Die Zuständigkeit der StA für Maß-

nahmen nach § 95 StPO, wistra 91, 17; *Lisken,* Sperrerklärungen im Strafprozeß, NJW 91, 1658; *Löffler,* Die Herausgabe von beschlagnahmten oder sichergestellten Sachen im Strafverf., NJW 91, 1705; *R. Schmidt,* Die Beschlagnahme von (Geschäfts-)Unterlagen beim Zeugnisverweig.berechtigten, wistra 91, 245; *Walther,* Die »strafproz.« Überw. des Fernmeldeverkehrs: Ein rechtsvergl. Blick auf das gesetzl. Regelungsmodell in den USA, StrV 91, 270; *Werle,* Schutz von Vertrauensverhältnissen bei der strafproz. Fernmeldeüberw.?, JZ 91, 482; *Lorenz,* Beschlagnahme von Krankenunterlagen, MDR 92, 313; *Lücking,* Die strafproz. Überw. des Fernmeldeverkehrs, 1992; *J. Meyer,* Zur strafproz. Überw. des Fernmeldeverkehrs aus rechtsvergl. Sicht, Schmitt-FS, 1992, 331; *Spangenberg,* Umfang und Grenzen der Beschlagnahmeverbote gem. § 97 StPO in der steuerl. Beratungspraxis, tesis doctoral, Bonn, 1992; *Arloth,* Neue Wege zur Lösung des strafproz. »V-Mann-Problems«. Durch Beschlagnahme von Behördenakten?, NStZ 93, 467; *Bär,* Die Überw. des Fernmeldeverkehrs, CuR 93, 578; *Bär,* Zugriff auf Fernmeldedaten der Bundespost, Telekom oder Dritter, CuR 93, 634; *Böing,* Das Beschlagnahmeprivileg der steuerberatenden Berufe gem. § 97 StPO usw., tesis doctoral, Münster, 1993; *Kleszewski,* Das Auskunftsersuchen an die Post usw., StrV 93, 382; *Michalke,* Die strafrechtl. u. verf.rechtl. Änderungen des AußenwirtschaftsG, StrV 93, 262; *Mörlein,* Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem im Rahmen des § 100 a StPO, 1993; *Nelles,* Telefonüberwachung bei Kidnapping, Stree/Wessels-FS, 1993, 719; *Ost,* Zur Beschlagnahme des Testaments eines Klienten beim Berufsgeheimnisträger, wistra 93, 177; *P. Schmitt,* Die Berücksichtigung der Zeugnisverweig.rechte nach §§ 52, 53 StPO bei den auf Beweisgewinnung gerichteten Zwangsmaßnahmen, 1993; *idem,* Probleme des Zeugnisverweig.rechts... und des Beschlagnahmeverbots... bei Beratern jur. Personen, wistra 93, 9; *Schreiber,* Die Beschlagnahme von Unterlagen beim Steuerberater, 1993; *Schuhmann,* Durchsuchung und Beschlagnahme im Steuerstrafverf., wistra 93, 93; *Brenner,* Die strafproz. Überw. des Fernmeldeverkehrs mit Verteidigern, 1994; *Welp,* Strafproz. Zugriffe auf Verbindungsdaten des Fernmeldeverkehrs, NStZ 94, 209; *Mahnkopf-/Döring,* Telefonüberwachungsmaßnahmen bei Opfern von Schutzgelderpressungen ohne deren Einwilligung, NStZ 95, 112; *Müller-Tuckfeld,* Rechtsstaatliche Probleme der Vermögensbeschlagnahme nach § 111 p StPO, wistra 95, 330; *Roxin,* Das Beschlagnahmeprivileg des Syndikusanwalts im Lichte der neuesten Rechtsentwicklung, NJW 95, 17; *Staechelin,* § 100 a StPO als Seismograph usw., KritJ 95, 466; *Starke,* Beschlagnahme von im Auftrag des Beschuldigten erstellten Sachverständigengutachten, Rudolphi-S., 1995, 81; *Störmer,* Der gerichtliche Prüfungsumfang bei Telefonüberwachungen - Beurteilungsspielraum bei Anordnung nach § 100 a StPO?, StrV 95, 653; *idem,* Beurteilungsspielräume im Strafverfahren, ZStW 108 (1996), 494; *Achenbach,* Kommentierung zu §§ 13-19 LPG (Pressebeschlagnahme und Durchsuchungsrecht), en: Löffler, PresseR, 1997.

A. Aspectos generales

El conjunto del aseguramiento oficial de objetos, que está regulado en la sección octava del Libro primero de la StPO, bajo el título –demasiado limitado– "Secuestro", fue objeto de una nueva regulación, más amplia, introducida por la EGStGB del 2/3/74; la Ley para la modificación de la ley de economía exterior, del StGB y otras leyes, del 28/2/92, y la OrgKG, del 15/7/92, han traído consigo modificaciones adicionales. La StPO diferencia, básicamente, el secuestro para asegurar la prueba, esto es, el aseguramiento de objetos que entran en consideración como medios de prueba (§§ 94 y ss.), y el secuestro para asegurar la ejecución, con arreglo a los §§ 111b a 111p, que pretende servir al aseguramiento de la ejecución de la confiscación especial, del decomiso y de la pena patrimonial (§§ 73 y ss., 74 y ss. y 43a, StGB), pero, al mismo tiempo, cuando la confiscación especial está excluida por el § 73, I, 2, StGB, también debe servir a la reparación de los daños sufridos por el ofendido o a la "ayuda para su recuperación" (con mayores detalles *AK*-ACHENBACH, comentarios previos a los §§ 111b/111n).

Por último, el aseguramiento de los *permisos para conducir* alemanes tiene un tratamiento separado. Aun cuando estén sujetos a la confiscación (§ 69, III, 2, StGB), en el § 94, III, no están subordinados a las reglas de los §§ 111b y ss., sino a las de los §§ 94 y ss., puesto que en ese caso se trata del aseguramiento efectivo de los documentos y no, como en los §§ 111b y ss., de impedir disposiciones de negocios jurídicos (tal el fundamento en el proyecto del gobierno de la EGStGB, Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 7/550, p. 290).

Sobre la relación entre el secuestro para asegurar el procedimiento y el secuestro para asegurar la ejecución, instructivo, ACHENBACH, NJW 76, 1068.

B. El aseguramiento de elementos de prueba y de permisos para conducir en general

I. 1. El aseguramiento, conforme a los §§ 94 y ss., comprende, por tanto:

a) objetos que puedan ser de importancia como medios de prueba (en ciertas circunstancias, por consiguiente, también el cadáver del asesinado; sobre la extracción de una prueba de sangre tratándose de un cadáver cf. *supra* § 33, B, II, 8) y

b) permisos para conducir sujetos a confiscación, esto es, los concedidos por una autoridad alemana (cf. § 69, III, 2, StGB).

2. A diferencia del § 111b, la orden de aseguramiento conforme al § 94 es obligatoria y presupone, en el marco de la proporcionalidad de la intensidad de la intervención y del grado de sospecha, sólo la sospecha inicial simple, de acuerdo con el § 152; en particular ver ACHENBACH, NJW 76, 1068.

II. A través del aseguramiento oficial se aplica la fuerza estatal sobre los objetos mencionados. La clase de aseguramiento está confiada a la práctica. El § 94, I, acentúa como subcaso del aseguramiento la *toma oficial en depósito*, pero, simultáneamente, permite reconocer ("o asegurar de *otra manera*") que el aseguramiento puede realizarse de las maneras más diversas, p. ej., también a través de la prohibición, dirigida al poseedor de la cosa, de modificarla o de disponer de ella (ver también *infra* C, I, 2).

La StPO conoce tres formas de apoderamiento de los objetos asegurados de esa manera:

1. El aseguramiento de objetos (en especial, la toma oficial en depósito de las cosas muebles) que son entregados *voluntariamente* (cf. § 94, II) o que no están bajo custodia (cf. *Kl/M*, § 94, núm. marg. 12). Es la forma más sencilla de aseguramiento; para ella están autorizados todos los funcionarios que se ocupan de la persecución penal.

2. El *secuestro*, en sentido estricto, esto es, el depósito oficial, u otro aseguramiento, de un objeto, con motivo de una orden expresa. Está indicado en el caso de objetos que *no* son entregados *voluntariamente* (§ 94, II), pero que pueden ser hallados por los órganos de la persecución penal (en caso necesario, por medio de un registro).

3. Finalmente, el *forzamiento de la entrega* de cosas (muebles) que no son presentadas ni entregadas por el obligado a hacerlo (§ 95, I), a través de la imposición de los medios de corrección y de coerción previstos en el § 70 (§ 95, II). Tanto para la solicitud de entrega[1], como para la imposición de las sanciones previstas en el § 70 es competente el juez (cf. § 70, III), a pesar de que el § 98, I, no lo dice expresamente; ¡discutido!

a) Un comportamiento de este tipo se manifiesta cuando las autoridades saben, por cierto, que el afectado tiene los objetos en custodia, pero ellas mismas no los pueden encontrar mediante un registro. Después de la entrega forzada el objeto es secuestrado.

b) El forzamiento de la entrega es inadmisible, sin excepciones, frente a las personas que están facultadas a abstenerse de declarar testimonialmente (§ 95, II, 2; cf., para ello, P. SCHMITT, 1993, 68 y ss., 141 y ss., 195 y 214) y frente al mismo imputado (*argumentum a fortiori*, opinión dominante), así como en el caso del § 96 (sobre esto *infra* C, II, 1, b). Sobre las complicadas cuestiones del forzamiento de la entrega de expedientes, tratándose de autoridades u otros tribunales, RIEß, StrV 88, 31.

C. El secuestro, en especial según los §§ 94 y siguientes

I. Orden, ejecución y efectos

1. La *orden* de secuestro debe permitir conocer por qué los objetos a secuestrar pueden ser importantes para la prueba (Düsseldorf StrV 83, 407) y qué alcance debe tener el secuestro (LG Stuttgart StrV 86, 471); la orden global de secuestro "de todos los objetos encontrados" atenta contra el art. 2, I, GG, en relación con el principio del Estado de Derecho (BVerfG NStZ 92, 91). La orden sólo le compete al juez, en caso de peligro inminente en la demora también a la fiscalía y a sus funcionarios auxiliares (§ 98, I), en cuyo caso, la mayoría de las veces, la orden de secuestro y su cumplimiento (v. *infra* 2) se realizarán simultáneamente. Si un secuestro urgente tiene lugar en ausencia del afectado o de una persona de confianza adulta, o ante la oposición del afectado, o bien, si éste está ausente, ante la oposición de una persona de confianza adulta[2], el funcionario debe procurar la ratificación del juez en el plazo de tres días (§ 98, II, 1); si el funcionario lo omite, también el afectado (en condiciones de interponer el recurso de queja, ver § 305, 2ª frase) puede provocar la decisión judicial (§ 98, II, 2; sobre la competencia ver § 98, II, 3-7). La inadmisibilidad de un secuestro está sometida a queja, § 305, 2ª frase (de otra opinión Hamburg JR 85, 300, con comentario en contra de K. MEYER).

[1] LG Bonn NStZ 83, 327, con comentario en contra de KURTH; KG NStZ 89, 192; LG Stuttgart NStZ 92, 249; BRACZYK, wistra 93, 57.

2. La *realización* del secuestro consiste en la incautación (en caso necesario por la fuerza) o en ordenar una limitación del derecho de disposición, lo que también es posible cuando se trata de terrenos y de inmuebles (a través de una faja oficial de clausura y de la prohibición de ingreso; cf. *supra* B, II, previo a 1). La autorización para ello también la poseen los funcionarios policiales comunes, quienes no están facultados para emitir la orden misma (ver *supra* B, II, 1).

3. El secuestro presenta las siguientes *consecuencias*:

a) Él funda también, cuando los objetos no son trasladados en custodia de la autoridad, la prohibición, de Derecho público, de *malversar* objetos embargados, protegida por el § 136, StGB.

b) Entre el Estado y el afectado, a través de la toma de posesión, nace una relación de custodia de Derecho público, por la que el Estado está obligado a la custodia diligente (RGZ 105, 340; 108, 251). Si, a pesar de la custodia diligente, un tercero daña a propósito el objeto, no se origina un derecho de indemnización (BGH NStZ 87, 517, con comentario de AMELUNG, StrV 88, 326).

c) En el procedimiento de investigación, los objetos tomados en custodia quedan a cargo de la policía o de la fiscalía; una vez promovida la acción pública, ellos deben ser puestos a disposición del juez (cf. § 98, III).

4. El secuestro *concluye*, a más tardar, cuando la sentencia que cierra el procedimiento queda firme; antes necesita, para ello, su revocación como *contrarius actus* (sobre la competencia *SK*-RUDOLPHI, § 98, núm. marg. 39); en el caso de secuestro de correspondencia (sobre esto *infra* IV, 2, b), en ciertas circunstancias, el secuestro también queda sin efecto por sí mismo. La revocación debe tener lugar tan pronto como las cosas secuestradas ya no sean necesarias para los fines del procedimiento penal. Las cosas muebles deben ser devueltas al ofendido en tanto no se tenga conocimiento de la existencia de pretensiones contrarias de un tercero (§ 111k).

[2] La ley no define el concepto de persona de confianza. La bibliografía recurre, en parte, al § 11, I, nº 1, StGB, y, en parte, se sostiene un concepto "amplio" de persona de confianza, que también comprende a las personas cercanas personal o profesionalmente, en tanto ellas pueden ser consideradas como representantes de los intereses del afectado (así KAMP, *Rudolphi-S.*, 1995, con más información).

II. Limitaciones del secuestro

1. Una serie de objetos están *exceptuados* del secuestro, aun cuando, en principio, estén comprendidos por el § 94, I (§ 97):

a) Las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas autorizadas a abstenerse de declarar testimonialmente, en virtud de los §§ 52, 53, I, nº 1-3b, y 53a (§ 97, I, nº 1, IV; sobre la problemática de la custodia en esos casos RANFT, núms. margs. 939 y ss.; P. SCHMITT, 1993, 73 y ss. y 154 y ss.); además las notas (p. ej., fichas clínicas del médico) de las personas mencionadas en los §§ 53, I, nº 1-3b, y 53a u otros objetos a los cuales se extiende el *derecho de abstenerse de declarar testimonialmente* (§ 97, I, nº 2 y 3; IV) como, p. ej., documentos o pruebas de sangre[3]. Es sumamente discutida la cuestión de si los documentos de la contabilidad que están en poder del asesor fiscal están libres de secuestro; cf. LG Stade, NStZ 87, 38, con mayores informaciones; WEINMANN, 1982; R. SCHMIDT, 1991. A través de la imposibilidad de secuestro se preserva que los parientes y personas de confianza del imputado, a pesar de su derecho de abstenerse de prestar declaración testimonial, contribuyan, sin embargo, indirectamente, a la declaración de su culpabilidad. No obstante, la prerrogativa de secuestro está limitada: solamente existe mientras los objetos mencionados en la ley estén en custodia de esas personas, o bien de sus sucesores en el consultorio (BVerfGE 32, 373, 383), o en custodia de un establecimiento hospitalario o de un centro de consulta del § 218b, StGB (§ 97, II, 1 y 2); por otra parte, el secuestro está permitido cuando el autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente sea sospechoso de participación punible en el hecho o cuando se trate de objetos relacionados con delitos (§ 97, II, 3) o cuando el imputado no es el paciente, sino el mismo médico (LG Hildesheim NStZ 82, 394; LG Koblenz NJW 83, 2100); según el BGH NStZ 83, 85, los objetos también deben ser pasibles de ser utilizados, cuando la sospecha se suprime posteriormente (discutible). Por último, conforme a la opinión dominante, el secuestro de fichas clínicas del médico también está permitido cuando el paciente exime al médico del deber de guardar silencio y, con ello, no procede su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente (ver *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., § 97, núm. marg. 73 y ss.; de otra opinión EB. SCHMIDT, anexo I, § 97, núm. marg. 11; ARTH. KAUFMANN, NJW 58, 272; RANFT, núm. marg. 964 y siguiente). Esto puede parecer impracticable ya que, con frecuencia, se trata de anotaciones que no son decisivas para el conocimiento del paciente. Pero, debido a que la imposibilidad de secuestro está unida al derecho de negarse a prestar testimonio, *de lege lata* apenas se podrá modificar. Se debe rechazar la extensión del derecho de secuestro, más allá del tenor literal de la ley, p. ej., en los casos de una "defensa abusiva" (cf. Frankfurt StrV 82, 64, con mayores informaciones). Por el contrario, a pesar de que el texto de la ley establezca algo distinto, el secuestro de la correspondencia con el defensor y de otro material para la defensa también debe ser inadmisible cuando esos objetos estén en posesión del imputado (BGH NJW 73, 2035; LG Mainz NStZ 86, 473; BGH StrV 89, 421, con comentario de SCHMIDT); con mayores detalles DAHS, 1990, quien también considera libre de secuestro a los documentos que son decisivos para servir a la defensa, cuando estén en poder de un tercero. Los documentos de la defensa también están libres de secuestro cuando ellos han sido entregados al defensor por un tercero para la defensa (Koblenz StrV 95, 570).

b) Las *actas* oficiales, y similares, si la autoridad máxima en el servicio rehúsa la entrega en virtud de los perjuicios que puedan ser esperados, de lo contrario, para el bienestar del Estado (§ 96); en ello existe un paralelo con la restricción de declarar regulada en el § 54 (cf. sobre esto SCHNEIDER, *Die Pflicht der Behörden zur Aktenvorlage im Strafprozeß*, 1970). Contra la negación procede la vía jurídica administrativa (§ 40, VwGO) (BVerwG DVBl. 84, 836; NJW 84, 2233; *SK*-RUDOLPHI, § 96, núm. marg. 15; en parte, se acepta también la competencia del tribunal ordinario, conforme al § 23, EGGVG, VG München NStZ 92, 452). Una decisión de reserva manifiestamente arbitraria o abusiva de la autoridad no es vinculante para el tribunal, de modo tal que, en ese caso, se puede realizar el secuestro (KG NStZ 89, 541). También el BGHSt 38, 237 (con comentario de HILGENDORF, JZ 93, 368; AMELUNG, NStZ 93, 48; TASCHKE, NStZ 93, 94) ha reconocido ahora que cuando falta la decisión de reserva de la máxima autoridad en el servicio o ella es ineficaz, se puede realizar un secuestro judicial. El principio de separación de poderes, en contra de una opinión extendida, no sólo no lo impide, sino que, incluso, lo exige; pues, de otro modo, la Administración podría imponer una reserva injustificada y, así, intervenir de forma inadmisible en el desarrollo de la administración de justicia.

Por fuera del impedimento de reserva del § 96, no es posible privar al defensor penal de la observación de un acta, a través de un pedido de confidencialidad de la autoridad protocolizadora, porque los expedientes de otras autoridades son parte integrante de las actas del procedimiento y están sujetos al derecho de vista de los autos (BGHSt 42, 71).

c) Los documentos que están en poder de diputados autorizados a abstenerse de declarar testimonialmente (§ 97, III, en relación con el art. 47, 2ª frase, GG) y los objetos que estén en los recintos del Parlamento, en tanto no exista un permiso del Presidente (art. 40, II, GG).

d) Los objetos cuya valoración para fines probatorios sería contraria a los arts. 1 y 2, GG, p. ej., los diarios personales y cartas que afectan la esfera íntima, cf. BGHSt 19, 325, o los legajos de los clientes de un centro de consulta por drogas, cf. BVerfGE 44, 353, con comentario de KNAPP, NJW 77, 2119; KNAUTH, JuS 79, 339, cuando el interés de mantenerlos en secreto prevalece sobre el interés de la persecución penal (cf. *supra* § 24, D, IV, 2).

e) Los documentos, los medios de registro de sonidos, de imágenes o de datos, así como las manifestaciones de toda clase que estén en custodia de la *prensa* y de la *radio*, o de sus colaboradores, están libres de secuestro, en tanto su contenido esté abarcado por el derecho de abstenerse de prestar testimonio conforme al § 53, I, nº 5 (§ 97, V, 1). En virtud de la amplia configuración del derecho de abstenerse de declarar testimonialmente, a partir de la nueva regulación del 1/8/1975 (sobre ello *supra* § 26, B, II, 2, c), esta disposición garantiza la protección necesaria de secuestro en una medida mucho más amplia que el derecho anterior (sobre ello cf. ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., § 23, LPG, núms. margs. 8 y ss., 91 y siguientes). Incluso, el privilegio de secuestro va todavía más allá del derecho de abstenerse de prestar declaración testimonial, en tanto no sólo está protegido lo que se encuentra en custodia de los autorizados a negarse a prestar testimonio, sino también de la redacción, de la editorial, de la imprenta o de la emisora de radio. Sin embargo, una restricción importante reside en que la imposibilidad de secuestro, de modo distinto que el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente, es improcedente cuando el autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente es sospechoso de haber participado en forma punible en el hecho (§ 97, V, 2, en relación con II, 3) o cuando incluso él mismo es imputado (KUNERT, MDR 75, 887, 889). A pesar de todo, en lo que aquí respecta, queda por considerar que, debido al rango especial de la libertad de información, en razón del art. 5, GG, sólo ante un motivo urgente es admisible un secuestro en empresas periodísticas y en emisoras de radio, conforme al principio de proporcionalidad[4]. Sobre el secuestro permitido en forma excepcional, según el § 97, V, 2, decide únicamente el juez (§ 98, I, 2).

Las notas terroristas de apología dirigidas a la prensa están sujetas a secuestro, conforme al § 97, II, 3, como *instrumenta et producta sceleris*; pues ellas proceden del hecho punible consistente en la participación en una agrupación terrorista (§ 129a, StGB) y también han sido utilizadas para la comisión del apoyo a una de estas agrupaciones, conducta también abarcada por el tipo penal (asimismo ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., § 23, LPG, núm. marg. 124; REBMANN, 1988; en BGHSt 41, 363, éste es reconocido sólo como un caso especial, sin embargo, se lo deja abierto en general).

El material investigado por iniciativa propia (p. ej., la filmación de una manifestación violenta) no está sujeto a la prohibición de secuestro del § 97, V, 1 (BVerfGE 77, 65); detallada-

[3] Detalladamente sobre la problemática del secuestro ante la existencia de un derecho de abstenerse de declarar testimonialmente, según los §§ 52 y 53, P. SCHMITT, 1993.

[4] Cf. sobre esto la "sentencia Spiegel", BVerfGE 20, 162; KLUG, *Presseschutz im Strafverf.*, 1965, *passim*; HUPPERTZ, *Zeugnisverweig.recht, Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbot zugunsten des Rundfunks im Strafprozeß*, 1971.

mente sobre ello y sobre los avances para una nueva regulación ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., § 23, LPG, núm. marg. 24, 59 y siguientes). Sin embargo, es aplicable aquí una limitación del secuestro derivada directamente del art. 5, I, 2, GG (BVerfGE 77, 65, 82). El material investigado por iniciativa propia, según ese sentido, tampoco puede estar sujeto a la prohibición de secuestro, pues la ley sólo tiene por objeto la protección del informante.

2. Por otra parte, también se debe observar el principio de proporcionalidad (BGH StrV 88, 90); así, no se puede secuestrar la existencia completa de una librería, con el resultado de perjudicar gravemente al comercio, porque existe la sospecha vaga de que allí se podría encontrar un escrito prohibido.

3. Una violación de las prohibiciones de obtención probatoria expuestas (exceptuado, acaso, el § 96) ocasiona, en principio, una prohibición de valoración probatoria, mientras que en caso de violación de la "prohibición probatoria relativa" del § 98, según la opinión dominante, (*LR*-SCHÄFER, 24ª ed., § 98, núm. marg. 81; de otra opinión OTTO, GA 70, 305, con mayores informaciones) nada se opone a la valoración (sobre esto, en general, *supra* § 24, D).

4. Sobre la reforma del derecho de secuestro, cf. el proyecto alternativo "Derecho de abstenerse de declarar testimonialmente e imposibilidad de secuestro" (1996); con más detalles sobre esto *supra* § 26, B, II, 5.

III. Secuestro del permiso para conducir

La ley somete a las reglas de los §§ 94 y ss. también el secuestro de *permisos para conducir alemanes* (§ 94, III).

1. Sin embargo, la relación objetiva de esta medida con la privación provisional del permiso para conducir del § 111a (ver *infra* § 36, C) conduce a una *restricción* del ámbito de aplicación: dado que el derecho de secuestro no puede ir más allá que la facultad judicial de privación, también el secuestro del permiso para conducir presupone motivos vehementes para la suposición de que el permiso para conducir será retirado definitivamente. Sobre la relación entre el secuestro del § 94, III, y la privación provisional del § 111a, cf., por lo demás, *infra* § 36, C, II.

2. Por consiguiente, puesto que el juez siempre podría dictar un auto de conformidad con el § 111a, el § 94, III, sólo tiene significado práctico para la fiscalía y sus funcionarios auxiliares, quienes, según el § 111a, no están autorizados para la privación provisional del permiso para conducir. Conforme al § 98, I, sin embargo, ellos pueden actuar, únicamente, en caso de *peligro inminente en la demora*; pero, según la opinión del BGH, con ello no se alude sólo al peligro de pérdida de un medio de prueba, que se presenta raras veces, o al peligro de fracaso de un secuestro posterior, sino, ante todo, al peligro de que el autor, "sin el retiro del permiso para conducir, intentará realizar otros viajes en estado de embriaguez o lesionará de cualquier otro modo disposiciones de tránsito de forma grave" (BGHSt 22, 385). Esta inclusión de motivos preventivo-policiales es derivada por el BGH del origen del § 111a (atendibles argumentos en contra en HRUSCHKA, NJW 69, 1311, 1634; EHLERS, MDR 69, 1023; HOLLY, MDR 72, 747). Según la opinión dominante, junto al aseguramiento procesal penal de los §§ 94, III, y 98, también es posible un aseguramiento del permiso para conducir *en virtud del derecho de policía*, en tanto con ello se pueda evitar, efectivamente, un peligro agudo proveniente del conductor (cf. *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., § 111a, núm. marg. 68; FEZER, 7/2-5). La cuestión de hasta qué punto es razonable, en la jurisprudencia más reciente del BGH, esa diferenciación según la adopción de la función preventivo-policial a través del derecho de secuestro, necesita, entretanto, todavía más aclaraciones.

3. Dado que los *permisos para conducir extranjeros* no pueden ser confiscados por los órganos alemanes de la persecución penal –tanto la privación provisional como la definitiva del permiso para conducir se anotan en él (§§ 69, III, 2, y 69b, II, StGB; 111a, VI)–, la ley también excluye, en principio, su secuestro. Sólo se lo admite para colocar en él la anotación de la privación (§ 111a, VI).

IV. Formas especiales del secuestro

1. Rigen normas especiales para el secuestro de envíos postales (*infra* 2), para la vigilancia telefónica (3 y 4), para la vigilancia de las comunicaciones epistolares, postales y de las telecomunicaciones, según la ley sobre el art. 10, GG (5), para la solicitud de información conforme a la ley sobre instalaciones de telecomunicaciones (6) y para las llamadas prohibiciones de ingreso (principalmente de mercaderías, impresos, películas cinematográficas) (7). La situación jurídica para el secuestro a la prensa, con el fin de asegurar el decomiso, merece un examen más específico (8). Las medidas cautelares patrimoniales están reguladas diferenciadamente (cf. *infra* D, II, 2, y § 65, B).

2. a) Para el secuestro de *envíos postales* que están en el servicio de correos se ha establecido una regulación especial en los §§ 99 y s. y 101 (en tanto para las cartas que están fuera del servicio de correos rige la regulación general de los §§ 94 y siguientes). Los presupuestos de un secuestro están aquí ampliados, en parte, frente al § 94, debido a que al tratarse de una carta cerrada, la mayoría de las veces, se debe proceder "por buena suerte", y, en parte, limitados, porque con ello se interviene en el ámbito de protección del art. 10, GG (sobre la inadmisibilidad del secuestro de la correspondencia con el defensor *supra* § 19, E, V). El EGMR no ha percibido en esta regulación ninguna violación a los arts. 6 u 8, MRK (EGMR NJW 79, 1755, con comentario a favor de ARNDT).

b) Las cartas dirigidas al imputado pueden ser secuestradas sin más; las cartas que presumiblemente proceden de él o que están destinadas a él sólo pueden ser secuestradas cuando en virtud de determinados hechos aparecen como de importancia para la investigación (§ 99). En caso de peligro inminente en la demora, además del juez, también la fiscalía está autorizada para ordenar el secuestro (¡pero no la policía criminal!). La apertura le corresponde al juez, a quien la fiscalía le tiene que presentar los envíos postales sin abrir; sin embargo, en casos de urgencia el juez puede delegar la facultad de apertura en la fiscalía (§ 100, III). Si el juez no ratifica la orden de secuestro de la fiscalía en el plazo de tres días, ella queda sin efecto automáticamente (§ 100, II, a diferencia del § 98, II). Finalmente, los intervinientes deben ser informados de las medidas adoptadas, tan pronto como con ello no se ponga en peligro a la finalidad de la investigación, ni a otros intereses determinados (ver, en particular, § 101; con mayores detalles sobre esto H. SCHOENE, NStZ 93, 125). En caso de un interrogatorio, un empleado del correo sólo tiene que declarar sobre los hechos que están sometidos al secreto postal, si un secuestro permitido en razón del § 99 conduciría al mismo resultado (KURTH, NStZ 83, 541). Una infracción al § 99 conduce a una prohibición de valoración (*SK*-RUDOLPHI, § 99, núm. marg. 22, con mayores informaciones).

3. La vigilancia y la grabación de las *telecomunicaciones*[5] en soportes de sonido pueden ser ordenadas bajo los siguientes presupuestos (§§ 100a y b):

a) *Circunstancias determinadas* deben fundar la sospecha de que alguien ha cometido, como autor o partícipe, un hecho punible político o militar, un delito del ámbito de la criminalidad más grave, de estupefacientes u organizada o ciertos hechos punibles conforme a la ley de extranjería o a la ley del procedimiento de asilo (ver, en particular, § 100a); por tanto, no son suficientes las meras suposiciones o conclusiones. Antes bien, la sospecha correspondiente a uno de los hechos punibles mencionados debe haber alcanzado ya una cierta medida de concreción, a través del material fáctico concluyente del mundo externo e interno de los sucesos (cf. Boletín parlamentario, Consejo Federal [BR-Drucks. 163/67], 11ª frase).

b) La vigilancia de las telecomunicaciones es, en principio, *subsidiaria*, esto es, ella sólo puede realizarse cuando, de otra manera, la investigación de las circunstancias o la averiguación del lugar de residencia del imputado no ofrecería probabilidad alguna de éxito o se tornaría considerablemente más difícil (con más detalles Rieß, 1990).

Según BGHSt 41, 30, los presupuestos de la sospecha sobre la comisión del hecho punible, resultante de hechos determinados, así como los presupuestos de la falta de probabilidad de éxito y de la dificultad de otras averiguaciones deben poder ser examinados por el juez de la causa y por el tribunal de casación sólo en vista de la justificabilidad de su admisión por el juez de la investigación o por la fiscalía. Por ello, los resultados de la escucha únicamente son invalorables cuando su orden se fundó en "arbitrariedad o en un error de apreciación grosero". Esta menor exigencia de la "intensidad de control" judicial es objetable (muy crítico también Bernsmann, NStZ 95, 512; Störmer, StrV 95, 653), porque ella se presta para socavar la reserva del juez y está en desacuerdo con la jurisprudencia del Derecho constitucional que aspira a una intensificación del control judicial. Störmer, ZStW 108 (1996), ofrece un primer intento para el tratamiento sintético de la "libertad de apreciación en el procedimiento penal", quien, con razón, señala que, en este ámbito, el estado de conocimiento del Derecho estadual y administrativo debe ser aprovechado por el Derecho procesal penal.

c) La orden se dirige, en primer lugar, contra el imputado. Empero, en determinadas circunstancias, la orden también puede afectar a *terceras personas no sospechosas* cuando, en razón de circunstancias determinadas, se debe suponer que ellas reciben o transmiten comunicaciones dirigidas al imputado o procedentes de él o que el imputado utiliza su conexión telefónica. Se exige aquí una interpretación restrictiva (en contra BGHSt 29, 23; cf. Bottke, JA 80, 748) debido a que el § 100a interviene en

[5] Según la opinión del juez de investigación del BGH (NStZ 97, 247), las telecomunicaciones del § 100a no comprenden sólo al teféfono y al télex, sino a toda clase de transmisión de información; una de ellas es también la transmisión de información de y para un *mailbox* anexo.

la esfera –protegida por el derecho fundamental– de un tercero que no participa del procedimiento y, por ende, recibe objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho. Por lo demás, la necesidad de una interpretación restrictiva obedece a que los intereses de confianza y de secreto, de mayor rango, importantes para la práctica de una profesión, deben ser protegidos: inadmisibilidad general de la vigilancia de las telecomunicaciones con el defensor (cf. § 148), licitud de la vigilancia en el caso de los otros profesionales mencionados en el § 53 sólo cuando son sospechosos de colusión (ver, en particular, Rudolphi, 1975, con más informaciones; restrictivamente Werle, 1991).

Por ello, el BGHSt 33, 347, ha decidido, con razón, que la conexión telefónica de un defensor no puede ser vigilada cuando contra él sólo existe la sospecha de encubrimiento personal (§ 258, StGB), aunque su cliente sea sopechoso de haber cometido uno de los hechos contenidos en la lista del § 100a (sobre esto Welp, NStZ 86, 294).

Sobre la orden decide el juez; en caso de peligro inminente en la demora, la fiscalía (§ 100b, I). Ella debe constar por escrito, contener el nombre y la dirección del afectado, así como determinar el modo, la extensión y la duración de las medidas (§ 100b, II, 1, 2 y 3). La duración máxima de la medida está limitada a tres meses; sin embargo, en ciertas circunstancias es posible la prolongación del plazo (§ 100b, II, 4).

Las medidas de vigilancia son llevadas a cabo por el juez, por la fiscalía o por los funcionarios auxiliares de la fiscalía; el encargado de la instalación se limita a realizar la conexión telefónica respectiva con las autoridades de la persecución penal, competentes en el caso particular (§ 100b, III).

Dado que, con frecuencia, en la vigilancia de las telecomunicaciones no se puede evitar la obtención de antecedentes que, desde un principio, se descartan como medios de prueba (p. ej., comunicaciones con no partícipes) o cuya inaptitud como medio de prueba se manifiesta en el transcurso del procedimiento, el § 100b, VI, dispone que los antecedentes así obtenidos deben ser destruidos inmediatamente bajo el control de la fiscalía, tan pronto como ya no sean necesarios para la persecución penal; también deben ser destruidos en caso de un sobreseimiento o de condena firme[6]. La StPO no proporciona fundamento alguno para la valoración de ese material por la policía con fines de defensa ante el peligro[7]. El § 100b,

[6] Discutible; detalladamente, Schnarr, 1987; Koblenz StrV 94, 248. En general sobre "Reglamentación sobre la destrucción en la StPO", con lo que también tienen relación los §§ 100d, I, 2; 163a, IV, 2; 98b, III, 2; 81a, III; 476, II, Hilger, NStZ 97, 371.

[7] Cf., por una parte, la controversia entre Globig, ZRP 91, 81, 289, y Hassemer, ZRP 91, 121; por otra parte, Riegel, ZRP 91, 286.

V, determina, ahora, que las informaciones personales obtenidas a través de las medidas que importan escuchar pueden ser utilizadas en otros procedimientos penales sólo con el fin de esclarecer uno de los hechos mencionados en la lista del § 100a.

Si durante la vigilancia permitida de las telecomunicaciones el interlocutor olvida colgar el auricular, de modo tal que también se graba las conversaciones que transcurren en el departamento (conversaciones en un ámbito privado), estas últimas no pueden ser valoradas (BGHSt 31, 396, con comentario a favor de GEERDS, NStZ 83, 518, y AMELUNG, JR 84, 256). Una valoración en este supuesto no sólo atentaría contra el tenor literal de los §§ 100a y 100b, sino también contra los arts. 1, I, y 2, I, GG. También la conexión a una "central para el registro y comparación de llamadas", que únicamente conserva los números de teléfono marcados, con la fecha y hora, y la duración de la comunicación telefónica, requiere una orden conforme a los §§ 100a y 100b; por tanto, ante la falta de esa orden sus resultados no son valorables (BGHSt 35, 32, con comentario de DÖRIG, NStZ 88, 143). Las instalaciones para capturar llamdas y para registrarlas o compararlas, que no sirven a la persecución penal, sino a la investigación y a la defensa contra llamadas anónimas molestas, requieren un fundamento legal con el que no se cuenta por el momento; sin embargo, ello puede ser tolerado por un período transitorio (BVerfGE 85, 386). En cuanto a la valoración de informes del correo sobre telecomunicaciones con un teléfono de automóvil, cf. BGH NStZ 93, 192, con comentario en contra de KLESCZEWSKI, NStZ 93, 446. La escucha de conversaciones telefónicas en un segundo auricular no lesiona los §§ 100a y 100b; estos parágrafos abarcan solamente los casos en que las escuchas exigen la cooperación del operador de la red (BGHSt 39, 335; cf. *supra* § 25, IV, 2, a).

4. La ley no expresa cómo pueden ser introducidas en el proceso las informaciones obtenidas de conformidad con el § 100a. Según el BGHSt 27, 135, o bien se puede pasar la cinta magnetofónica, inspección ocular, o bien se puede utilizar las actas con el contenido de la grabación, a través de la prueba documental (en sentido afirmativo Gollwitzer, JR 78, 119). Sin embargo, no está permitido reproducir o leer meros extractos o resúmenes (LG Frankfurt StrV 87, 144).

Por supuesto, es presupuesto de una *valoración* semejante que la vigilancia de las telecomunicaciones se haya mantenido dentro del marco establecido por la ley (opinión dominante; cf. BGHSt 22, 329). Es por eso que la grabación de una conversación no puede ser valorada cuando ha sido realizada sin orden judicial (§ 100, I, 1) (BGHSt 31, 304, con comentario a favor de J. MEYER, NStZ 83, 466). También se necesita una orden judicial cuando el interlocutor está de acuerdo con que un funcionario policial escuche la conversación[8]. Si con motivo de la vigilancia legítima se toma conocimiento de la comisión de acciones punibles por las cuales no se podría haber emitido una orden conforme a los §§ 100a y 100b (p. ej., falsificaciones de documentos), los elementos probatorios así obtenidos son invalorables en el proceso penal (si, en cambio, se toma conocimiento de otro de los hechos contenidos en la lista, los resultados de la vigilancia pueden ser utilizados para su comprobación, BGHSt 32, 10, con comentario a favor de SCHLÜCHTER, NStZ 84, 372). Por ende, los elementos que no pueden ser valorados, no pueden ser utilizados como medios de prueba en el juicio oral (BGHSt 26, 298), ni pueden ser opuestos al abonado o al interlocutor (BGHSt 27, 355; cf., empero, BGHSt 30, 317, con comentario en contra de ODENTHAL, NStZ 82, 390). Si la persona que fue sometida a las escuchas, después de que se le muestra esta clase de elementos probatorios, declara, su declaración es invalorable, aun cuando haya sido instruido en debida forma[9]; por el contrario, la confesión puede ser valorada cuando la vigilancia telefónica ilícita no ha repercutido (más) en ella (BGHSt 35, 32, con comentario de DÖRIG, NStZ 88, 143). Las reglas vigentes para los hallazgos casuales durante los registros (§ 108) no pueden ser aplicadas analógicamente, en lo que aquí respecta, porque en tanto los registros pueden ser ordenados ante la sospecha de todo hecho punible, los hallazgos casuales a los que se refiere el § 108 podrían ser secuestrados, de todos modos, reiterando el registro; en cambio, éste no es el caso en el supuesto del § 100a, cuando se trata de hechos que no están en la lista[10]. Así y todo, los hallazgos casuales pueden ser aprovechados, en adelante, como motivo para hacer averiguaciones penales sobre esos delitos (BGHSt 27, 355). Fuera de ello, la jurisprudencia también permite la persecución –posible a través de una vigilancia telefónica– de hechos no contenidos en el catálogo cuando ellos "están relacionados... con la sospecha de la comisión de uno de los hechos contenidos en el catálogo" (BGHSt 26, 302). Cuando una testigo hace declaraciones incorrectas ante la presentación de los resultados de una vigilancia telefónica lícita, los conocimientos provenientes de la vigilancia telefónica deben poder ser valorados en un procedimiento penal iniciado en su contra por declaración testimonial falsa (§ 153, StGB) (Karlsruhe NStZ 94, 201; en contra SCHNEIDER, NStZ 94, 504; KLESCZEWSKI StrV 94, 530).

De forma más extensiva son interpretadas las autorizaciones para realizar escuchas cuando se trata de alguno de los hechos de los §§ 129 y ss., StGB. En este caso, también pueden ser valoradas las averiguaciones que se refieren a otros hechos punibles cometidos en el marco de la asociación ilícita (BGHSt 28, 122). Esta posición debe ser aprobada. Pero parece ir demasiado lejos el afirmar que esas averiguaciones también deberían poder ser valoradas

[8] *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., § 100a, núm. marg. 9a; *KK*-NACK, 3ª ed., § 100a, núm. marg. 5; de otro parecer la opinión dominante, entre otros, Hamm, NStZ 88, 515, con comentario crítico de AMELUNG, así como de KREHL, StrV 88, 376.

[9] BGHSt 27, 355, con comentario de RIEß, JA 79, 167; sobre el efecto extensivo de la prohibición de valoración probatoria en tales casos BGHSt 32, 68, así como *supra* § 24, D, IV.

[10] Instructivo WELP, Jura 81, 472; cf., además, BGHSt 26, 298; 27, 355; WELP, JZ 73, 288; WEBER, NJW 73, 1056; SCHROEDER, JR 73, 252; MAIWALD, JuS 78, 379; KNAUTH, NJW 77, 1510 y 78, 741; de otra opinión W.B.SCHÜNEMANN, NJW 78, 406.

cuando la asociación ilícita resulta inexistente en absoluto y ni siquiera se formula una acusación conforme a los §§ 129 y ss., StGB (así, sin embargo, BGHSt 28, 122, con comentario a favor de RIEß, JR 79, 168; BVerfG NStZ 88, 32). Esa práctica torna posible, incluso, erigir imputaciones con arreglo a los §§ 129 y ss., StGB, para poder investigar así delitos en virtud de los cuales no se puede ordenar una vigilancia según los §§ 100a y 100b. Por motivos semejantes, tampoco está libre de objeciones la permisión de valorar los resultados de una vigilancia telefónica ordenada en el procedimiento en razón del § 100a contra terceros, cuando los terceros no son acusados por alguno de los hechos contenidos en el catálogo (como aquí BayObLG JR 83, 124, con comentario de RIEß; de otra opinión BGH NJW 79, 1370; establece una diferenciación WELP, Jura 81, 472). Crítico sobre la interpretación extensiva del § 100a por el BGH, PRITTWITZ, 1984. Detalladamente sobre los "hallazgos casuales", en caso de una vigilancia telefónica, FEZER, 8/14-18.

El § 100a no contiene una protección de la confianza análoga a los §§ 52 y ss. y 97 (cf. *supra* 3c). Sin embargo, para el defensor deben regir reglas especiales debido a que el § 148, I, garantiza una comunicación oral ilimitada con el imputado (y, con ello, también telefónica: BGHSt 33, 350). Así, si se ordena una vigilancia telefónica del imputado y resulta que él mantiene una conversación con el defensor, la grabación debe ser interrumpida o bien se debe borrar una conversación ya grabada. Si el imputado es sospechoso de haber cometido uno de los hechos de la lista del § 100a, según el tenor literal del § 100a, 2ª frase, también se podría vigilar la conexión del defensor, ya que él es destinatario de una comunicación; no obstante, el § 148, I, lo impide (BGHSt 33, 347). Si, de todos modos, el defensor es escuchado y se confirma así la sospecha de encubrimiento personal que existe en su contra, lo escuchado no puede ser utilizado en su contra; no está permitida la aplicación analógica del § 97, II, 3, que en casos análogos permite el secuestro de objetos que están en poder del defensor (BGH, *loc. cit.*). Frente a ello, el BGH (*loc. cit.*) considera admisible la vigilancia de la conexión del defensor cuando éste es sospechoso de ser coautor o partícipe en un hecho de los contenidos en la lista, por el que se persigue a su cliente; sin embargo, esta restricción también debe ser rechazada debido a que no es compatible con el § 148. En tales casos, ante todo, el defensor debe ser excluido conforme al § 138a; y luego puede ser vigilado en virtud de las reglas generales. Instructivo sobre ello, BGHSt 33, 347, WELP, 1986; BEULKE, 1986; WERLE, 1991. Si, en cambio, el defensor mantiene una conversación telefónica con un tercero, vigilada de forma permitida, el § 148 no impide su valoración (BGH NStZ 88, 562, con comentario crítico de TASCHKE, StrV 90, 436).

5. Fuera de ello, la G 10 (ley sobre el art. 10, GG, del 13/8/68, Sartorius nº 7) establece otras facultades esencialmente más extensas para la vigilancia de las comunicaciones epistolares, postales y de las telecomunicaciones a través de las autoridades encargadas de la protección de la Constitución de la República Federal y de los estados federados, de la oficina para el servicio de contraespionaje militar y, en especial, del servicio federal de informaciones (BND).

a) Según el art. 1, § 1, I, nº 1, y § 2, G 10, en caso de sospecha de planificación o comisión de determinados hechos punibles (en su mayoría delitos contra la seguridad del Estado) esas autoridades están autorizadas a efectuar restricciones individuales del secreto epistolar, postal y de las telecomunicaciones, frente al sospechoso o a las personas que se le equiparen, para la defensa ante peligros que constituyen una amenaza para el orden fundamental democrático-liberal o para la estabilidad de la seguridad de la República Federal o de un Estado federado.

b) Más allá de ello, con arreglo a la VBG, del 28/10/94, fue ampliada considerablemente la posibilidad –ya existente con anterioridad– de realizar la llamada "vigilancia estratégica", no referida a personas[11]. En la actualidad, conforme al art. 1, § 3, G 10, a pedido del BND y bajo ciertos presupuestos, se puede ordenar medidas de vigilancia y de grabación referidas al tráfico de telecomunicaciones internacionales sin conexión con el servicio telefónico, para la obtención de informes sobre el peligro de un ataque armado a la RFA y de la comisión de atentados terroristas internacionales en la RFA, así como sobre peligros en el ámbito del tráfico internacional de armas de guerra, del tráfico económico internacional ilícito, del tráfico internacional de drogas, de la falsificación de moneda cometida en el exterior y del lavado de dinero relacionado con tales actividades. Esta investigación de las telecomunicaciones inalámbricas relacionadas con el extranjero, en cierto modo una cobertura de área ilimitada, que no requiere una sospecha concreta y que se realiza aplicando determinados "conceptos de búsqueda" (art. 1, § 3, II, G 10), está objetada justamente por la crítica por representar una "vigilancia a través de una red de rastreo potencialmente total"[12].

6. Según el § 12 de la ley sobre la instalación de telecomunicaciones (FAG), tanto el juez como la fiscalía, en caso de peligro inminente en la demora, pueden exigir información sobre las telecomunicaciones cuando, o bien las comunicaciones estaban dirigidas al imputado, o bien existen indicios de que ellas procedían de él o estaban dirigidas a él, y de que la información tiene importancia para la investigación. Sin embargo, de acuerdo con ello, sólo está permitida la información sobre telecomunicaciones ya concluidas, de manera distinta a aquella regulada en los §§ 100a y 100b, pero ello no implica permitir una orden para el futuro (opinión general, cf. KLESCZEWSKI, 1993, 382, con mayores detalles).

El precepto, que ya existía *antes* de la introducción de los §§ 100a y 100b en el año 1968, y que, a lo largo de todo ese tiempo, sólo tenía una vigencia aparente, ha ganado importancia nuevamente conforme al desarrollo de la técnica de las telecomunicaciones –que progresa rápidamente–, a la posibilidad que conlleva de almacenar datos de conversaciones en una medida inesperada hasta ahora, y a las probabilidades de éxito –aumentadas esencialmente de este modo– de un pedido de información (ver, en particular, KLESCZWESKI, 1993, 382). Teniendo en cuenta el "derecho a la autodeterminación de la información", reconocido por el BVerfG en la llamada "sentencia sobre el censo de la población" (BVerfGE 65, 1), y la necesidad de proteger el secreto de las telecomunicaciones, la transmisión de datos referidos a personas, cuya recolección y procesamiento debe ser tolerado por todo abonado de teléfono, únicamente debe ser admitido ba-

[11] Crítico sobre la actividad de escuchas del BND, ya incluso según el Derecho precedente, RIEGEL, ZRP 93, 468.

[12] Cf. la crítica, p. ej., en KÖHLER, StrV 94, 386; PFEIFFER, ZRP 94, 253.

jo determinados presupuestos. Así, sólo se puede considerar que un pedido de información es proporcionado conforme al § 12, FAG, cuando se trate de hechos que están mencionados en el § 138, StGB, art. 1, § 2, I, G 10; además, en el caso de que se ordene un pedido de información también deben ser observadas las normas procesales establecidas en los §§ 100, II, IV, 100b, V, y 101, I (ver, en particular, KLESCZEWSKI, 1993).

7. En virtud de la Ley sobre vigilancia de *las prohibiciones de ingreso* (en especial de mercaderías, impresos y películas) del Derecho penal y otros (del 24/5/1961, BGBl. I, 607; sobre la constitucionalidad BVerfGE 33, 52 y ss.), las oficinas principales de aduanas poseen facultades de control y de secuestro para impedir el ingreso clandestino a la RFA de elementos *que pongan en peligro al Estado*. En cambio, con respecto a la importación de material pornográfico sólo existen las facultades generales de secuestro del § 99 (BGHSt 23, 329).

8. No está definitivamente aclarada la situación jurídica para el secuestro tendiente a asegurar la confiscación de obras impresas, escritos y elementos necesarios para su producción, esto es, prácticamente, ante todo, el *secuestro a la prensa*, que aspira a comprender la edición completa y, de ese modo, entra en conflicto con la garantía de la libertad de prensa del art. 5, I, 2, GG. En una serie de estados federados las leyes estaduales de prensa contienen precisiones con respecto a este punto. Empero, el legislador federal ha establecido una regulación de la materia para el Derecho federal en los §§ 111m y 111n, StPO, a través de la Ley sobre el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente de los trabajadores de prensa y de radio, del 25/7/1975, que se remite a los preceptos generales sobre el aseguramiento de la ejecución conforme a los §§ 111b y ss. (*infra* D). Algunos autores opinan que la regulación del Derecho federal no es válida, pues el secuestro a la prensa pertenece a la materia del Derecho de prensa en el sentido del art. 75, I, nº 2, GG, y porque las disposiciones detalladas de la StPO excedieron ampliamente el límite de la creación de preceptos básicos para la situación jurídica general de la prensa, lo único permitido a la Federación[13]. Hasta el momento no ha habido sino una decisión del BVerfG sobre el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente de las personas que pertenecen a la prensa (BVerfGE 36, 193 y 314), pero ninguna acerca de la cuestión de la competencia. Sin embargo, con la opinión preponderante, se debe tomar como punto de partida la validez de las disposiciones del Derecho federal contenidas en los §§ 111m y 111n, en relación con los §§ 111b y ss., StPO (sobre los motivos, detalladamente ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., consideraciones previas a los §§ 13 y ss., LPG, núms. margs. 24, 26 y ss., con información pormenorizada)[14].

D. El aseguramiento conforme a los §§ 111b y siguientes

Con referencia al contenido de los §§ 111b-111n, se trata, esencialmente, del aseguramiento de la ejecución de la confiscación especial y del decomiso a través del secuestro o del embargo real (*Ak*-ACHENBACH, §§ 111b-111d, núm. marg. 1). Además, a partir de la OrgKG 1992 hay que añadir el aseguramiento de la pena patrimonial en el sentido del § 43a, StGB, a través del embargo real o del secuestro total o parcial del patrimonio (§§ 111o, 111p).

[13] BULLINGER, en: LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., Int., núm. marg. 74; JARASS, NJW 1981, 193, 197.

[14] Comentario detallado sobre la regulación del Derecho federal de los §§ 111m y n, §§ 111b y ss., StPO, y §§ 74 y ss., StGB, y sobre las disposiciones del Derecho estadual –con respecto a una posible decisión discrepante del BVerfG– en ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., comentario previo y comentario a los §§ 13-19, LPG.

I. Objetos

1. Están sujetos al *secuestro en sentido limitado*, en general (ver § 111b):

a) los objetos que, de conformidad con los §§ 73-73d, StGB, están sujetos a la confiscación especial;

b) los objetos cuyo decomiso o inutilización es posible (ver §§ 74 y ss., 92b, 101a, 150, 295, StGB, 375, AO, y 21, III, StVG);

c) los objetos cuya confiscación especial no puede ser ordenada precisamente porque por el hecho se ha originado una pretensión para el ofendido, cuyo cumplimiento le restaría al autor o al partícipe el valor adquirido por el hecho (§ 111b, IV, en relación con el § 73, I, 2, StGB).

2. *Documentos*, soportes de sonido y de imagen, representaciones y los mecanismos determinados o necesarios para su realización (§§ 74d, I, 11, III, StGB) pueden ser asegurados conforme al § 111b, I, únicamente bajo la observancia estricta del principio de proporcionalidad, para garantizar el decomiso y la inutilización (ver, en particular, § 111m). Allí la ley menciona como contramotivo más importante "la puesta en peligro del interés público en una difusión inmediata (!)".

3. De modo distinto a lo establecido por el § 94 (ver *supra* B, II), para asegurar objetos con el fin de garantizar la ejecución, está previsto el secuestro formal, cuya orden siempre debe ser declarada expresamente, en virtud de la prohibición de disponer del § 111c, V (discutido; ver ACHENBACH, NJW 82, 2809, con más informaciones). El secuestro de un documento o algo similar (*supra* I, 2) debe ser limitado a la menor medida posible: las partes separables que no contuvieran algo punible deben ser excluidas de él; el secuestro debe ser revocado cuando el afectado excluye la parte punible de la reproducción y difusión (§ 111m, II y IV).

II. Fines

1. La orden del *embargo real* es admisible:

a) para asegurar la confiscación especial y el decomiso del valor sustitutorio conforme a los §§ 73a y 74c, StGB (§ 111b, II) y, por cierto, también en interés del ofendido (*AK*-ACHENBACH, §§ 111b-111d, núm. marg. 23);

b) para asegurar la ejecución de una multa o del reintegro de las costas del procedimiento provenientes de una sentencia que todavía no está firme (§ 111d, I), así como

c) para asegurar la pena patrimonial conforme § 43a, StGB (§ 111o).

En estos casos, el patrimonio embargable del imputado está sujeto a la intervención estatal, pero sólo a través de la ejecución forzosa individual (§§ 111d, II, y 111o, II, 1, en cada caso con remisión a la ZPO).

2. El § 111p, introducido por la OrgKG 1992, toma otro camino. Este precepto, para asegurar la pena patrimonial según el § 43a, StGB, posibilita el *secuestro del patrimonio completo* (inhibición general) del imputado cuando la ejecución forzosa individual no parece garantizada por el embargo real (§ 111p, I); pero, por otra parte, él permite la limitación del secuestro del patrimonio a partes aisladas que lo componen, si esto es suficiente para asegurar la ejecución de una pena patrimonial (§ 111p, II). Con la orden de un secuestro del patrimonio, el imputado pierde la facultad de disponer de su patrimonio por actos entre vivos (§ 111p, III); la administración del patrimonio es transferida a un curador (§§ 111p, IV, y 292, II), según las disposiciones sobre la curatela de ausentes (§§ 1911 y 1915, BGB).

III. Competencia

1. Para emitir la orden de secuestro y de embargo es *competente* el juez, en caso de peligro inminente en la demora, en general, también la fiscalía, así como sus funcionarios auxiliares cuando se trate de cosas muebles. En caso de secuestro de bienes inmuebles o de derechos, la fiscalía tiene que solicitar la confirmación judicial de la orden en el plazo de una semana (§ 111e, I y II). La orden debe ser comunicada lo antes posible al ofendido por el hecho (§ 111e, III, ver también IV). Sobre la competencia para la realización del aseguramiento ver §§ 111f y 111g, II; las operaciones que sirven a la realización del secuestro y de la ejecución del embargo están delegadas, con gran alcance, en el curador legal (§§ 22 y 31, I, RPflG).

2. El secuestro de una *obra impresa* periódica (esto es, una publicación que aparece por entregas continuas y con un intervalo de seis meses como máximo, cf., p. ej., art. 6, II, BayPresseG) y de los medios para su producción sólo puede ser ordenado por el juez. El secuestro de otras obras impresas, en caso de peligro inminente en la demora, también puede ser ordenado por la fiscalía (¡no por sus funcionarios auxiliares!); sin embargo, queda sin efecto si no es confirmado por el juez dentro de los tres días (§ 111n, I). En la orden de secuestro se debe indicar detalladamente los pasajes del texto que dan motivo al secuestro (§ 111m, III). El secuestro debe ser revocado cuando en el plazo de dos meses no se ha formulado la acusación o no se ha solicitado el procedimiento objetivo de decomiso (cf. *infra* § 65); en determinadas circunstancias, este plazo puede ser prolongado dos veces por otros dos meses (§ 111n, II, cf. también III).

3. Para ordenar el embargo real y el secuestro del patrimonio completo, o de partes de él, con el fin de *asegurar la pena patrimonial* está facultado, en general, el juez; en caso de peligro inminente en la demora también la fiscalía, que tiene que solicitar la confirmación judicial en el plazo de una semana (§§ 111o, III, y 111p, IV).

IV. Efectos

Ellos están regulados en interés del *resarcimiento del ofendido* de otro modo que por los §§ 94 y ss. (con mayores detalles ACHENBACH, 1985). En el marco de este compendio es digno de resaltar lo siguiente:

1. El secuestro según el § 111c no tiene efecto contra una disposición del ofendido a través de la ejecución forzosa o de la ejecución del embargo para asegurar una pretensión derivada de un hecho punible (§ 111g, I, ver además II). Si a causa de una pretensión semejante, el ofendido ha obtenido un aseguramiento real a través de la ejecución forzosa o de la ejecución del embargo, él puede pretender la preferencia sobre la cosa frente a una hipoteca de aseguramiento en razón del § 111, d, II, en relación con el § 932, ZPO (§ 111h, I).

2. El secuestro no sólo conduce a que surja la prohibición de Derecho público de malversar y de una relación de depósito del Derecho público –en caso de la toma oficial en custodia de cosas muebles–; sino que, ante todo, tiene como consecuencia una *prohibición relativa de disponer* amplia en el sentido del § 136, BGB (§ 111c, V), que, en consonancia con el § 111g, III y V, también opera en favor del ofendido.

3. Las cosas muebles secuestradas que le han sido sustraídas al ofendido a través del hecho punible, deben serle *entregadas* tan pronto como sea posible, en tanto no se tome conocimiento de la existencia de pretensiones de terceros que lo impidan (§ 111k). Sobre la venta urgente ver § 111l.

§ 35. Registro, puestos de control y redada policial

Bibliografía: *Rengier,* Prakt. Fragen bei Durchs., insb. in Wirtschaftsstrafsachen, NStZ 81, 372; *Achenbach,* Vorläufige Festnahme, Identifizierung und Kontrollst. im Strafprozeß, JA 81, 660; *Geerds,* Durchs. von Personen, Räumen und Sachen, Dünnebier-FS, 1982, 171; *Born,* Kann auf die Zuziehung von Zeugen bei der Durchs. durch Polizeibeamte (§ 105 II StPO) wirksam verzichtet werden?, JR 83, 52; *Baur,* Mangelnde Bestimmtheit von Durchs.beschlüssen, wistra 83, 99; *Krekeler,* Zufallsfunde bei Berufsgeheimnisträgern und ihre Verwertbarkeit, NStZ 87, 199; *Bauwens,* Schutz der Mandantenakten bei Durchs. in der Kanzlei des Steuerberaters, wistra 88, 100; *Quermann,* Durchs. und Beschlagnahme beim steuerl. Berater, wistra 88, 254; *Krekeler,* Durchs. und Beschlagnahme in Anwaltsbüros, KochFG, 1989, 165; *Volk,* Durchs. und Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen beim Steuerberater, DStR 89, 338; *Janoscheck,* Strafproz. Durchs. und Beschlagnahme bei jurist. Personen des öffentl. Rechts, 1990; *Labe,* Zufallsfund und Restitutionsprinzip im Strafverf., 1990; *Sommermeyer,* Schutz der Wohnung gegenüber strafproz. Zwangsmaßnahmen, ein Phantom?, JR 90, 493; *Amelung,* Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverf., NJW 91, 2533; *Sommermeyer,* Neuralgische Aspekte der Betroffenenrechte und ihres Rechtsschutzes bei strafproz. Hausdurchs., NStZ 91, 257; *Krekeler,* Verwertungsverbot bei der Durchs., AnwBl. 92, 356; *Ronsdorf,* Die Beschlagnahme von Zufallsfunden bei Durchsuchungen, 1992; *Sommermeyer,* Die materiellen und formellen Voraussetzungen der strafproz. Hausdurchs., Jura 92, 449; *Krekeler,* Beweisverwertungsverbote bei fehlerhaften Durchs., NStZ 93, 263; *Ronsdorf,* Geplante Zufallsfunde, Archiv f. Kriminologie 93, 42; *Schuhmann,* Durchs. und Beschlagnahme im Steuerstrafverf., wistra 93, 93; *Elf,* Der Vollzug von Durchs. bei Abgeordneten, NStZ 94, 375; *Krekeler/Schütz,* Die Durchsuchung von bzw. in Unternehmen, wistra 95, 296; *Cassardt,* Zur Gültigkeitsdauer ermittlungsrichterlicher Durchsuchungsanordnungen, NJW 96, 554; *Roxin,* Zur richterlichen Kontrolle von Durchsuchungen und Beschlagnahmen, StrV 97, 654.

A. Registro

I. El *registro* es una búsqueda

1. de objetos ocultos que pueden ser considerados como objetos de decomiso, o de confiscación especial, o como medios de prueba, y

2. del sospechoso.

II. Pueden ser *objeto del registro*:

1. los domicilios y otros lugares (llamado *registro domiciliario*),

2. la persona del sospechoso, de un no sospechoso y las cosas que les pertenecen (requisa de personas, a diferencia del examen corporal; ver *supra* § 33, A, II).

III. Los *presupuestos* para el registro son diferentes según se trate de sospechosos (personas que son consideradas autores, partícipes o encubridores personales, por receptación o encubridores reales) o de no sospechosos.

IV. El registro domiciliario

1. Si se trata de *sospechosos*:

a) El registro de los lugares donde habita el sospechoso está permitido tanto con la finalidad de aprehenderlo, como también cuando se sospecha que el registro conducirá al descubrimiento de elementos de prueba (§ 102).

Si se trata de un menor de edad para el Derecho penal, el registro no se puede fundar en el § 102, pero tampoco en el § 103 (así, sin embargo, Bamberg NStZ 89, 40), pues ambas disposiciones presuponen la existencia de un hecho penal; antes bien, es aplicable el § 111b, III (nueva versión), en relación con el § 102 (WASMUTH, NStZ 89, 40).

b) También está autorizado el registro para el descubrimiento de objetos de la confiscación especial o del decomiso (§ 111b, II, 3, en relación con el § 102).

c) Es presupuesto de admisibilidad para el registro domiciliario la simple *sospecha* de que el registro conducirá al descubrimiento de elementos de prueba. No es necesario que esa sospecha esté respaldada por hechos concretos, pero, de todos modos, debe estar fundada en la afianzada experiencia criminalística; no es suficiente la sospecha meramente "intuitiva" (*Kl/M*, § 102, núm. marg. 2). También el concepto de "sospechoso" debe ser restringido de ese modo; la sospecha global, no concreta, contra una persona, no es suficiente.

d) El principio de *proporcionalidad* también debe ser observado en relación a la extensión del registro (BVerfGE 59, 95; BVerfG StrV 97, 394). Como resulta del § 108, el registro sólo puede comprender los objetos que están relacionados con el hecho que constituye el objeto del procedimiento (cf., sin embargo, *infra* i).

e) Por último, el registro no puede dirigirse a objetos que no pueden ser secuestrados (§ 97; *supra* § 34, B, II). Para los registros de oficinas de prensa existe otra restricción que resulta de la necesidad de ponderar los intereses de la persecución penal frente a la libertad de prensa, protegida por la Ley Fundamental (sobre ello BVerfGE 20, 162, 186 –sentencia "Spiegel"–).

f) El registro está limitado durante la noche, excepto en los locales accesibles para cualquier persona o en casas de mala fama (ver, en particular, § 104).

g) Para ordenar el registro es competente el juez; en caso de peligro inminente en la demora, también la fiscalía o sus funcionarios auxiliares (§ 105). En cambio, por aplicación analógica del § 98, I, 2, el registro de lugares pertenecientes a una redacción, a una editorial, a una imprenta o a una estación de radio sólo puede ser ordenado por el juez. Esto rige también para el registro que tiene por fin garantizar el secuestro de obras impresas periódicas y de objetos vinculados con el hecho, sujetos al decomiso (ACHENBACH, en LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., consideraciones previas a los §§ 13 y ss., LPG, núm. marg. 31, y § 23, LPG, núms. margs. 117 y siguientes). Todas las órdenes judiciales de registro deben indicar la clase de sospecha sobre la comisión del hecho punible y los elementos de prueba buscados, en tanto ello sea posible y no obstaculice la persecución penal[1]; en la práctica, con frecuencia, esta exigencia no es observada suficientemente (BAUR, 1983). Pero también la fiscalía y la policía, en estos casos y en los registros conforme al § 103, I (§ 106, II), están siempre obligados a comunicar los motivos del registro (*LR*-SCHÄFER, 24ª ed., § 106, núm. marg. 14; cf. también BVerfGE 42, 212, 220). Las exigencias mínimas del Estado de Derecho no están satisfechas cuando el auto de registro no contiene dato fáctico alguno sobre el contenido del reproche por el hecho, sino que se contenta con la calificación jurídica de la inculpación ("tentativa de estafa") (BVerfG NJW 94, 3281). No se necesita una orden de registro particular cuando se busca al imputado para la ejecución de una sentencia penal firme, así como tampoco cuando se trata de órdenes de detención y de conducción forzada (KAISER, NJW 80, 875).

Si la fiscalía o sus funcionarios auxiliares realizan un registro suponiendo erróneamente que existe una orden judicial, los elementos de prueba así hallados pueden ser valorados, a pesar de la infracción, cuando, con seguridad, se hubiera podido obtener una orden de registro judicial[2]. Si ello es dudoso o la reserva judicial ha sido eludida intencionalmente, los elementos probatorios no pueden ser valorados. Si, equivocadamente, se supone la existencia de peligro inminente en la demora, ello sólo conduce a la imposibilidad de valoración cuando esa suposición es arbitraria (jurisprudencia continua). Según la jurisprudencia, las infracciones a los §§ 104, I, 105, II, 106, I, 1 y 2, 107, 1ª frase, y 110, I y II, no deben ocasionar una prohibición de valoración (de otra opinión KREKELER, NStZ 93, 268).

h) Sobre la realización del registro cf. el § 105, II. En caso necesario, el registro puede ser realizado utilizando la coacción directa. La convocato-

[1] BVerfGE 42, 212; BVerfG StrV 90, 483; NStZ 92, 91; con mayores detalles sobre las exigencias de determinación, BVerfG NStZ 94, 349, con comentario de STRECK, StrV 94, 355, en un proceso contra empleados del Dresdner Bank por evasión impositiva.

[2] ROXIN, NStZ 89, 378 y s.; como aquí MEURER, JR 90, 392; AMELUNG, NJW 91, 2537 y, en definitiva, también BGH NStZ 92, 375 (por la afirmación, con un gran alcance, de la valorabilidad). En cambio, a favor de la prohibición de valorar, en general, ROGALL, NStZ 88, 391; FEZER, StrV 89, 292 y ss.; NELLES, StrV 91, 491 y s.; KREKELER, NStZ 93, 264.

ria de los testigos previstos se puede omitir cuando la policía y el propietario de los lugares a registrar renuncian a ello de común acuerdo (BORN, 1983).

i) Si en el registro domiciliario son halladas cosas que indican la perpetración de *otra* acción punible (los llamados "hallazgos casuales", p. ej., cosas hurtadas o cigarrillos contrabandeados por un cazador furtivo), ellas deben ser secuestradas provisionalmente; se le debe dar conocimiento a la fiscalía (§ 108; LABE, 1990, considera que la inclusión en la persecución penal de todo hallazgo casual es inconstitucional). De todos modos, el § 108 implica una extensión de la facultad de ordenar el secuestro a todo funcionario que lleve a cabo el registro. Sin embargo, una extensión semejante presupone que la orden de registro era legítima (de otra opinión LG Wiesbaden NJW 79, 175, con comentario en contra de KÜHNE, *loc. cit.*, 1053; SCHLÜCHTER, núm. marg. 330), que se cumplen, p. ej., las restricciones de registro ordenadas (LG Bonn NJW 81, 229) y que el § 97 no lo impide (con mayores detalles KREKELER, 1987). También es inadmisible una búsqueda dirigida a "hallazgos casuales" (LG Bad Kreuznach StrV 93, 629, con mayores indicaciones). Según el KG StrV 85, 404, un registro jurídicamente incorrecto impide el secuestro de los elementos probatorios obtenidos de modo inadmisible, únicamente cuando la incorrección procede de una infracción grave a la ley y sólo cuando no se trata de un caso de criminalidad grave. Tal afirmación debe ser rechazada porque reduce toda seguridad jurídica a una ponderación confusa. Los objetos tomados en secuestro deben ser inventariados e individualizados (§ 109).

j) El tenedor de los lugares a registrar puede presenciar el registro; si él está ausente, se debe llamar, en lo posible, a un representante (pariente, compañero de habitación, vecino; § 106).

k) Después del registro, al afectado, a su pedido, se le debe extender un certificado donde consten el fin y el resultado del registro (§ 107).

l) Si en el marco del registro son hallados papeles (u otros soportes de información, BGH StrV 88, 90), los funcionarios de la policía sólo pueden examinarlos cuando el tenedor lo autorice. De lo contrario, después de un examen superficial –también admisible sin autorización– los papeles cuyo examen ellos consideren necesario deben ser incluidos en un inventario (§ 109) y deben ser entregados a la fiscalía "en un sobre que debe ser cerrado en presencia del tenedor con el sello oficial" (§ 110, II). El examen de los papeles, que antes estaba reservado, en lo esencial, al juez, le corresponde ilimitadamente a la fiscalía, según la nueva regulación introducida por la 1. StVRG (§ 110, I; muy crítico sobre esto GRÜNWALD, en: *Vorgänge* 18, 1975, 38). Mientras ese examen continúe, el registro todavía no está concluido, de modo que, en su contra y en aplicación analógica del § 98, II, se puede acudir al juez (BGH StrV 88, 90).

m) Sobre la aplicación de prohibiciones de valoración en caso de violación de las normas del registro domiciliario, AMELUNG, 1991.

2. Si se trata de *no sospechosos*:

Los presupuestos del *registro domiciliario* tratándose de personas no sospechosas son más estrictos. Deben existir hechos de los cuales pueda inferirse que la persona buscada, etc., se halla en los *lugares* a registrar (§ 103). Por consiguiente, los elementos de prueba deben estar siempre *determinados* –requisito más estricto que en el § 102– (excepción: § 103, II). Si el sospechoso de haber cometido un hurto vive en el domicilio de sus padres, la admisibilidad del registro no está regida por el § 103, sino por el § 102 (BGH NStZ 86, 84; de otra opinión NELLES, StrV 91, 488).

Al tenedor de los lugares a registrar se le debe comunicar la finalidad del registro antes de su comienzo (§ 106, II). Por lo demás, en principio, rigen las mismas reglas que cuando se trata de un sospechoso.

El § 103, I, 2, introducido por la ley antiterrorismo del 14/4/1978 (BGBl. I, 497), amplía las posibilidades de realizar un registro. De acuerdo con ella, en los casos del § 129a, StGB, o de uno de los tipos penales allí mencionados, pueden ser registrados *edificios* enteros cuando existen indicios de que el imputado permanece allí.

Sin embargo, los policías nunca están facultados para ordenar registros de edificios (§ 105, I, 1); los hallazgos casuales realizados en los registros de edificios tampoco pueden ser valorados (§ 108, 3ª frase).

V. Registro de personas

1. Tanto el *sospechoso* como el no sospechoso pueden ser registrados. Con relación al *no sospechoso* existe discusión al respecto, debido a que el § 103, en contraposición con el § 102, sólo se refiere a lugares a registrar. Pero dado que, conforme al § 81c, está permitido el examen corporal de una persona no imputada, también debe estar permitido el registro corporal, como medida menos grave (acertadamente HENKEL, 1ª ed., 332, comentario nº 6).

2. El registro corporal comprende también las "cosas que pertenecen" al afectado (§ 102). A pesar de la formulación imprecisa "que pertenecen", ella no se refiere sólo a las relaciones de propiedad, sino, antes bien, a todo lo que se tiene en custodia.

3. El registro corporal no autoriza *intervención* corporal *alguna*. Por tanto, cuando es necesario lavar el estómago de un sospechoso para determinar si se ha tragado alguna cosa, se necesita una orden en conformidad con el § 81a.

B. Puestos de control y redada policial

Con frecuencia, la policía se ve en la necesidad –en parte con el fin de la persecución penal y en parte por motivos preventivo-policiales– de instalar los llamados puestos de control en calles públicas y en otros lugares públicos accesibles, o de examinar determinados lugares de mala fama, o locales, y la identidad de las personas que están allí (la llamada *razzia* [en italiano] o *razia* [en castellano] = redada policial).

I. La instalación de *puestos de control,* al solo fin de la persecución penal[3], puede ser ordenada por el juez y, en caso de peligro inminente en la demora, por la fiscalía o por sus funcionarios auxiliares, bajo dos condiciones (§ 111, I, 1):

1. Hechos determinados deben fundar la sospecha de que se ha cometido un hecho punible conforme al § 129a, StGB, a otro tipo penal allí mencionado o al § 250, I, nº 1, StGB (sobre la aplicabilidad a la extorsión con amenaza de arma de fuego, de acuerdo con el § 255, en relación con el § 250, I, nº 1, StGB, ver *AK*-ACHENBACH, § 111, núm. marg. 8).

2. Esos hechos deben fundar la idoneidad probable de la disposición concreta de establecer puestos de control, es decir, deben justificar la suposición de que la instalación de un eventual puesto de control en un lugar concreto puede conducir a la aprehensión del autor o al aseguramiento de elementos probatorios que sirven al esclarecimiento del hecho punible.

En un puesto de control semejante, en principio, sospechosos y no sospechosos están igualmente obligados a comprobar su identidad con sujeción a los §§ 163b y 163c y a permitir que se los registre tanto a ellos, como a las cosas que llevan consigo –p. ej., en el automóvil– (§ 111, I, 2). Sin embargo, para los no sospechosos rige la limitación, según los §§ 111, III, en relación con el 163b, II, 2, de que el registro con fines de identificación –por contraposición con la búsqueda de elementos de prueba– y el trato que sirve al reconocimiento, sólo están permitidos con su consentimiento (discutible; cf. *AK*-ACHENBACH, § 111, núms. margs. 22 y 26, con mayores detalles). Sobre el almacenamiento de los datos obtenidos en el control, conforme al § 163d ("red de búsqueda informática"), así como sobre el "sometimiento a la observación en ocasión de controles policiales", según el § 163e, cf. *supra* § 10, B, II, 1, a y d.

En contra de una opinión muy generalizada, el § 111 debe ser considerado una regla de clausura que permite los puestos de control en el procedimiento penal; la instalación de otros "puestos de control más simples" con fines de persecución penal, no tiene fundamento suficiente en los §§ 127 y 163b[4].

La orden para instalar un puesto de control como éste no puede ser impugnada, por no estar prevista la queja, porque ella no tiene injerencia, aún, en los derechos del particular (BGHSt 35, 363, con comentario de ACHENBACH, NStZ 89, 82; BGH NStZ 89, 189). No obstante, el afectado por un registro fundado en el § 111, frente a él, puede acudir al juez competente para ordenar el puesto de control (§ 98, II, 2, análogamente; BGHSt 35, 363, con comentario de ACHENBACH, NStZ 89, 82). Pero en caso de medidas ya ejecutadas, la jurisprudencia sólo considera existente la necesidad de protección jurídica para comprobar la ilegalidad, cuando existe peligro de reiteración o cuando la medida adoptada tiene consecuencias discriminatorias. El primer caso sólo puede ser considerado mientras esté vigente, todavía, la orden de instalar puestos de control (BGHSt 36, 30; BGH NStZ 89, 189); el segundo puede suceder, p. ej., en caso de abusos policiales o de repercusiones periodísticas negativas para el afectado (BGHSt 36, 242). El menoscabo ideológico que representa, p. ej., el hecho de "que un miembro de un movimiento pacifista haya sido convertido, sin razón, en objeto de un control relacionado con el terrorismo" (BGHSt 36, 248), no fundamenta un interés suficiente en la comprobación de la ilegalidad de la medida. Queda por ver si esa decisión podrá ser aún mantenida, después de la última jurisprudencia sobre el control judicial de los autos de registros ya ejecutados (cf. *supra* § 29, D, II).

[3] Detalladamente al respecto, KURTH, 1979, y ACHENBACH, 1981; además, SANGENSTEDT, StrV 85, 117.

[4] *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., § 111, núm. marg. 4; *AK*-ACHENBACH, § 111, núms. marg. 3 a 5, con mayores informaciones; KLUGHARDT, *Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus usw.*, 1984, 196.

II. La StPO no posee fundamento especial de autorización alguno para las *redadas policiales en general.* Por ello, sólo son aplicables las disposiciones generales que regulan el registro (§§ 102 y ss.), el aseguramiento oficial (§§ 94 y ss. y 111b y ss.), la prisión (§§ 112 y ss.) y la detención provisional (§ 127). No obstante, desde que los §§ 163b y 163c establecieron un nuevo fundamento jurídico para la determinación de la identidad de sospechosos y no sospechosos, estas normas de intervención son suficientes, en general, para la realización de redadas policiales, sin que se deba recurrir a los preceptos del Derecho de policía referidos a la captura o al estado de necesidad. El Derecho de policía bávaro contiene una regulación legal expresa de la redada policial (arts. 12 y 13, PAG).

§ 36. Imposición de medidas provisionales

Bibliografía: *Starke,* Die einstweilige Unterbringung in einem psychiatr. Krankenhaus nach der StPO, 1991.

A. Concepto

I. Junto a las medidas de coerción propiamente dichas, expuestas precedentemente, la StPO prevé la posibilidad de imponer medidas de seguridad y corrección (§ 61, StGB) ya antes del pronunciamiento de la sentencia, cuando motivos vehementes permiten suponer que ellas serán ordenadas en la sentencia. Los casos de *imposición de una medida provisional* de este tipo son:

1. la internación provisional, de conformidad con el § 126a (precede a la internación a la que se refieren los §§ 63 y s., StGB);

2. la privación provisional del permiso para conducir, con arreglo al § 111a (precede a una medida según el § 69, StGB);

3. la inhabilitación provisional para ejercer la profesión, conforme al § 132a (precede a una medida según el § 70, StGB).

Estas medidas provisionales no sirven, como los medios de coerción propios del proceso penal, exclusivamente al aseguramiento de los fines del proceso; antes bien, al menos en su mayoría, ellas tienen una función *preventivo-policial.* Ante la existencia de las demás condiciones, la ley presupone (§§ 111a y 132a) o lo erige en requisito adicional (§ 126a), que la peligrosidad del autor, verificada ya antes de la sentencia, torna necesaria la medida, por razones de seguridad común, y, por ello, proporciona un instrumento de seguridad inmediatamente eficaz.

II. La ley no considera como imposición de una medida provisional a una medida que, objetivamente, pertenece también al grupo que aquí se discute: la *prisión preventiva* por *peligro de reiteración*, conforme al § 112a (sobre esto *supra* § 30, B, II, 2, d). En sus consecuencias, ella representa una clase de internación de seguridad provisional, pero en cuanto a sus requisitos está configurada de modo completamente independiente del § 66, StGB. El grupo de casos en los que se aplica esta "prisión de seguridad", que se ha extendido considerablemente frente a la internación de seguridad, explica los reparos que despierta desde el punto de vista del Estado de Derecho, según se destacó ya *supra*.

III. Por el contrario, la detención provisional de acuerdo con el § 127 no pertenece al conjunto aquí expuesto (ver *supra* § 31, A). Ella no se refiere a medida alguna de seguridad y corrección futura, sino que, a lo sumo, está relacionada con la prisión preventiva por sospecha de fuga (§ 112, II, nº 2). Pero, ante todo, ella sirve sólo a la identificación del autor y a impedir su fuga, por tanto, al aseguramiento del proceso, y no tiene aspecto preventivo-policial alguno.

B. La internación provisional

I. La internación provisional en un sanatorio psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación está vinculada, en el § 126a, a tres *presupuestos*:

1. motivos vehementes deben pronunciarse a favor de que alguien ha cometido un hecho antijurídico en estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida (§§ 20 y 21, StGB);
2. motivos vehementes deben permitir suponer su internación definitiva en uno de los establecimientos mencionados;
3. además, la seguridad pública debe tornar necesaria la internación ya antes de la decisión definitiva.

II. La internación provisional es dispuesta por una *orden de internación* judicial. Para la competencia y el procedimiento, el § 126a, II, establece la aplicación analógica de la mayoría de las disposiciones referidas a la orden de prisión. Conforme al principio de proporcionalidad, ello rige también para el § 116, a pesar de que éste no esté mencionado en el § 126a, II (Celle NStZ 87, 524; discutido); aún con mayor alcance, STARKE, 1991, 122, quien incluso exige una aplicación analógica de los §§ 121 y siguientes. Sobre la revocación de la orden de internación ver § 126a, III.

Si están presentes los presupuestos para dictar tanto una orden de prisión como una orden de internación es preferible, en general, la internación, porque ella posibilita una mejor asistencia médica del imputado (KG JR 89, 476).

C. La privación provisional del permiso para conducir

I. Si existen motivos vehementes para suponer que el permiso para conducir será retirado (§ 69, StGB), el juez (¡y sólo él!) puede *privar provisionalmente* por auto al imputado del *permiso para conducir*, es decir,

puede privarlo de la habilitación material para conducir vehículos, materializada en la licencia de conductor (§ 111a). Los motivos para la privación provisional del permiso para conducir deben ser vehementes; esto es, no alcanza con la existencia de una sospecha suficiente, antes bien, debe existir –como en el caso del § 112– un grado de sospecha mayor, casi rayano en la certeza (aspecto que, sin embargo, se deberá afirmar en general si, indudablemente, se ha cometido uno de los hechos mencionados en el § 69, II, StGB, p. ej., conducir en estado de ebriedad). De manera análoga a lo establecido por el § 69a, II, StGB, en ciertas circunstancias, determinados vehículos pueden ser exceptuados de la privación provisional (§ 111a, I, 2).

II. Junto a la privación provisional del permiso para conducir, sólo posible para el juez, la StPO también les da a los órganos de la persecución penal la posibilidad de *secuestrar la licencia de conductor* (§ 94, III; cf. *supra* § 34, C, III). La relación entre estas dos medidas está regulada de la siguiente manera:

1. Si la licencia de conductor no fue secuestrada ya por la fiscalía o por uno de sus funcionarios auxiliares, de conformidad con los §§ 94 y 98, el auto dictado en virtud del § 111a opera como orden de secuestro; si ello ya ha sucedido, el auto posee el efecto de confirmación (§ 111a, III).
2. Si, conforme al § 98, II, es necesaria una decisión judicial sobre el secuestro, en caso de secuestro de la licencia de conductor como objeto del decomiso, se toma en su lugar la decisión sobre la privación provisional del permiso para conducir (§ 111a, IV).

III. Sobre la revocación de la privación provisional y la restitución de la licencia de conductor ver § 111a, II y V. El tratamiento de los documentos extranjeros para conducir está regulado en el § 111a, VI.

D. Inhabilitación provisional para ejercer la profesión

I. El EGStGB del 2/3/1974 ha incluido en la StPO la posibilidad de ordenar la *inhabilitación provisional para ejercer la profesión* (§ 132a). Esta medida puede ser impuesta por el juez cuando existen motivos vehementes para suponer que, de conformidad con el § 70, StGB, en la decisión definitiva se le prohibirá al imputado el ejercicio de su profesión u oficio. Por consiguiente, la inhabilitación provisional para ejercer la profesión está vinculada a todos los presupuestos mencionados en el § 70, StGB; sin embargo, no se exige la convicción firme sobre su existencia, pero sí una sospecha de un grado aproximadamente alto. Por otra parte, más allá del § 70, StGB, se debe exigir que, ya antes de que la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada, exista la amenaza de un peligro concreto (Karlsruhe StrV 85, 49).

II. La imposición de la inhabilitación provisional para ejercer la profesión queda al *arbitrio* judicial ("puede"). Así, el juez tiene que ponderar, a la luz del derecho fundamental de ejercer libremente la profesión (art. 12,

GG), la peligrosidad probable del imputado y las consecuencias que tendría para él la inhabilitación para ejercer la profesión, con efecto inmediato. En especial, él siempre deberá examinar si las circunstancias mencionadas en el § 456c (rigor excesivo y evitable, extraño a su fin) no permite indicar la prescindencia de la imposición de la inhabilitación provisional para ejercer la profesión.

III. Para excluir interferencias con la *inhabilitación para ejercer el oficio* del Derecho administrativo, cuya imposición junto a la inhabilitación provisional para ejercer la profesión según el § 132a también es posible, el § 35, III, GewO, ordena la preeminencia de las verificaciones efectuadas por los tribunales penales (en particular, ver allí).

Capítulo 7
El procedimiento preliminar y el procedimiento intermedio

§ 37. El procedimiento de investigación

Bibliografía: *v. Hindte,* Die Verdachtsgrade im Strafverf., 1973; *Richter II,* Zum Bedeutungswandel des Erm.verf., StrV 85, 382; *Bruns,* Tatverdacht und Schlüssigkeitsprüfung im strafproz. Erm.verf., H. Kaufmann-GS, 1986, 863; *H. Schäfer,* Das Recht des Beschuldigten auf Gehör im Erm.verf., wistra 87, 165; *Zaczyk,* Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei richterl. Vernehmungen im Erm.verf. (§ 168 c StPO), NStZ 87, 535; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Der Bürger im Erm.verf. (recopilación de artículos), 1988; *Eisenberg,* Zur Rechtsstellung von Kindern im polizeil. Erm.verf., StrV 89, 554; *E. Müller,* Einige Bemerkungen zur Bedeutung der MRK für das Erm.verf. in der BRD, Koch-FG, 1989, 191; *Müller-Dietz,* Schadensersatz bei erfolgloser Strafanzeige?, Tröndle-FS, 1989, 567; *Rieß,* Bemerkungen zur Struktur des Erm.verf. usw., en: Strafprozeßreform, Vorverfahren, Wien 1989; *Dölp,* Zur Nichtbenachrichtigung des Beschuldigten nach § 168 c V StPO, NStZ 90, 117; *Hilger,* Über den "Richtervorbehalt" im Erm.verf., Meyer-GS, 1990, 209, fortgeführt in JR 90, 485; *Roxin,* Über die Reform des deutschen Strafprozeßrechts, Jauch-FS, 1990, 183; *Weichert,* Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtl. Ermittlung, 1990; *Krekeler,* Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten im Erm.verf. de lege lata und de lege ferenda, 1991; *idem.,* Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten im Ermittlungsverf., NStZ 91, 367; *Schnarr,* Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltschaftl. Eilanordnung und richterl. Bestätigung, NStZ 91, 209; *Winter,* Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Erm.verf., 1991; *Bär,* Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverf., 1992; *Bohlander,* Die Gegenüberstellung im Erm.verf., StrV 92, 441; *Groß/Fünfsinn,* Datenweitergabe im strafrechtl. Erm.verf., NStZ 92, 105; *Lorenz,* Vorgriffe auf das Urteil durch Entscheidungen des Richters im Vorverf., en: Der Richter in Strafsachen, 1992, 79; *B.-D. Meier/Böhm,* Strafproz. Probleme der Computerkriminalität, wistra 92, 166; *Nelles,* Ansätze für eine Strukturreform des Erm.verf., en: 16. Strafverteidigertag, 1992, 147; *Schöch,* Problemschwerpunkte des strafproz. Vorverf., en: 5. deutsch-sowjet. Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1992, 97; *Schreiber,* Zum Beweisantragsrecht im Erm.verf., Baumann-FS, 1992, 383; *v. Dellingshausen,* Zum Anwesenheitsrecht eines Mitbeschuldigten bei der richterl. Vernehmung des anderen Mitbeschuldigten im Erm.verf., Stree/Wessels-FS, 1993, 685; *König,* Die Entwicklung der strafproz. Zwangsmaßnahmen im Erm.verf. seit 1877, 1993; *Krey,* Zur Problematik privater Erm. des durch eine Straftat Verletzten, 1994; *Lohner,* Der Tatverdacht im Erm.verf., 1994; *Nierwetberg,* Strafanzeige durch das Gericht, NJW 96, 432; *Burhoff,* Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 1997; *Prittwitz,* Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren...?, Bemmann-FS, 1997, 596; *Wagner,* Rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren, ZStW 109 (1997), 545.

La primera etapa de un procedimiento penal está constituida por el *procedimiento preliminar*; después de que la 1. StVRG suprimió la instrucción judicial previa (cf. sobre esto la 12. ed., 192 y ss.), este procedimien-

to consiste, tan sólo, en el procedimiento de investigación a cargo de la fiscalía.

En el *procedimiento de investigación* la fiscalía debe tomar la decisión sobre si se debe promover la acción pública (§ 160, I). Por una parte, tiene la finalidad de evitar un juicio oral en caso de que exista una sospecha infundada (por lo tanto, conduce a una primera selección; la segunda la constituye la decisión sobre la apertura del procedimiento principal y la tercera la sentencia), por la otra, la de reunir y examinar los elementos probatorios. La fiscalía tiene el señorío sobre el procedimiento (cf. § 163 y 167).

El procedimiento de investigación, que según el programa originario del legislador sólo debía preparar el procedimiento que tenía su coronación en el juicio oral, se ha convertido, entretanto, con frecuencia, en la parte esencial del proceso penal. Pues los §§ 153, 153a y ss., en la mayoría de los casos, le dan al fiscal el poder de decidir sobre el destino futuro del procedimiento. Además, a menudo, cuando se llega al juicio oral, su resultado está delineado ya por los resultados de la investigación del procedimiento preliminar. Por ello, es imperiosamente necesario darles al imputado y al defensor mayores posibilidades de influir sobre el procedimiento de investigación (cf. *infra* D).

A. Los motivos para iniciar un procedimiento de investigación

I. Observación oficial de un hecho punible

En principio, toda observación individual de un funcionario de la persecución (un funcionario de la fiscalía o de la policía, §§ 160 y 163) obliga a abrir un procedimiento de investigación.

1. Por tanto, es indiferente si el funcionario ha presenciado el hecho por sí mismo o si ha tomado conocimiento de él por actas, por noticias de la prensa o, tal vez, en razón de rumores no del todo inverosímiles (RGSt 70, 252).

P. ej., el fiscal es testigo, casualmente, en la calle, de un accidente de tránsito; o lee en el periódico que una mujer abandonada por su marido ha intentado suicidarse y matar a sus dos pequeños hijos abriendo la llave de gas; o ha escuchado en el restaurante al que concurre siempre que un cajero de un banco ha desaparecido con 100.000 marcos alemanes.

2. Se discute la cuestión de si el fiscal está obligado a perseguir un hecho punible en virtud de los conocimientos adquiridos *extraoficialmente*, p. ej., cuando en el club de bolos un maestro le dice de modo confidencial que ha tocado deshonestamente a un escolar[1]. El BGH acepta la existencia de un deber de intervenir, fundado en los §§ 152, II, 160 y 163 y sancionado por la amenaza penal del § 258a, StGB, sólo en aquellos hechos punibles que, por su clase y extensión, afectan en especial medida los intereses de la opinión pública y de la totalidad del pueblo[2]. Para concretar esta línea de orientación se puede recurrir al catálogo de delitos de denuncia obligatoria, según el § 138, StGB (SCHLÜCHTER, núm. marg. 69). KREY, II, núms. marg. 209 y s., pretende admitir la existencia de un deber de persecución siempre que se trate de *crímenes*.

[1] Sobre esto KRAUSE, GA 64, 110; EB. SCHMIDT, I, núm. marg. 398; ANTERIST, *Anzeigepflicht und Privatsphäre des StA*, 1968, 63 y siguientes.

3. El deber de perseguir un hecho punible, junto a la amenaza penal del § 258a, StGB, no procede cuando un funcionario inactivo de la persecución quiere impedir así, al mismo tiempo, que él mismo sea penado o se lo someta a una medida de seguridad, o que se ejecute una pena o una medida impuesta contra él (§§ 258a, en relación con el 258, V, 11, I, nº 8, StGB). Aquí no tiene importancia si el funcionario actuó como cómplice del sospechoso en el hecho anterior mismo o si esos perjuicios lo amenazan por otros hechos punibles (Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 7/550, p. 252; *Sch/Sch*/STREE, § 258a, núm. marg. 19, con mayores informaciones; discutido). En cambio, no es suficiente el mero peligro de sufrir la imposición de consecuencias del derecho disciplinario (RGSt 70, 251; Hamm HESt 2, 355).

II. Denuncia penal

Los procedimientos de investigación son iniciados, en su mayoría, por *denuncias*.

1. Ellas pueden provenir tanto de personas privadas, como de funcionarios o autoridades.

a) Las *personas privadas* que toman conocimiento de la *comisión* de un hecho punible *no* tienen deber jurídico alguno de denunciar, tampoco en los casos de mayor gravedad.

Distinto es el caso del deber de denunciar el propósito de cometer una acción punible, por tanto, en caso de tener conocimiento de que se está *planeando* la comisión de un hecho punible; aquí, en el marco de los §§ 138 y 139, StGB, existe el deber jurídico de denunciar ante el amenazado o ante las autoridades.

Una denuncia penal de buena fe, que no sea imprudente, pero cuyo reproche no puede demostrarse, no acarrea el derecho de indemnización conforme al § 823, I y II, BGB (BVerfGE 74, 257), pues la difamación que ella implica está justificada por el § 193, StGB (con más detalles MÜLLER-DIETZ, 1989).

b) Se discute si existe –y en qué medida– un deber general de denunciar para las *autoridades* que no tienen vínculo alguno con la persecución

[2] BGHSt 5, 225 [229]; 12, 277 [281]; discrepa ANTERIST, cit. nota 1, quien en todos los casos de conocimiento privado acepta únicamente un deber de persecución del fiscal, proveniente del reglamento de funcionarios, cuya violación sólo tiene consecuencias en el Derecho disciplinario.

penal, en particular, sobre si los superiores tienen que denunciar los hechos punibles cometidos por sus subordinados (cf. EB. SCHMIDT, I, núm. marg. 400); pero, de manera correcta, esta cuestión debe ser contestada negativamente: un deber semejante sólo puede ser establecido por preceptos jurídicos especiales (también por disposiciones del reglamento de la función pública).

c) La StPO dispone el *deber oficial de denunciar* en dos casos:

aa) para las autoridades comunales, cuando existen indicios de que una muerte no ha sucedido en forma natural o cuando se halla el cadáver de un desconocido (§ 159; cf. la regulación detallada de los nº 33 a 38, RiStBV, así como MAIWALD, NJW 78, 561);

bb) para el juez, en caso de que se cometa una acción punible en la audiencia (§ 183, GVG)[3].

d) Por el contrario, tratándose de la fiscalía y de la policía no se puede hablar de un "deber de denunciar", pues ellas no sólo dan el impulso para iniciar un procedimiento de investigación, sino que están obligadas, incluso directamente, a realizar investigaciones.

2. Conforme a la ley, la *forma* de la denuncia realizada por un particular es tan simple como sea posible; ella puede ser formulada por escrito u oralmente ante la fiscalía, ante la policía (también ante un único funcionario policial en la calle; no es necesario ir a la comisaría) o ante un tribunal municipal (§ 158).

3. En principio, las autoridades de la persecución penal deben tratar de aclarar toda denuncia (§ 160, I). En especial, también deben ser consideradas las denuncias *anónimas*, aunque aquí es necesario un especial cuidado (cf. nº 8, RiStBV). Asimismo, en general está permitida la promesa de tratar *confidencialmente* una denuncia; para ello es competente la fiscalía[4].

III. Instancia de persecución penal

Por último, el procedimiento de investigación también puede iniciarse a través de una *instancia de persecución penal*.

1. Como lo muestra el § 171, por "instancia de promoción de la acción pública" la StPO no comprende sólo la instancia de persecución penal en el sentido de los §§ 77 a 77d, StGB, que puede ser ejercida exclusivamente por el ofendido, sino toda denuncia que –más allá de la mera comunicación del conocimiento– contiene, de forma reconocible, la *petición de perseguir penalmente*.

[3] Con más detalles sobre la "Denuncia penal por el tribunal" (*"Strafanzeige durch das Gericht"*), NIERWETBERG, NJW 96, 432.

[4] Con mayores detalles GEIßER, GA 85, 247; WETTERICH, *Middendorf-FS*, 1986, 273; GEERDS, *Krause-FS*, 1990, 451.

2. La instancia de persecución penal para los delitos perseguibles a instancia de parte (cf. *supra* § 12, B, II, 1) debe ser ejercida por escrito o se debe levantar un acta de ella –sólo ante el tribunal o la fiscalía– (§ 158, II). La instancia de persecución penal también puede estar contenida en una denuncia penal. Para ejercer la instancia de persecución penal por escrito ante la policía es suficiente con que el requirente hable ante un grabador magnetofónico y que el policía lo transporte por escrito, en un acta (BayObLG NStZ 97, 453). No es necesario que el ofendido utilice las palabras "instancia de persecución penal"; antes bien, es suficiente que en la denuncia penal se exprese, sin lugar a dudas, la petición de perseguir penalmente del damnificado (BGH NStZ 95, 353; Düsseldorf MDR 86, 165).

3. Cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de parte, el procedimiento de investigación se puede iniciar *antes* de que se haya ejercido la instancia de persecución penal; incluso se puede emitir una orden de prisión antes de que la instancia haya sido ejercida (§ 130; cf. § 127, III). Sin embargo, según el nº 6, RiStBV, en general, se debe esperar a la recepción de la instancia de parte (ver, en particular, nº 6 y 7, RiStBV).

B. Actividades de averiguación y sospecha

I. Como ya ha sido discutido *supra* (§ 14), ante la existencia de todos los presupuestos procesales (*supra* § 21), y en tanto no se presente uno de los casos regulados en los §§ 153/154e, la fiscalía está obligada a la realización de las *averiguaciones* y, dado el caso, a acusar, cuando existe una sospecha correspondiente sobre la comisión del hecho punible. Aquí, la ley diferencia: para iniciar la persecución penal es necesaria y suficiente la llamada *sospecha inicial simple* ("puntos de partida objetivos", § 152, II), es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos (arg. § 100a) y fundado en la experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible; para ello, no son suficiente las meras presunciones (ver, en particular, *Kl/M* y *KMR*-MÜLLER, en cada caso § 152, núm. 4). Para la realización del procedimiento de investigación se debe exigir una *sospecha "que impulse el procedimiento"*. La formulación de la acusación presupone, del mismo modo que la emisión del auto de apertura, la existencia de una *sospecha suficiente* (§ 170, I, y 203) que, según la opinión dominante, se presenta cuando es probable una condena en el juicio oral, en virtud de las investigaciones realizadas hasta el momento (empero, cf. *infra* § 38, C, I)[5].

[5] Detalladamente acerca de la sospecha sobre la comisión del hecho punible en el procedimiento de investigación LOHNER, 1994. Sobre los niveles de sospecha particulares, cf. también SCHROEDER, StPR, núm. marg. 78. Sobre los "Niños como sospechosos de haber cometido un hecho punible" (*"Kinder als Tatverdächtige"*) KINTZI, DRiZ 97, 32. Los niños, por ser incapaces de responsabilidad penal, no pueden ser "imputados". Un procedimiento en su contra debe ser sobreseído conforme al § 170, II, tan pronto como sea conocida la incapacidad de responsabilidad penal.

Se debe tener en cuenta que, junto a los indicios materiales exigidos en cada caso, también forma parte de la sospecha sobre la comisión del hecho punible un examen de procedencia legal; la presunción de que una conducta podría ser punible ("*sospecha de procedencia*") no es suficiente (BRUNS, 1986).

El derecho de policía y la práctica policial intentan, en medida creciente, vencer la función limitadora de la sospecha inicial a través de "investigaciones previas". La StPO no proporciona posibilidad alguna para ello; se discute vivamente si, dentro del marco de la defensa policial en caso de peligro, esto es posible jurídicamente –y en qué medida– y si es legítimo desde el punto de vista político-jurídico (ver HUND y MERTEN/MERTEN, ZRP 91, 463 o 213; KNIESEL, ZRP 92, 164; LISKEN, ZRP 94, 264). O. MÜLLER rechaza enérgicamente las investigaciones previas por motivos de derecho constitucional y administrativo, en: KÜHNE/MIYAZAWA (comp.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 1995, 209. Sobre la función de protección de la Constitución en la lucha contra la criminalidad organizada FRISTER, *Bemmann-FS*, 1997, 542.

II. En el ámbito de las *medidas de coerción* limitadoras de los derechos fundamentales, que son en parte facultativas y en parte obligatorias, la ley exige, por un lado, sólo una sospecha simple (p. ej., §§ 81a, 81b, 99, 100a y 102), pero, por otro, exige una *sospecha vehemente sobre la comisión del hecho punible* (ante todo para la imposición de la prisión preventiva, § 112, ver, además, §§ 127, II, y 134), esto es, la alta probabilidad de una condena posterior, fundada en el estado de la investigación actual (cf. EB. SCHMIDT, I, núms. marg. 8 a 10 al § 112); una sospecha vehemente tal es requerida también por las medidas de aseguramiento de los §§ 111a, 111b y ss., 126a y 132a, que dependen, además, de otros presupuestos (ver *supra* §§ 34, D, I, y 36). Por lo demás, aquí siempre se debe observar el principio de proporcionalidad.

III. La iniciación y la realización del procedimiento de investigación, como tales, no son impugnables judicialmente (con mayores detalles, § 29, D, I, 2). Por el contrario, dado el caso, su finalización puede ser forzada (cf. *infra* § 38, A).

C. La realización del procedimiento de investigación

I. La tarea de investigación

1. La fiscalía tiene que *averiguar los hechos* (§ 160); para ello, tiene que reunir, con el mismo empeño, tanto los elementos de cargo como los de descargo y, sobre todo, tiene que procurar la producción de aquella prueba cuya pérdida sea de temer (§ 160, II); por lo tanto, p. ej., la declaración del testigo que está gravemente herido y que probablemente morirá pronto, o el aseguramiento de rastros que desaparecen –p. ej., los rastros de un accidente automovilístico o de documentos que, de lo contrario, podrían ser destruidos–. Las investigaciones deben extenderse también a las circunstancias que son de importancia para la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho (§ 160, III).

Para la averiguación de los hechos, la fiscalía puede practicar o hacer practicar *toda clase de diligencias* (§ 161). P. ej., en caso de un hurto con fractura, el fiscal (aunque, la mayoría de las veces, la policía ya habrá hecho todo) tomará declaración a la víctima del hurto sobre la clase, cantidad, procedencia, valor, apariencia externa de las cosas hurtadas y, sobre todo, sobre si ellas estaban aseguradas con algún tipo de cierre, también acerca de quién tenía conocimiento de las cosas y del lugar en el que se las guardaba, sobre posibles observaciones (ruidos, luz) y sobre el momento del hurto; él hará que la policía investigue en busca de rastros, especialmente de huellas dactilares; escuchará a los empleados y vecinos sobre lo que han observado, registrará a los sospechosos, p. ej., a los dependientes de la casa, hará indagaciones en los comercios de cosas usadas y casas de empeño, describirá los objetos hurtados en el boletín respectivo, etcétera.

Sobre la cuestión acerca de si la protección de los secretos oficiales tiene prioridad frente al derecho de información de las autoridades de la persecución penal, cf. OSTENDORF, DRiZ 81, 4; la prioridad general, contrariamente a lo sostenido por OSTENDORF, debe ser rechazada. Sobre la protección de datos sociales en el proceso penal, RIEKENBRAUK, StrV 92, 37.

2. Los órganos a los que la fiscalía puede recurrir en ayuda para su actividad (policía, juez de investigación, ayuda judicial) han sido tratados detenidamente *supra* § 10, B/D.

3. El *poder coercitivo*, en su totalidad, lo detenta únicamente el juez; la fiscalía, en cambio, sólo en una medida limitada.

a) A la fiscalía le está *negado completamente* el imponer la prisión preventiva y la pena de arresto (§§ 98b, II, 2ª parte de la frase; 114, I; 161a, II, 2), tomar juramento (§ 161a, I, 3), así como ordenar secuestros en determinados casos (§§ 98, I, 2; 111n, I, 1) y exámenes corporales o extracciones de pruebas de sangre (§§ 81c, III, 3, V). Ella tampoco está autorizada para privar provisionalmente del permiso para conducir (§ 111a, I, 1), para ordenar la internación provisional (§ 126a, I y II, en relación con el § 114, I), así como para ordenar la vigilancia acústica de un departamento (§ 100c, I, nº 3).

b) Sólo en *casos de urgencia* (es decir, en caso de peligro inminente en la demora) le está permitido:

– la detención provisional en el caso del § 127, II,

– la orden de un registro (§ 105, I, 1 y 2), así como el examen del imputado (§ 81a, II) o bien –por regla general (cf. *supra* a)– de otras personas (§ 81c, V),

– por regla general (cf. *supra* a) la orden de un secuestro, o bien de un aseguramiento (§§ 98, I; 100, I; 111e, I, 1; 111n, I, 1 y 2; 111o, III, 1; 111p, IV, en relación con el § 111o, III, 1; 443, II, 2), así como el control y grabación de las telecomunicaciones (§ 100b, I, 2),

– la orden de instalación de un puesto de control (§ 111, II),

– la orden de una red de búsqueda informática (§ 163d, II, 1) o –en general (cf. § 98b, I, 7, en relación con el § 98, I, 2, así como el § 98b, II, 2ª parte de la frase)– de búsqueda selectiva por ordenador (§ 98b, I, 1, II),

– la orden de sometimiento a la observación policial (§ 163e, IV, 2), así como del empleo de medios técnicos en los casos del § 100c, I, nº 2 (§ 100d, I, 1) y

– el consentimiento para el empleo de un agente encubierto en los casos del § 110b, II, 1 (§ 110b, II, 2).

Sin embargo, se debe tener presente que, a menudo, el ejercicio de estas competencias de urgencia está vinculado al pedido de una confirmación o consentimiento judicial posterior (sobre esto ya *supra* § 10, C, II, 2).

II. Interrogatorios y derechos de participación

1. En todo procedimiento de investigación que conduce a la promoción de la acción, está prescripta, en principio, la *declaración del imputado* (§ 163a)[6]. Para ello, él debe ser instruido sobre su derecho a guardar silencio, también por la policía (§ 163a, III y IV, en relación con el § 136; se discute si la violación de este deber de instruir impide la valoración de la declaración, cf. *supra* § 24, D, IV, 1, a, aa). Sobre el concepto de imputado, en el sentido de este precepto, cf. *supra* § 25, III, 4. Los §§ 168 y 168a contienen disposiciones detalladas sobre la protocolización de los interrogatorios judiciales, mientras que el § 168b, introducido por la 1. StVRG, regula por primera vez, por lo menos a través de una norma de deber, también la protocolización de los interrogatorios tomados por la fiscalía. Según BGH NStZ 95, 353, este precepto también debería ser observado en el caso de interrogatorios policales. Cuando se trata de este tipo de actas, labradas fuera del juicio oral, junto al empleo de taquigrafía se admite también, recientemente, la grabación provisional a través de aparatos grabadores (ver, en particular, § 168a).

2. El procedimiento de investigación es, en principio, secreto. No obstante, la StPO también le concede al imputado y a su defensor ciertos *derechos de participación* –ampliados por la 1. StVRG– (por lo que SCHNEIDERS, StrV 90, 91, ya no considera justificada la caracterización de "secreto"). Con ello, la ley tiene en cuenta el hecho de que ya la formulación de la acusación significa un perjuicio social importante y de que el imputado sin motivo debe tener la posibilidad de defenderse de ella.

a) Tanto ahora como antes, el imputado y su defensor no tienen derecho a estar presentes cuando la fiscalía realiza investigaciones. En cambio, actualmente, conforme a los §§ 168c, II, y 168d, I, introducidos por la 1. StVRG, cuando se trata de un interrogatorio judicial de un testigo o de un perito, y de la realización de una inspección ocular judicial, les está permitido asistir a la fiscalía, al imputado y al defensor. Sin embargo, el derecho a la presencia directa sufre una restricción en los supuestos del § 168e, en los cuales, en caso de peligro para el bienestar del testigo, el juez toma la declaración en forma separada de las personas autorizadas a estar presentes; ellos acceden al interrogatorio por transmisión en vídeo. Si al imputado no se le ha comunicado cuándo se realizará el acto de

[6] Sobre el derecho a ser oído conforme a la ley en el procedimiento de investigación, con más detalles, WAGNER, ZStW 109 (1997), 545.

prueba, sus resultados no pueden ser valorados (BGHSt 26, 332; cf. *supra* § 24, D, IV, 1, a, dd), dado que, de lo contrario, se reduciría su derecho a ser oído conforme a la ley (art. 103, I, GG y 6, MRK); pero esto sólo debe regir cuando el afectado se opone a la lectura en el juicio oral (BGH NStZ 87, 132; discrepa *AK*-ACHENBACH, § 168c, núm. marg. 17). Si hay peligro para el fin de la investigación, sin embargo, el imputado puede ser excluido, conforme a los §§ 168c, III, y 168d, I, (cf. también § 168c, IV y V). En la declaración del imputado ante el juez o ante el fiscal, el defensor tiene, asimismo, derecho a estar presente –y en el primer caso también la fiscalía– (§§ 168c, I, y 163a, III, 2). Pero al defensor no se le informa el momento de realización del acto cuando con ello se pondría en peligro el éxito de la investigación (§ 168c, V, 2).

Por aplicación analógica del § 168c, II/V, también se le debe permitir a un coimputado estar presente en la declaración del imputado[7]. A favor de esta analogía habla el § 251, I, nº 1 y 2, en donde el coimputado es equiparado al testigo en lo que se refiere a la lectura de actas judiciales: cuando el coimputado no puede presenciar la declaración en el juicio oral, debería poder estar presente, al menos, en el interrogatorio realizado por el juez de la investigación. En cambio, el BGH NStZ 97, 351, rechaza esta analogía con el fundamento, entre otros, de que si en el interrogatorio del coimputado se encuentra presente el otro acusado, naturalmente, existe el peligro de que se falsee las declaraciones y de que se adapte una a a la otra. Sin embargo, contra ello se puede argumentar que, en principio, el coimputado sólo podría ser excluido en el caso regulado en el § 168c, III[8].

La falta de comunicación al imputado o a su defensor, debido al peligro existente para el éxito de la investigación, sólo puede estar fundada en que la demora temporal, provocada por la comunicación, amenaza con frustrar la obtención de la prueba (WELP, JZ 80, 134). Por el contrario, el BGHSt 29, 1 (con comentario a favor de MEYER-GOßNER, JR 80, 254), pretende admitir también la falta de comunicación por otros motivos, p. ej., cuando en virtud de indicios concretos, el acusado o su defensor podrían aprovechar la información para llevar a cabo acciones de entorpecimiento. En contra de esta interpretación resulta el hecho de que el § 168c, V, no restringe el derecho a estar presente, sino, exclusivamente, el deber de informar. Esta afirmación cobra sentido cuando para el caso tiene importancia, únicamente, la demora temporal (como aquí ZACZYK, 1987; *AK*-ACHENBACH, § 168c, núm. marg. 11, con mayores informaciones). La sentencia del BGHSt (Gran Sala) 32, 115 (129) ha confirmado esta jurisprudencia, pero ha destacado que, en cualquier caso, no se puede ver una amenaza para el éxito de la investigación en la mera presencia del defensor en el interrogatorio.

b) También tiene gran importancia al derecho a examinar los autos que le corresponde al defensor (¡no al imputado!), en principio, ya en el procedimiento de investigación; la respuesta negativa para examinar los autos sólo es admisible, como excepción, en caso de que exista peligro para el fin de la investigación (ver, en particular, § 147 y nº 182/189, RiStBV, así como *supra* § 19, E, IV).

[7] OLG Karlsruhe StrV 96, 302, con reseña de RIEß; RIEß, NStZ 97, 351. El estado de la discusión, muy controvertido, es informado en la sentencia del BGH.

[8] SCHULZ, StraFo 97, 294, también se opone a la sentencia del BGH, pero pretende aplicar analógicamente, de forma amplia, el § 168c, II, también al caso de interrogatorios en el marco del procedimiento de prisión.

c) Se discute qué derechos le otorga al imputado el § 163a, II, redactado en forma poco clara. KREKELER, 1991 (monografía y artículo), deriva de él, con buenos fundamentos, el derecho a producir prueba del imputado. De acuerdo con ello, la fiscalía no puede rechazar la producción de la prueba según su arbitrio, sino que sólo tiene un margen de apreciación con respecto a la importancia de las pruebas. Pero, debido a la falta de posibilidad de revisión judicial, este derecho a producir prueba ayuda poco al imputado. De todos modos, el derecho de requerir del imputado debería ser reforzado *de lege ferenda* (cf. *infra* D).

III. La constancia de cierre

Cuando la fiscalía ha puesto término a sus investigaciones, de modo tal que decide promover la acción, hace constar el cierre de las investigaciones en acta (§ 169a). Por consiguiente, esta *constancia de cierre* separa la parte de investigación de la parte de decisión del procedimiento preliminar (*Kl/M*, § 169a, núm. marg. 1). Ella es importante para los siguientes preceptos:

a) § 147, II: en adelante, el defensor tiene un derecho ilimitado a examinar los autos;

b) § 141, III, 2 y 3: en los casos de defensa necesaria está indicado ahora el nombramiento de un defensor.

D. Sobre la reforma del procedimiento de investigación

Cuando se llega a fallos erróneos, la mayoría de las veces ello se debe a que ya en el procedimiento de investigación se ha tomado un camino equivocado. Ello reside, con frecuencia, en que los derechos del imputado en el procedimiento de investigación son, todavía, relativamente reducidos (cf. *supra* § 18, B), de modo tal que él no puede hacer valer su posición con la energía suficiente. Por ello, las demandas de reforma apuntan a un aumento de sus derechos y, por cierto, en varios aspectos (con mayores detalles ROXIN, 1990, 190 y ss.): la prisión preventiva no debería ser admisible, en absoluto, para delitos de poca importancia y para los de mayor gravedad sólo debería serlo cuando se espera una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo de, por lo menos, un año. Todo detenido preventivamente debería recibir, a su pedido, un defensor de oficio. El imputado debería ser informado tan pronto como sea posible de las investigaciones y de los motivos de sospecha que existen en su contra. Tanto el imputado como el defensor deberían tener el derecho a estar presentes en todas las declaraciones realizadas en el procedimiento de investigación. El derecho a examinar los autos del defensor durante el procedimiento de investigación debería ser aumentado. Los requerimientos de investigación del imputado y de su defensor deberían poder ser rechazados, también en el procedimiento preliminar, sólo por determinados motivos que deben estar mencionados en la ley; frente a ello, debería preverse una comprobación ulterior por el juez de la investigación (SCHREIBER, 1992).

§ 38. Conclusión del procedimiento de investigación, sobreseimiento y promoción de la acción

Bibliografía: *Bloy*, Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverf., GA 80, 161; NStZ 82, 230; *Hilger*, Über die Pflicht der StA zur unverzögerten Einstellung gem. § 170 II, JR 85, 93; *Krause/Thon*, Mängel der Tatschilderung im Anklagesatz usw. StrV 85, 252; *Meyer-Goßner*, Der Aufbau der Anklageschrift, Jura 89, 482; *Weiland*, Von Recht und Pflicht zur Anklageerhebung, NStZ 91, 574; *Bohnert*, Die Abschlußentsch. des StA, 1992; *Walk*, Die Beendigung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozeß, 1996; *Kuckein*, Revisionsrechtliche Kontrolle der Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschlüssen, StraFo 97, 33; *Pfeiffer*, Die Anklage, Bemmann-FS, 1997, 582.

A. Resumen

El procedimiento de investigación se cierra cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si se debe o no promover la acción. La decisión de la fiscalía puede consistir en sobreseer el procedimiento o en promover la acción.

Una vez concluidas las investigaciones, la fiscalía está obligada, frente al imputado, a promover la acción o a sobreseer el procedimiento, con más razón, entonces, cuando el imputado pide expresamente una decisión, aludiendo a los daños que lo amenazan (BGHZ 20, 178). En caso de que ya sea posible declarar el sobreseimiento, éste no puede ser demorado (HILGER, 1985). Si el sobreseimiento de un procedimiento de investigación, ordenado por el § 170, II, es demorado, en oposición al principio de proporcionalidad, ello fundamenta una pretensión administrativa de responsabilidad (BGH NStZ 88, 510).

B. Sobreseimiento del procedimiento

I. En la mayoría de los casos, el procedimiento de investigación no concluye con la promoción de la acción, sino con el sobreseimiento. El procedimiento se sobresee:

1. por motivos *procesales*: p. ej., cuando se comprueba la existencia de un impedimento procesal (tal como la prescripción);

2. por motivos *del derecho material*: p. ej., cuando resulta que el hecho, como tal, no es punible (p. ej., receptación de cosas que no provienen directamente del hecho punible);

3. por motivos *fácticos*: ya sea porque resulte la inocencia del imputado, o porque no se pueda comprobar que él cometió el hecho;

4. dado el caso, en los supuestos del *principio de oportunidad*.

En los casos 1 a 3, el sobreseimiento se produce en virtud del § 170, II, 1; en el caso 4, conforme a los §§ 153 y ss. (sobre esto cf. *supra* § 14, B, II).

II. La decisión de sobreseimiento de la fiscalía (en los casos 1/3) *no tiene fuerza de cosa juzgada*, esto es, la fiscalía puede reanudar en todo momento el procedimiento (diferente, en parte, en caso de sobreseimiento en virtud del principio de oportunidad: cf. *supra* § 14, B, II, 4). Para ello, no es necesario que hayan aparecido nuevos hechos de cargo.

III. 1. El *imputado debe ser informado* del sobreseimiento (sin que se le deban dar los motivos) cuando él había prestado declaración como tal o cuando se había expedido una orden de prisión en su contra; para ello basta ya un interrogatorio "como imputado" realizado por la policía. Además, la decisión de sobreseer debe ser comunicada cuando el imputado lo ha solicitado o cuando existe un interés especial evidente en su notificación (§ 170, II). Más allá de ello, siempre está permitido dar a conocer la decisión y los motivos.

2. El *instante* debe ser informado siempre (§ 171), pero no así el denunciante, si no tiene un interés personal en la persecución penal (sobre esta diferenciación *supra* § 37, A, III, 1). Esta decisión, a diferencia de la decisión referida en el punto 1, debe estar fundada, para que el instante pueda analizar si ha de realizar o no el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (ver *infra* § 39).

C. Promoción de la acción

I. Si el procedimiento de investigación no concluye a través de un sobreseimiento, el fiscal, a menos que se trate de un delito de acción privada (§§ 374, I, y 376; ver al respecto *infra* § 61), está obligado a *promover la acción*, cuando "las investigaciones ofrecen motivos suficientes para la promoción de la acción pública", es decir, cuando existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible (§ 170, I; ver *supra* § 37, B, I). La opinión dominante interpreta esto en el sentido de que existe una obligación de acusar cuando, probablemente, el tribunal llegará a una condena. Sin embargo, de modo correcto, se deberá considerar decisivo al propio pronóstico del fiscal, de modo tal que ello dependa exclusivamente de si probablemente, al final del juicio oral, él llegará a requerir la condena. Esto no se deriva sólo de la función de la fiscalía como guardiana independiente de la ley (con más detalles *supra* § 10, A, III), sino también del hecho de que, según la opinión general, en el caso contrario la fiscalía puede acusar por un comportamiento que ella considera punible, aun cuando los tribunales, hasta el momento, lo consideren exento de punibilidad (detalladamente ROXIN, DRiZ 97, 114; como aquí también *Kl/M*, § 170, núm. marg. 2, y *AK*-ACHENBACH, § 170, núm. marg. 9).

II. La *acción* es la petición al tribunal de actuar autónomamente en una causa penal. Su importancia se deriva del principio acusatorio (cf. *supra* § 13). Conforme a ello, el tribunal sólo puede actuar cuando la acción ha sido promovida (§ 151).

III. Como caso general normativo de la promoción de la acción, el § 170, I, prevé la interposición de una acusación ante el tribunal competente (ver sobre esto §§ 199, II, 200, 414, II, 2, y 440, II, 2). Empero, fuera de ello, también encontramos el requerimiento de enjuiciamiento en el procedimiento acelerado (§§ 417, 418, III; ver *infra* § 59), la interposición de un requerimiento de mandato penal (§§ 407, I, y 409; ver *infra* § 61), así como también, por último, la ampliación posterior de la acusación, conforme al § 266, II (ver *infra* § 46, B, II).

D. Efectos de la promoción de la acción

La promoción de la acusación tiene los cinco efectos que siguen:

I. La acción funda la *litispendencia* en un determinado tribunal (discutido, porque conforme al § 156 la fiscalía puede desistir de la acción hasta el momento en que el tribunal dicta el auto de apertura; según Karlsruhe NStZ 91, 602 [con comentario de M. MAYER, NStZ 92, 605] la emisión de un mandato penal no funda aún la litispendencia, en virtud del § 411, III).

Conforme al llamado *principio de prioridad*, la causa en la que ya ha sido promovida la acción debe ser sobreseída por el segundo tribunal ante el cual también ha sido llevada la causa penal (excepción de litispendencia). Sin embargo, si el segundo tribunal, sin saber de la anterior promoción de la acción, abre el procedimiento, entonces le corresponde a él la prioridad, en tanto el primer tribunal, por su parte, no haya abierto el procedimiento con anterioridad (principio de prioridad de la apertura: § 12, ver *supra* § 8, A, I, 1, d).

II. El *señorío del procedimiento* pasa al tribunal. Sin embargo, hasta la apertura del juicio oral, tal dominio le puede ser retirado al juez nuevamente (§ 156).

Señorío sobre el procedimiento significa que el tribunal es responsable por el desarrollo posterior del procedimiento y que en sus decisiones, sobre la actuación de la ley penal, no está vinculado a los requerimientos formulados (§ 155, II). El traspaso del dominio del procedimiento al tribunal no significa que la fiscalía, para el desarrollo posterior del procedimiento, esté sujeta a sus propias apreciaciones y requerimientos. Así, el representante de la fiscalía que en el juicio oral se convence de la inocencia del acusado puede alegar por la absolución –incluso debe hacerlo–, aun cuando en la acusación se sostenga otro punto de vista.

III. Queda establecido el *objeto del proceso*; esto es, la "cognición y la decisión judiciales se extienden sólo al hecho descripto en la querella y a las personas imputadas por ella" (§ 155, I; EB. SCHMIDT, I, nº 353, se refiere aquí, acertadamente, a la "*vinculación temática del tribunal*").

Este efecto de la promoción de la acción es muy importante:

a) La vinculación temática del tribunal es una consecuencia del principio acusatorio: por principio, el juez sólo puede ocuparse de hechos y de personas que previamente han sido acusadas ante él.

b) Se debe proteger al imputado de que el tribunal extienda arbitrariamente la cognición. Estableciendo el objeto del proceso se pretende evitar abusos como los que han sido conocidos en los procesos inquisitivos antiguos.

c) Por "hecho", en el sentido del § 155, I, no se debe comprender un determinado tipo legal o el recorte de circunstancias sometidas por la fiscalía, sino todo el acontecimiento de la vida descripto previamente en la querella (sobre esto, en particular, *supra* § 20).

d) También es consecuencia del principio acusatorio que el acontecimiento de la vida sometido al tribunal por la fiscalía debe ser perfilado lo más detalladamente posible. Una descripción incompleta del hecho representa un impedimento procesal[1].

IV. La *jurisdicción* del *domicilio* se establece por el domicilio del imputado al momento de la promoción de la acción (§ 8).

V. A través de la promoción de la acción el "imputado" se convierte en "procesado" (§ 157).

E. La acusación en particular

I. La acusación, según su *contenido*, es el requerimiento al tribunal decisor de que se debe realizar un juicio oral (§ 199, II).

II. La fiscalía, en virtud del principio de legalidad (*supra* § 14), está *obligada* a acusar cuando las investigaciones ofrecen "motivos suficientes para la promoción de la acción pública" (§ 170, I), esto es, cuando existe una *sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible*, en el sentido del § 203 (ver *supra* C, I).

III. Para determinar ante qué tribunal hay que promover la acción, se debe acudir a las normas sobre competencia material y territorial (al respecto *supra* §§ 7 y 8).

IV. Para la acusación rige, en general, la forma escrita.

Encontramos excepciones en el procedimiento acelerado (§§ 417 y 418) y en el procedimiento de ampliación de la acusación (§ 266).

V. El *contenido* de la acusación está prescripto por el § 200. Según él, la acusación tiene que contener (ver, en particular, nº 110, RiStBV):

a) el nombre del procesado;

b) el hecho que se le imputa, esto es, la mención de los hechos (de las acciones y omisiones) que se le reprochan (¡ese acontecimiento histórico = ese conjunto de hechos determina el objeto del proceso!);

[1] Cf. BGHSt 5, 225; 10, 137; BGH GA 73, 111; NStZ 86, 275; 91, 448; Frankfurt JR 90, 39; con mayores detalles PUPPE, NStZ 82, 230; KRAUSE/THON, 1985.

c) los elementos legales del hecho punible (p. ej., los del hurto);

d) los preceptos penales aplicables, p. ej.: punible en virtud del § 242, StGB; también deberían ser mencionadas las consecuencias jurídicas especiales (p. ej., casos especialmente graves o las sanciones de los §§ 44 y 69, StGB; KAISER, NJW 81, 1028);

Con respecto a los puntos a)/d): esta parte de la acusación es la llamada *hipótesis acusatoria* que el fiscal tiene que exponer en el juicio oral (§§ 200, I, y 243, III); las apreciaciones de la prueba no forman parte de la hipótesis acusatoria, cf. *infra* § 44, B, I, 1. Una hipótesis acusatoria que no concreta de modo suficiente el reproche por el hecho, por tanto, que no cumple con su "función delimitadora", fundamenta un impedimento procesal (Karlsruhe NStZ 93, 147; sobre la problemática análoga que se presenta con respecto al auto de apertura cf. *infra* § 40, C, II, 1, d).

e) los elementos de prueba, p. ej.: testimonio del campesino Jakob HINTERHUBER, en Moosbach (sobre la posibilidad de no mencionar el domicilio de un testigo o de no revelar su identidad, con el fin de protegerlo, cf. § 200, I, 3 y 4, en relación con el § 68);

f) el tribunal ante el cual debe llevarse a cabo el juicio oral, es decir, p. ej.: "Solicito abrir el procedimiento principal ante el tribunal de escabinos en Mallersdorf";

g) el nombre del defensor;

h) finalmente, en la acusación se debe mencionar también el *resultado* esencial *de las investigaciones* (§ 200, II). No obstante, se puede prescindir de ello cuando la acusación es interpuesta ante el juez penal como juez unipersonal. Por lo general, la práctica hace uso de esta posibilidad de simplificación (KREY, II, núm. marg. 20).

Por lo demás, los defectos en la exposición de los resultados de la investigación (de modo distinto que en la hipótesis acusatoria) no acarrean la ineficacia de la acusación y del auto de apertura (BGHSt 40, 390). Por el contrario, el OLG de Schleswig, StrV 95, 454, declaró la ineficacia de una acusación y rechazó la apertura del procedimiento, porque el resultado esencial de las investigaciones sólo consistía en una reiteración de la hipótesis acusatoria. La acusación también se vuelve ineficaz cuando falta por completo el resultado de las investigaciones; este defecto tampoco puede ser subsanado proporcionando referencias en el juicio oral. Según el OLG Düsseldorf, StrV 97, 10, puede regir una excepción, en todo caso, cuando se trata de hechos completamente sencillos y de procesados confesos. Más allá de ello, la acusación tiene una "función informativa". Por consiguiente, si ella no permite percibir claramente el reproche que contiene, para que el imputado se pueda defender en forma adecuada, la apertura del procedimiento debe ser rechazada (LG Dresden StrV 96, 203). En los últimos años, se ha cuestionado especialmente los requisitos de determinación necesarios ante una pluralidad de abusos sexuales contra niños. El BGH considera suficiente que se señale la víctima del hecho, las características principales del modo de comisión, un determinado espacio de tiempo en el que se cometió y el número máximo de hechos punibles reprochados[2].

[2] BGH NStZ 95, 245; cf. también BGHSt 40, 44; BGH NStZ 95, 200, 203, con reseña de BOHNERT, NStZ 95, 460; BGH NStZ 96, 294; 97, 145. Sobre el abuso de niños mayores de 14 años, cf. BGH NStZ 96, 349. Si en el juicio oral se descubre otros delitos que exceden el espacio de tiempo de comisión del hecho, entonces se debe interponer una acusación suplementaria, BGH StrV 96, 361.

VI. Ejemplo de acusación

Göttingen, 2/6/1998

Fiscalía
ante el LG Göttingen
–9 Js 34/98–
Ante el AG
–tribunal de escabinos–
en Herzberg am Harz

Acusación

El enfermero K.-B. N., nacido el 25/3/1965 en Oyterdam, Distrito de Verden, con domicilio en Bremen-Osterholz, Wiesenstr. 5, alemán, casado,
–defensor: abogado Dr. K., Göttingen–

es acusado de,

el 3 de enero de 1998, hacia las 18.25 hs., en Herzberg am Harz, a través de la misma acción,

a) no haber respetado la prioridad de paso de modo groseramente contrario a las reglas de la circulación y desconsideradamente y, de ese modo, haber puesto en peligro imprudentemente la integridad física y la vida de otro,

b) haber causado imprudentemente lesiones corporales a otras tres personas,

pues al doblar en la calle Göttinger, hizo frenar bruscamente al conductor de un autobús, I., quien tenía prioridad de paso, por lo que el conductor que venía detrás, L., chocó con su camión al autobús, que circulaba delante de él, y lesionó así a tres personas que viajaban sentadas en el autobús de I.
–punible según el § 315c, I, n" 2a, III, n" 2; §§ 229, 52 y 69, StGB–.

Existe un interés público especial (§ 230, I, StGB) en la persecución de las lesiones corporales culposas (§ 229, StGB).

Elementos de prueba: I. Testigos: 1) Siegfried I., con domicilio en...
2) Werner G., con domicilio en...
3) Gerda K., con domicilio en...
4) Horst-Helmut K., con domicilio en...
5) Ella St., con domicilio en...

II. 1 Croquis del accidente de tránsito, Bl. 3 d. A.

Resultado esencial de las investigaciones

El procesado es enfermero en la Städtischen Nervenklinik Bremen y gana mensualmente cerca de 2.400 DM neto. Hasta ahora no ha sido penado.

En el momento del hecho circulaba en Herzberg, por la calle Heide y dobló después hacia la izquierda en la calle Göttinger, que frente a la calle Heide tiene prioridad de paso. Puesto que en ese cruce se encuentra una casa, él sólo podía ver la calle Göttinger con mucha dificultad. A pesar de ello, tal como lo indicó el testigo I., él se acercó al cruce con una velocidad bastante elevada y luego, sin respetar la prioridad, dobló inmediatamente en la calle Göttinger, sin detenerse y sin haber disminuido la velocidad en forma considerable. El testigo I. sigue declarando que, por el comportamiento del procesado, él se vio obligado a frenar inmediatamente el autobús que conducía, para evitar el choque con el auto del procesado.

Estas declaraciones, por cierto, son cuestionadas por el procesado, pero confirmadas por las manifestaciones del testigo G. Esta declaración de G., quien pudo observar el incidente desde la ventada de su departamento, coincide completamente con la de I., también en lo que se refiere a la velocidad que llevaba el procesado.

Por la frenada repentina del autobús conducido por I., L., quien circulaba detrás de él, chocó el autobús con su camión. Como consecuencia del choque resultaron lesionados los testigos K., G. K. y E. St., quienes se encontraban en el autobús de I. La testigo G. K. sufrió heridas en los labios, contusiones en el músculo tibial y lesiones en el hombro, la testigo St. –al igual que el testigo K.– sufrió heridas en el músculo tibial.

Se solicita,

abrir el procedimiento principal ante el AG –tribunal de escabinos– en Herzberg am Harz.

(Müller)
Fiscal

§ 39. El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública

Bibliografía: *Ostler,* Das Kl.erzw.verf., 1931; *Dietz,* Die Ankl.erzw., 1933; *Maiwald,* Die Beteiligung des Verletzten am Strafverf., GA 70, 33; *Frisch,* Der Begriff des "Verletzten" im Kl.erzw.verf., JZ 74, 7; *Bischoff,* Die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Beschwerdefrist des § 172 I StPO, NJW 86, 2097; *Rieß,* Alte und neue aktuelle Fragen im Kl.erzw.verf. usw., NStZ 86, 433; *Kirstgen,* Das Kl.erzw.verf., tesis doctoral, Bonn, 1986; *Werner,* Der Einfluß des Verletzten auf Verf.einstellungen der StA, 1986; *Bischoff,* Das Kl.erzw.verf., 1987; *idem,* Die Praxis des Kl.erzw.verf., NStZ 88, 63; *Haas,* Der Verletzte im Kl.erzw.verf. bei Eigentums- und Vermögensdelikten, GA 88, 493; *Wehnert,* Rechtl. und rechtstatsächl. Aspekte des Kl.erzw.verf., 1988; *Langer,* Zur Kl.erzw. wegen Verfolgung Unschuldiger, JR 89, 95; *Weber,* Zur Wirkung des Todes des Antragstellers auf das gerichtl. Kl.erzw.verf., Arm. Kaufmann-GS, 1989, 781; *Jans,* Die Aushöhlung des Kl.erzw.verf., 1990; *Küpper,* Das Kl.erzw.verf., Jura 90, 281; *Rieß,* Kostenfolgen des Kl.erzw.verf., NStZ 90, 6; *Zielinski,* Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Kl.erzw.verf. bei Straftaten zum Nachteil der AG, wistra 93, 6; *Machalke,* Die Funktion des OLG im Klag.erzwing.verf., 1996.

A. Sentido y fin

I. El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (§§ 172/177) le da la posibilidad al ofendido de que un tribunal independiente examine el cumplimiento del principio de legalidad por parte de la fiscalía. A pesar de que la fiscalía, en principio, no está vinculada a la jurisprudencia de los tribunales superiores (ver *supra* § 10, A, III, 4) y, en sus funciones oficiales, es independiente de los tribunales (§ 150, GVG), excepcionalmente se la puede obligar, de este modo, a promover una acusación que se opone a su propia convicción.

II. Según su estructuración concreta, el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública no persigue –al menos no lo hace directamente– el fin de garantizar el § 152, II, como principio jurídico objetivo, sino que representa un procedimiento ajustado al art. 19, IV, GG, para la *protección* de los derechos públicos subjetivos del *ofendido* por el hecho punible, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado (cf. KALSBACH, *Die gerichtl. Nachprüfung von Maßnahmen der StA im Strafverf.*, 1967, 82; PETERS, 536). Esto se manifiesta claramente, ante todo, en los delitos contra la seguridad del Estado, a través de los cuales no se afecta a una persona individual y, por ello, el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública no es posible (Düsseldorf JZ 87, 836). Por esta razón, tampoco la autoridad de extranjería es ofendido en caso de infracciones a la AuslG (Karlsruhe NJW 87, 1835). Se discute si el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública puede ser continuado después de la muerte del solicitante; WEBER, 1989, pretende conceder esta facultad a los herederos.

III. Mientras que anualmente existen más de 600.000 sobreseimientos decididos por la fiscalía, sólo se realiza, en término medio, cerca de 2.000 procedimientos para compeler a la promoción de la acción pública. Este número reducido se debe, probablemente, a las pocas perspectivas de éxito. Así, en el año 1982, de los 1.792 procedimientos pendientes únicamente ocho terminaron con la orden de promover la acción; y sólo en un único procedimiento resultó, posteriormente, una condena (BISCHOFF, 1988). Con todo, el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública es idóneo, ya por su existencia, para obligar a la fiscalía a llevar a cabo averiguaciones cuidadosas.

B. Su estructuración en particular

I. Presupuestos

1. Cuando la fiscalía se niega a promover una acción pública (ya sea porque, desde un principio, no da curso a una denuncia o porque, posteriormente, sobresee el procedimiento), conforme al § 171, el solicitante (sobre esto *supra* § 37, A, III, 1) debe ser *notificado*, con indicación de los fundamentos. El § 171 es una concreción del art. 17, GG, pero va más allá, pues, según el art. 17, GG, no es necesario que la comunicación contenga la motivación (BVerfGE 2, 230); además, con arreglo al § 171, 2ª frase, cuando el solicitante es, a la vez, el ofendido, está prescripto que se lo instruya sobre los recursos (con mayores detalles SOLBACH, DRiZ 84, 476).

2. Contra la noticia negativa sólo aquel denunciante que, al mismo tiempo, es el *ofendido* por el hecho punible, puede instar el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. El concepto de ofendido del § 172 es discutido. Anteriormente predominaba la opinión de que sólo se refería al portador del bien jurídico protegido por el tipo penal. De acuerdo con ello, p. ej., en los delitos de homicidio no sería posible realizar un procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. Por el contrario, según la opinión preponderante en la actualidad se debe considerar ofendido a aquél que "resulta tan afectado en sus intereses legítimos a través de la acción punible afirmada, que su demanda de persecución penal supera una necesidad retributiva reconocible como legítima"[1]. Esta apreciación puede ser precisada tomando en consideración el ámbito de protección de la norma penal violada y, conforme a ello, preguntándose si el precepto, al menos, también tiene como fin la protección del individuo o de un grupo determinado de personas (KÜPPER, 1990; *AK*-MOSCHÜRING, § 172, núm. marg. 6, con más informaciones). Según ello, en caso de expresiones antisemitas, en el sentido del § 130, StGB, también el presidente de la Comunidad Cultural Israelita debe ser considerado ofendido (de otra opinión München, NJW 85, 2430).

Cuando se trata del delito de homicidio, el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública está, incluso, a disposición de los parientes cercanos que no tienen derecho a alimentos (arg. § 395, II, nº 1); en cambio, en caso de lesiones corporales sólo está a disposición de los afectados en su propia salud. En la estafa, en general, únicamente es ofendido el damnificado; la persona engañada lo es sólo cuando el damnificado tiene derecho de indemnización contra él. En caso de daños provocados por acción de una persona jurídica, también sus miembros deben ser considerados dentro del grupo de ofendidos "en virtud del efecto extensivo" sobre su responsabilidad. En caso de una declaración falsa, sólo existe una afectación sensible de intereses, también exigida según la interpretación extensiva, para los sujetos cuya situación procesal se vea perjudicada por ello (Düsseldorf JZ 89, 404; NStZ 95, 49). El instigado no es ofendido por el instigador (Hamburg NJW 80, 848, con comentario de BLOY, JR 80, 480). El heredero de un damnificado por un delito contra el patrimonio no es ofendido (Stuttgart NJW 86, 3153), así como tampoco lo es el ciudadano individual ante la comisión de uno de los delitos del § 86a, StGB, que ponen en peligro al Estado (Düsseldorf NJW 88, 2906), el síndico en los hechos punibles contra el quebrado (Koblenz NJW 88, 3275), ni el jefe de servicio de un funcionario sobornado (Nürnberg NStZ 97, 252). Tampoco son ofendidos los hijos de una persona muerta, cuando reclaman que el denunciado ha incurrido en una pena conforme al § 323c, StGB, en perjuicio de la madre (Celle NStZ 88, 568; Düsseldorf NJW 92, 2370; cuestionable). En los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, HAAS, 1988, considera ofendido siempre (pero únicamente) a quien posee un derecho compensatorio contra el autor; aunque ello no pueda ser considerado criterio único, de todos modos, se trata de un punto de vista importante.

3. a) El procedimiento judicial para compeler a la promoción de la acción pública sólo es admisible cuando se trata de hechos punibles para los que rige el principio de legalidad (cf. § 172, II, 3; rige una excepción para el § 154d, no mencionado allí; discutido). En el caso de los delitos de acción privada, el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública no es necesario, porque aquí el ofendido puede ejercer la acción por sí mismo. Pero, con respecto a la protección del ofendido, es objetable que al tratarse de sobreseimientos por oportunidad se excluya totalmente la posibilidad de compeler la acción. Dado que se sigue haciendo retroceder al principio de legalidad, el ofendido también debería tener, *de lege ferenda*, cierta posibilidad de control en caso de sobreseimientos discrecionales. La necesidad de aprobación judicial para una parte de los sobreseimientos no asegura suficientemente al ofendido, porque el consentimiento apenas es negado de vez en cuando. Por ello, sería mejor renunciar por completo al consentimiento judicial anterior y admitir un procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública en general, también en los casos de sobreseimiento por oportunidad, procedimiento que, sin embargo, debería limitarse a controlar el uso defectuoso del poder discrecional por parte de la fiscalía[2].

b) Según el derecho vigente, al ofendido también le queda la queja ante la fiscalía general, conforme al § 172, I (ver *infra* II, 1). Fuera de ello, una interpretación conforme a la Constitución y regida por el art. 19, IV,

[1] EB. SCHMIDT, II, § 171, núm. marg. 12; cf. también KALSBACH, 1967, 84 y ss., con otras informaciones; a favor de una extensión mayor GÖSSEL, *Dünnebier-FS*, 1982, 121.

[2] WERNER, NStZ 84, 401; RIEß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf.*, 1984, 77 y ss., quien, sin embargo, pretende renunciar, incluso, a la limitación del control; WEIGEND, ZStW 96 (1984), 761 (787); crítico con respecto a la extensión de los §§ 172 y ss. a los casos del principio de oportunidad JANS, 1990.

GG, demuestra que el procedimiento judicial para compeler a la promoción de la acción pública también es admisible cuando la fiscalía, en caso de un delito para el que rige el principio de legalidad, invoca erróneamente el principio de oportunidad.

c) Conforme al § 172, en principio, el instante sólo puede solicitar la persecución penal en sí, pero no la persecución penal bajo un determinado criterio legal (así Karlsruhe JR 77, 215, con comentario de MEYER-GOßNER; de otra opinión Hamm NJW 74, 68).

II. El "procedimiento preliminar"

1. Contra la noticia negativa del § 171, el ofendido, dentro de dos semanas después de que se le dio a conocer la decisión del sobreseimiento, provista de la instrucción sobre los recursos, debe interponer la *queja* ante el funcionario superior de la fiscalía (§ 172, I), esto es, ante la fiscalía general, cuando el auto de sobreseimiento está firmado por un fiscal (¡§ 147, nº 3, GVG!), en cambio, ante la fiscalía superior, cuando lo ha suscripto un agente fiscal municipal perteneciente a una procuraduría municipal independiente.

2. Cuando la fiscalía, teniendo en cuenta la queja, ha retomado primero las investigaciones, pero luego ha sobreseído nuevamente el procedimiento, el ofendido no necesita interponer otra vez la queja en el plazo de dos semanas, antes bien, él puede volver sobre su queja anterior –hasta el momento no contestada negativamente por la fiscalía general– sin limitación de tiempo (discutible; cf. NIESE, JZ 52, 647; EB. SCHMIDT, II, § 172, nº 10 y 11).

3. Contra la inobservancia del plazo de dos semanas, en aplicación analógica de los §§ 44 y ss. –que según su texto literal sólo rigen para los plazos judiciales–, es posible una reposición al estado anterior. Para la solicitud es competente, antes de concluido el procedimiento de queja, la fiscalía general, después de ello, el OLG. Si la fiscalía general concede la reposición, el OLG está vinculado por ello (con más detalles sobre todo esto BISCHOFF, 1986).

III. El procedimiento jurisdiccional para compeler a la promoción de la acción pública

1. a) Contra la noticia negativa de la fiscalía general se puede solicitar una *decisión judicial* dentro del plazo de un mes (§ 172, II, 1).

Para ello es competente el OLG (§ 172, IV). Se ha elegido a este tribunal porque los tribunales inferiores, que son competentes para el procedimiento principal eventual, no deben ser expuestos al peligro de soportar, de antemano, una tacha de parcialidad.

b) El *requerimiento* debe indicar los motivos y los medios de prueba (y, por consiguiente, también indicios suficientes sobre la identidad del imputado, Oldenburg MDR 86, 692) que fundamentan la sospecha suficiente y debe estar firmado por un abogado (§ 172, III); de este modo se pretende impedir requerimientos infundados y querellantes. Según München (NStZ 84, 281) no debería ser suficiente que el abogado haga suyo un escrito del ofendido y añada que él asume la responsabilidad por el contenido. Esto va más allá del texto de la ley. La jurisprudencia también exige, equivocadamente, que el requerimiento analice contradictoriamente el

auto de sobreseimiento de la fiscalía[3]. Además, el requerimiento debe ser tan completo que coloque al OLG en condiciones de efectuar un examen de sus fundamentos, sin recurrir a las actas de la investigación (Hamm GA 93, 231); tampoco basta la referencia a documentos presentados (Celle NStZ 97, 406). Asimismo, el instante debe demostrar detalladamente el cumplimiento del plazo para la queja según el § 172, II (Hamm NStZ 92, 250, con reseña de ASPER, *loc. cit.*, 555). En la práctica, estos requisitos excesivos son el motivo principal para el fracaso de la mayoría de los procedimientos (BISCHOFF, 1988).

Una cuestión todavía no aclarada definitivamente se refiere a la pregunta acerca de si puede serle designado un *abogado de oficio*, en aplicación analógica del § 78b, ZPO, a un ofendido que no encuentra abogado alguno dispuesto a firmar su requerimiento para compeler a la promoción de la acción pública. La opinión dominante rechaza esta posibilidad[4] con el fundamento de que el legislador, en la última reforma de la ayuda para las costas procesales, ha dejado de lado, concientemente, una regulación análoga. Ella sostiene, además, que el ofendido tiene la posibilidad de elegir entre todos los abogados admitidos en la RFA; y si no encuentra abogado alguno dispuesto a firmar, éste es un indicio de la insensatez de su planteo. Pero, precisamente, tales requerimientos irrazonables no deberían llegar a los tribunales. Con todo, los argumentos no son convincentes. Ni se debe inferir la negación consciente del nombramiento de un abogado de oficio a partir de la última reforma de la ayuda para las costas procesales, ni el ofendido tiene la posibilidad –¡por motivos de tiempo (cf. § 172, II, 1)!– de someter su planteo a todos los abogados de Alemania. Por ello, sería más correcto afirmar la posibilidad de nombrar un abogado de oficio siempre que de las manifestaciones del ofendido, por lo menos a grandes rasgos, resulte la admisibilidad y la posible razonabilidad del procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública que se propone (así también: MEYER-GOßNER, NStZ 85, 234; RIEß, NStZ 86, 433; Saarbrücken NJW 64, 1534; Koblenz NJW 82, 61).

2. a) Para el esclarecimiento de los hechos, el OLG, en uso de un poder discrecional, conforme a Derecho, puede consultar las actas de la fiscalía u ordenar también por sí mismo diligencias y encomendar su realización a un juez comisionado o requerido (§ 173 I, III).

b) Según el § 173, II, el OLG *puede* comunicar al imputado el requerimiento, determinando un plazo para que formule aclaraciones; conforme a los §§ 33, III, y 175, 1ª frase, esto se *debe* efectuar antes de que el requerimiento pueda ser admitido. De otro modo, no satisface el derecho del imputado de ser oído conforme a la ley (art. 103, I, GG; BVerfGE 17, 356,

3 Así, KG NJW 69, 108; Hamm MDR 71, 680; Koblenz NJW 77, 1461; Düsseldorf NJW 88, 1337; Schleswig NStZ 89, 286, con reseña a favor de WOHLERS, NStZ 90, 98; a favor de la constitucionalidad de una exigencia semejante BVerfG NJW 79, 364; sin embargo, como aquí Celle MDR 87, 518; NStZ 89, 43; SCHULZ-ARENSTORFF, NJW 78, 1302; RIEß, NStZ 89, 545. Conciliadoramente el OLG Bamberg NStZ 89, 544, según el cual las exigencias del requerimiento para compeler a la promoción de la acción pública dependen de la dificultad de la situación jurídica y probatoria, y si el caso es simple no pueden ser llevadas al extremo. A él se acerca ahora también el BVerfG NJW 93, 382 (con comentario de STOFFERS, NStZ 93, 497).

4 Frankfurt NStZ 81, 491; Celle NStZ 85, 234; Düsseldorf NStZ 85, 571; Bremen NStZ 86, 475, con más información; Hamm MDR 88, 990.

360 y ss.; 42, 172 y ss.). Si el requerimiento debe ser rechazado, sólo se debe escuchar a la fiscalía (§ 33, II).

c) También durante el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública, la fiscalía puede retomar sus propias investigaciones; sin embargo, aquel procedimiento no se termina ni por esa reanudación, ni por su nuevo sobreseimiento, sino, dado el caso, sólo si la fiscalía promueve la acción (Bamberg NStZ 89, 543; discrepa Koblenz NStZ 90, 48).

3. El OLG decide sobre el requerimiento en forma de *auto*. Si no existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible, este tribunal lo rechaza con costas (§§ 174, I, y 177); si el requerimiento está fundado, decide la promoción de la acción pública (§ 175, 1ª frase). Si la fiscalía se ha negado a realizar investigaciones propias desde un principio (p. ej., por motivos jurídicos), el OLG puede ordenar su realización, en aplicación analógica de los §§ 172 y siguientes, para no tener que llevar a cabo por sí mismo un procedimiento de investigación completo[5].

a) El auto de promoción de la acción tiene que cumplirlo la fiscalía, con un escrito de acusación (§ 175, 2ª frase). De este modo, por cierto, se deja a salvo formalmente el principio acusatorio, pero, sin embargo, se lo limita materialmente de forma considerable a través de la sujeción de la fiscalía a la decisión del OLG.

b) El auto del OLG *no* establece otras obligaciones para la fiscalía. Ella es independiente en la conducción posterior del proceso, p. ej., puede solicitar la absolución e, incluso, puede coincidir con el sobreseimiento decidido por el tribunal conforme al § 153, II (*LR*-Rieß, 24ª ed., § 153, núm. marg. 62). Para compensar esta situación, de conformidad con el § 395, I, nº 3, el instante tiene la facultad de sumarse al procedimiento como acusador adhesivo, una vez promovida la acción pública.

c) Contra el auto del OLG que promueve la acción, el imputado no tiene recurso alguno a su disposición (§ 304, IV); únicamente cuando le fue negado, previamente, el derecho a ser oído conforme a la ley, él puede hacer uso de los remedios jurídicos determinados en el § 33a (ver *supra* § 18, B, I, 1, a; antes de la StPÄG de 1964, en este caso sólo procedía el recurso de queja constitucional, cf. BVerfGE 17, 356 y siguientes).

d) El auto del OLG que rechaza el requerimiento para compeler a la promoción de la acción pública tiene efecto de *cosa juzgada material limitada*. Conforme a ello, según el § 174, II, la acción pública sólo puede ser promovida con fundamento en nuevas circunstancias (esto es, no conocidas hasta el momento por el OLG). Lo mismo debe regir también para la

[5] Zweibrücken NStZ 81, 193, con comentario en contra de Kuhlmann; KG NStZ 90, 355, con reseña a favor de Eisenberg, JZ 91, 47, y comentario en contra de Wohlers, NStZ 91, 301; Koblenz NStZ 95, 50; muy discutido; a favor de la posibilidad de "obligar a realizar las investigaciones" convincentemente Rieß, 1986.

cuestión controvertida de si un procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública, que no tuvo éxito, puede ser reiterado (cf. Braunschweig NJW 61, 934).

§ 40. El procedimiento intermedio

Bibliografía: *Göbel*, Sinnwandel des Eröffnungsbeschlusses, MDR 62, 437; *Eb. Schmidt*, Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluß, Hauptverf., Urteil, NJW 63, 1081; *idem*, Der Strafprozeß, NJW 69, 1137; *Nelles*, Zur Revisibilität "fehlerhafter" und "unwirksamer" Eröffnungsbeschlüsse, NStZ 82, 96; *Rieß*, Eröffnungsentsch. auf unvollständiger Aktengrundlage, NStZ 83, 274; *Krekeler*, Das Zwischenverf. in Wirtschaftsstrafsachen aus der Sicht der Vert., wistra 85, 54; *Gössel*, Überlegungen zur Überprüfung des Beweisgangs im Strafprozeß in Zwischenverf., Kleinknecht-FS, 1985, 131; *Marcelli*, § 210 III StPO und der gesetzl. Richter, NStZ 86, 59; *Heghmanns*, Das Zwischenverf. im Strafprozeß, 1991; *Siewert/Mattheus*, Die Nachermittlungspflicht von Gericht und StA vor Eröffnung des Hauptverf., DRiZ 93, 353; *Martin*, Zur Zulässigkeit der "Doppelbegründung" beim Beschluß über die Nichteröffnung des Hauptverfahrens (§ 204 I StPO), NStZ 95, 528; *Loritz*, Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, 1996; *Kuckein*, Revisionsrechtliche Kontrolle der Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschlüssen, StraFo 97, 33.

A. Concepto e importancia

I. Si el procedimiento de investigación no ha conducido al sobreseimiento de la persecución penal, está prescripto, en principio, el llamado procedimiento intermedio, en el que se produce la "decisión judicial sobre la apertura del procedimiento principal" (§§ 199/211). Solamente en el procedimiento acelerado de los §§ 417 a 420 se realiza el juicio oral inmediatamente después del cierre de las investigaciones.

II. 1. La *importancia* principal del procedimiento intermedio reside en su *función de control negativa*: discutiendo la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior por un juez independiente o por un tribunal colegiado en una sesión a puertas cerradas, se pretende proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado. De modo significativo, en todos los tribunales deciden sobre ello sólo los jueces profesionales, a quienes la ley les atribuye una mayor objetividad.

Por otra parte, la importancia del procedimiento intermedio reside en que, una vez comunicada la acusación, el imputado recibe nuevamente la posibilidad de influir en la apertura del procedimiento principal a través de requerimientos de pruebas y objeciones.

2. Sin embargo, el *valor* del procedimiento intermedio ha sido siempre *cuestionado*. El argumento principal de sus enemigos reside en que, en caso de una decisión positiva, el tribu-

nal (por lo menos exteriormente) concurre con prejuicios al juicio oral, pues ya con el auto de apertura (*infra* C, II, 1) ha declarado al acusado suficientemente sospechoso de la comisión del hecho punible (cf. § 203). No se puede negar que ésta es una objeción fundada, porque, en efecto, el tribunal se identifica, hasta cierto grado, con la acusación, si ya antes del juicio oral califica como probable la legitimidad del reproche. La regulación actual, según la cual el tribunal ya no expresa por sí mismo la existencia de la sospecha suficiente –como sucedía con la StPÄG 1964–, sino que sólo admite la acusación (§ 207, I), representa únicamente un disimulo verbal de ese estado de cosas, porque, en cuanto al contenido, la admisión de la acusación presupone, hoy como antes, la afirmación por el tribunal de la existencia de la sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible (§ 203, I). En ocasiones se extrae como consecuencia que el auto de apertura y, con él, el procedimiento intermedio deben ser suprimidos por completo (así en especial EB. SCHMIDT, I, 161, nota 285; anexo I, 3), pero, por otra parte, esto implica la renuncia precipitada a la protección que significa para el imputado, de todos modos, la posibilidad de que se rechace la apertura (cf. sobre todo esto *LR*-RIEß, 24ª ed., núms. marg. 13 y ss., comentario previo al § 198). Si bien en la práctica en muchos casos el procedimiento principal se podría abrir sin mucho rodeo, se debe considerar que precisamente en los procedimientos importantes (como el proceso "Spiegel" en su época) la apertura es rechazada con relativa frecuencia, es decir, que la función de control del procedimiento intermedio cobra aquí todo su valor. La solución correcta consistiría en no poner la apertura del procedimiento principal en manos de los jueces del tribunal que decidirán en la causa, sino en manos de otro órgano jurisdiccional (el "tribunal de la apertura") o de un "juez individual para la apertura"; los problemas personales que anteriormente habían impedido una regulación semejante, deberían haber sido superados a partir de la derogación de la instrucción previa por la 1. StVRG. Con mayor alcance, LORITZ, 1996, 133 y ss., propone la supresión del procedimiento intermedio y, en su lugar, la introducción de la posibilidad para el procesado de contar con una vía jurídica independiente contra la formulación de la acusación fiscal, remedio con el cual el acusado asigna competencia para el examen judicial a un juez de investigación, excluido de participar en el procedimiento principal posterior. Sobre toda esta problemática cf. mi ponencia sobre "*Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeß*", en: *Probleme der Strafprozeßreform*, 1975, 52 y siguientes.

B. Iniciación y realización

I. El procedimiento intermedio se inicia con la promoción de la acción pública por parte de la fiscalía, al interponer ésta una acusación ante el tribunal competente y presentar las actas (excepto sus notas) al tribunal (§§ 170 y 199, II).

II. Para el *procedimiento* que sigue a la recepción de la acusación la ley establece las siguientes disposiciones:

1. El presidente del tribunal *debe* (ver § 201):

a) comunicar la acusación al procesado;

b) invitarlo a presentar requerimientos de prueba u objeciones dentro de un plazo determinado, y

c) nombrarle, en tanto sea necesario, un defensor de oficio (§ 141, I).

Si el procesado formula requerimientos u objeciones, no decide el presidente del tribunal solo, sino el tribunal por auto irrecurrible (§ 201, II). Sobre los requerimientos de prueba no se decide conforme a las reglas estrictas del § 244, III, que rigen para el juicio oral, sino en uso de un poder discrecional del tribunal, conforme a Derecho (discutido).

2. El tribunal (ver *infra* C, I), de oficio o a pedido del interesado según el § 201, puede disponer investigaciones complementarias y ordenar la producción de pruebas individuales por auto irrecurrible (§ 202); pero

también puede encomendarle la realización de esta tarea a la fiscalía (discutido; en sentido negativo KG JR 66, 230 y s., afirmativamente Celle GA 59, 365; LG Münster JR 79, 40, con comentario a favor de PETERS). Para la producción de pruebas rige el procedimiento de prueba libre (ver *supra* § 24, B, II).

También en la literatura se niega la posibilidad del tribunal de obligar a la fiscalía a realizar otras investigaciones, en parte como violación al § 150, GVG; dado que la realización de cuantiosas investigaciones por parte del tribunal podría provocar, de antemano, una tacha de parcialidad indeseable, en ese caso la única solución es no abrir el procedimiento principal (SIEWERT/MATTHEUS, 1993).

C. La decisión del tribunal

I. Competencia

Sobre la apertura del procedimiento principal decide el tribunal competente para el juicio oral (§ 199) –el llamado "tribunal decisor"–, pero sin jueces legos (§§ 30, II, y 76, I, 2, GVG): en el AG (también si se trata de un tribunal de escabinos) decide el juez penal, en la Gran Cámara Penal del LG (y así también en el tribunal de jurados) deciden los tres jueces profesionales (§ 76, I, GVG) y en el OLG decide siempre la sala completa (§ 122, II, GVG).

II. Contenido del auto

El auto dictado por el tribunal puede ser positivo o negativo:

1. El tribunal está obligado a *abrir* el procedimiento principal (a través del "*auto de apertura*") cuando, según el resultado del procedimiento preliminar, el procesado es "*suficientemente sospechoso*" de haber cometido una acción punible (§ 203), es decir, cuando es de esperar su condena, con una fuerte probabilidad. El interés público en la realización de un juicio oral nunca puede suplir esa sospecha sobre la comisión del hecho punible (sobre esto BOCKELMANN, NJW 60, 217; GÜDE, NJW 60, 519). Sin embargo, la sospecha "suficiente" sólo alcanza para la cuestión referida a la comisión del hecho; el tribunal tiene que estar convencido de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la acción imputada (cf. KREY, II, núm. marg. 69).

a) En el auto de apertura "el tribunal admite la acusación para el juicio oral" (§ 207, I). Por consiguiente, el tribunal no exterioriza una posición propia, por sí mismo; en el juicio oral tampoco el presidente del tribunal lee el auto de apertura, sino que el fiscal lee la acusación (§ 243, III).

b) El auto de apertura *designa*, además, *el tribunal* ante el cual debe llevarse a cabo el juicio oral (§ 207, I, en relación con el § 209). En los casos de *competencia territorial móvil* (cf. *supra* § 7, A, IV), el tribunal tiene la posibilidad de corregir la decisión de la fiscalía sobre la competencia, cuando él aprecia sus presupuestos de modo distinto: si considera competente a un tribunal de grado inferior, puede abrir por sí mismo el procedimiento principal allí (§ 209, I); si quiere abrirlo ante un tribunal superior,

tiene que presentarle las actas para la decisión sobre la competencia (§ 209, II).

En cuanto a la relación de las cámaras penales generales con las *cámaras penales con competencia especial* (ver *supra* § 7, A, III, 2, c), éstas últimas son consideradas tribunales de grado superior, conforme al orden de jerarquía del § 74e, GVG; por consiguiente, pueden entregar una causa a una cámara de grado inferior con efecto obligatorio, mientras que la cámara de grado inferior tiene que presentar las actas a la cámara especial que considera competente para que decida (de modo vinculante) sobre la apertura (§ 209a, nº 1); la misma preeminencia le corresponde también a las cámaras que se ocupan de las causas de jóvenes y de la protección para la juventud (§ 209a, nº 2).

c) El auto de apertura también se puede *apartar de la acusación en cuanto al contenido,* en los cuatro casos previstos en el § 207, II (¡leerlo!). Cuando el objeto del procedimiento es modificado con respecto a la acusación (esto es, en los casos del § 207, II, nº 1 y 2), la fiscalía tiene que interponer una nueva acusación (§ 207, III). En los casos del § 207, II, nº 3 y 4, esto no es necesario porque sólo varía la apreciación jurídica (sin embargo, cf. § 243, III, 3 y 4); pero, en ese caso, el auto de apertura debe permitir reconocer (por lo menos en relación con la acusación) qué conjunto de circunstancias fácticas de los hechos investigados se subsume en los elementos legales del nuevo tipo penal, según la opinión del tribunal (BGHSt 23, 304; sobre una exigencia análoga en el caso de la acusación cf. *supra* § 38, E, V).

Si el tribunal niega que exista sospecha suficiente con respecto a un delito que concurre idealmente, no se trata, entonces, de un caso del § 207, II, nº 1, sino del § 207, II, nº 3; por consiguiente, no es procedente la queja inmediata de la fiscalía, conforme al § 210, II (BGH NStZ 89, 190).

d) La falta de un auto de apertura, un auto de apertura contradictorio (BayObLG StrV 85, 357) o insuficiente constituye un impedimento procesal y conduce al sobreseimiento. En ese caso, un procedimiento judicial posterior presupone una nueva acusación; no es suficiente la referencia a la acusación anterior (Frankfurt MDR 88, 78). Un auto de apertura es insuficiente, p. ej., cuando falta la firma de un juez (BGH StrV 83, 2, 318; 86, 329; de otra opinión BayObLG NStZ 89, 489, con comentario de NAUCKE, StrV 90, 397) o cuando no están indicados el lugar, la fecha, la víctima y los daños (BGH StrV 86, 329). No es un auto de apertura el auto que resuelve aceptar una causa remitida por otro tibunal (BGH StrV 84, 363; NStZ 87, 239). En cambio, el OLG Hamm, con demasiada amplitud, pretende ver un auto de apertura en la decisión sobre la continuación de la prisión preventiva que agrega la determinación de la fecha para el juicio oral (NStZ 90, 146, con reseña a favor de RIEß, JR 91, 34).

Sin embargo, tales defectos pueden ser subsanados aun en el juicio oral, antes de que el acusado declare sobre el hecho. Si el auto de apertura ha sido olvidado, su falta puede ser subsanada todavía en el juicio oral (BGHSt 29, 224; de modo similar Köln JR 81, 213, con comentario en contra de MEYER-GOßNER). En ese caso, el acusado y el defensor tienen derecho a la interrupción del procedimiento, de acuerdo con los §§ 217 y 218. Si ellos renuncian al cumplimiento del plazo de citación, el procedimiento debe continuar de inmediato (BGHSt 29, 224). La concesión de la posibilidad de subsanar la falta posteriormente no está libre de objeciones, ya que el tribunal estará dispuesto a abrir un juicio oral ya empezado, con mayor facilidad que si no fuera así (en sentido afirmativo KREY, II, núm. marg. 107; BEULKE, núm. marg. 294). No obstante, también el BGHSt 33, 167, rechaza la posibilidad de reparar la falta aún en el procedimiento de apelación (comentario a favor de NAUCKE, JR 86, 120). Con todo, los pequeños defectos del auto de apertura (p. ej., la integración incorrecta del tribunal de apertura) no lo tornan ineficaz y, por ello, tampoco pueden ser impugnados con el recurso de casación[1]. Sin embargo, si un auto de apertura no permite reconocer en qué variante de un tipo penal se subsumen los hechos, puede proceder la casación porque no fue posible ejercer una defensa adecuada (BGH NStZ 84, 133). Sobre los defectos de los autos de apertura que se realizan por llenado de formularios, cf. Celle JR 78, 347, con comentario crítico de PETERS. Según el BayObLG MDR 91, 890, un auto de apertura es eficaz incluso cuando se ha olvidado anotar en el formulario el nombre del procesado y el objeto del procedimiento. Sobre la problemática en su totalidad, cf. FEZER, 9/97-104.

En cuanto al problema de la revocación posterior de los autos de apertura, *infra* § 41, E.

2. Para la decisión negativa del tribunal existen varias posibilidades:

a) El tribunal *rechaza la apertura* del procedimiento principal cuando por motivos de hecho o de derecho se ha de esperar una absolución (§ 204, I), esto es, cuando no existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible, cuando existe un impedimento procesal definitivo o cuando el hecho cometido por el procesado no es punible[2].

b) En el procedimiento intermedio, el tribunal puede decidir el *sobreseimiento definitivo* por motivos de oportunidad, en los casos de los §§ 153, II, 153a, II, y 153b, II, ¡pero únicamente con el consentimiento de la fiscalía y del procesado!

c) El tribunal decide el *sobreseimiento provisional* del procedimiento en caso de ausencia del procesado (en tanto no sea procedente el procedimiento contra ausentes, §§ 285 y ss.) o cuando existen otros obstáculos temporarios en la persona del procesado (§ 205): p. ej, si éste perdió la razón después del hecho (cf., también, §§ 154, II, y 154b, IV). Más allá de ello, según una opinión acertada, aunque también discutida, el § 205 contiene el fundamento jurídico general conforme al cual ante la existencia de impedimentos procesales completamente temporarios (p. ej., cuando falta la instancia de persecución penal necesaria, pero ella puede ser ejercida aún) el procedimiento debe ser sobreseído provisionalmente (de otra opinión SCHLÜCHTER, StPR, 98).

[1] §§ 336, 2ª frase y 210; BGHSt 29, 351; BGH NStZ 81, 447, con reseña de RIEß; 85, 464; en contra de la aplicación del § 336, 2ª frase, a los autos de apertura NELLES, NStZ 82, 100.

[2] Se discute si –y en qué medida– es admisible un "doble fundamento" (rechazo tanto por motivos de hecho como de derecho, por un impedimento procesal y por motivos materiales). Con más detalles sobre esto, MARTIN, NStZ 95, 528.

Por el contrario, no se puede aplicar analógicamente el § 205 cuando un testigo no puede ser hallado o no está en condiciones de prestar declaración en un tiempo cercano; pues el acusado tiene derecho a que su procedimiento sea llevado a cabo en un tiempo razonable (Düsseldorf StrV 84, 412; Frankfurt NStZ 82, 218; Koblenz StrV 93, 513). Sin embargo, el caso es distinto cuando el impedimento puede ser eliminado en poco tiempo (MEYER-GOßNER, JR 84, 436).

3. El tribunal, dado el caso, tiene que decidir también sobre la *prisión preventiva* o sobre la *internación provisional*.

a) En la apertura del procedimiento principal, él debe decidir sobre la disposición o prolongación de la prisión preventiva, etc. (§ 207, IV).

b) En caso de rechazo de la apertura o de sobreseimiento definitivo del procedimiento, el tribunal debe *revocar* inmediatamente la orden de detención o de internación (§ 120, I, 2).

III. Recursos

1. En principio, el *auto de apertura* no puede ser recurrido por el acusado –¡así se lo llama ahora, § 157!–, ni por la fiscalía –excepción: § 210, II, 2° caso– (§ 210). Una nueva demora –después de los procedimientos preliminar e intermedio, de larga duración– ya no sería razonable; en el juicio oral, ambos (acusado y fiscal) tienen oportunidad suficiente para hacer oír su punto de vista. Contra el *auto que rechaza la apertura del procedimiento*, a la fiscalía le corresponde la queja inmediata (§ 210, II).

2. Si la queja tiene *éxito*, el procedimiento principal puede ser abierto por el mismo tribunal que resuelve la queja (§ 309, II) ante el tribunal cuya resolución ha sido recurrida, también ante otra cámara (§ 210, III, 1) o sección (arg. § 354, II), ante otra sala (§ 210, III, 2), o ante un tribunal vecino de igual grado. En virtud del principio del juez establecido por la ley, la apertura ante otro tribunal requiere motivos especiales (MARCELLI, 1986).

3. El auto por el cual ha sido rechazada la apertura del procedimiento principal, en tanto ya se haya vuelto irrecurrible por el transcurso del plazo para interponer la queja o por desestimación de la queja, pasa en autoridad de *cosa juzgada limitada*: ahora la acción sólo puede ser reanudada con fundamento en nuevos hechos o en nuevos elementos de prueba (§ 211). Ello rige también cuando la valoración jurídica que condujo al rechazo era incorrecta (cf. BGHSt 18, 225).

Capítulo 8
El procedimiento principal en primera instancia

§ 41. La preparación del juicio oral

Bibliografía: *Boergen*, Bindung an die Entsch. über die Besetzungsrüge usw., MDR 80, 619; *Bohnert*, Die Einstellungsbeschlüsse nach § 206 a, § 206 b StPO, GA 82, 166; *Brauns*, Die Besetzungsrüge und ihre Präklusion im Strafprozeßrecht, tesis doctoral, Köln, 1984; *Grossmann*, Die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses und der Anspruch des Angekl. auf Freispruch, tesis doctoral, Tübingen, 1986; *Hecker*, Rücknahme des Eröffnungsbeschlusses bei Fehlen oder Wegfall des hinreichenden Tatverdachts, JR 97, 4.

El procedimiento principal se divide, en cada instancia, en dos partes: la preparación del juicio oral y el juicio oral en sí mismo. La *preparación del juicio oral* está regulada en los §§ 213/225. La preparación del juicio oral comprende:

1. la fijación del término (§§ 213 y 217; *infra* A);
2. las citaciones al juicio oral (§§ 214, 216, 218/222; *infra* B);
3. el procurar los medios de prueba (§§ 214, 219 y 221);
4. en los juicios en primera instancia ante el LG o ante el OLG, la comunicación de la integración del tribunal (§ 222a) y la identificación de los testigos (§ 222), cf. *infra* C;
5. en determinadas circunstancias, la recepción parcial y anticipada de prueba (§§ 223/225; *infra* D).

A. La **fijación del término** es efectuada por el presidente del tribunal (§ 213). Para ello debe tener presente que entre la notificación de la citación al acusado y el término fijado debe existir un plazo de una semana. Este plazo se denomina plazo de *inactividad* o plazo de *citación*. Si el plazo no es observado, el acusado puede exigir que el juicio oral sea interrumpido (§ 217): el acusado no está citado en debida forma. Si él no comparece, el juicio oral debe ser aplazado; en ese caso, la conducción forzada y la detención conforme al § 230, II, no son admisibles. Sin embargo, la inobservancia del plazo de citación no constituye un motivo de casación (BGHSt 24, 143).

B. Las citaciones

I. Destinatarios

Son citados: el acusado, el defensor, los testigos y los peritos.

1. La citación del *acusado* varía según se encuentre o no en libertad. En el primer caso, ella se realiza por escrito, bajo el apercibimiento de que en caso de ausencia injustificada se llevará a cabo su detención o su conducción forzada; en el último caso se le puede dar a conocer el término sin necesidad de formas especiales (§ 216).

2. El *defensor* nombrado debe ser citado siempre, el defensor elegido sólo cuando la elección le ha sido dada a conocer al tribunal (§ 218). En el segundo caso, ante el peligro de revocación de la sentencia, la citación también se debe realizar cuando, hasta ese momento, no ha sido presentado el poder (BGHSt 36, 259). También el defensor tiene derecho a la observancia del plazo de inactividad. Si el plazo no es observado, él puede exigir una suspensión (§ 218, 2ª frase); el rechazo de la suspensión, en general, constituye un motivo de casación conforme al § 338, nº 8 (BGH NStZ 85, 229; BayObLG StrV 85, 140; con comentario de SIEG a las dos decisiones, StrV 86, 3).

3. Además, deben ser citados los *testigos* y los *peritos*, a saber:

a) los mencionados por la fiscalía en la acusación o posteriormente,

b) los citados de oficio por el tribunal (§ 221) y

c) los ofrecidos por el acusado. La decisión sobre los requerimientos la toma el presidente del tribunal (§ 219). Él sólo puede rechazarlos por los mismos motivos que, según el § 244, III/V, también autorizan al tribunal decisor para ello. Sin embargo, el presidente del tribunal no puede rechazar un requerimiento con el fundamento de que el hecho sometido a prueba se presume verdadero (cf. *infra* § 43, C), pues esa decisión únicamente puede ser tomada en virtud del resultado de la recepción de la prueba y, por ello, le corresponde exclusivamente al tribunal que decide en la causa (BGHSt 1, 51; *Kl/M*, § 219, núm. marg. 3).

El rechazo de un requerimiento formulado conforme al § 219 es siempre sólo una decisión *provisional*, dado que únicamente el tribunal actuante en el juicio oral está facultado para rechazar de manera definitiva (§ 244, VI). Por ello, los requerimientos rechazados pueden ser reiterados en el juicio oral; bajo ciertas circunstancias, el acusado debe ser advertido al respecto (¡por consiguiente, el rechazo de requerimientos que sólo fueron ofrecidos en la etapa de preparación del juicio oral, y que no fueron reiterados en el juicio oral, no constituye un motivo de casación!).

II. Competencia

Según las nuevas disposiciones introducidas por la 1. StVRG, las citaciones son ordenadas por el presidente del tribunal y son efectuadas por la secretaría del tribunal (§ 214, I). Sin embargo, la fiscalía puede citar directamente a otras personas (§ 214, III); y, en general, ella efectúa también el traslado y presentación de los objetos que servirán como medios de prueba (§ 214, IV).

El *acusado* tiene derecho a *citar directamente* a testigos y peritos al juicio oral y, por cierto, no sólo cuando el tribunal ha rechazado el requerimiento de citación de esa persona (§ 220). Esta disposición, en relación con el precepto del § 245, II, 1, según el cual los testigos y peritos citados por el acusado conforme al § 220, y que también hubieran comparecido, deben ser interrogados, en principio, en virtud del requerimiento de prueba, es de gran importancia. En este caso, la citación se realiza a través del oficial de justicia –al que el acusado le tiene que encargar que la efectúe– (§ 38). Las personas citadas directamente sólo están obligadas a asistir

cuando el acusado les ofrece al contado la indemnización para los gastos de testigos (a través del oficial de justicia) o cuando ella ya fue depositada (§ 220, II). El testigo tampoco tiene que asistir cuando la citación persigue exclusivamente su difamación o la agitación política y, por ello, constituye un abuso del derecho (cf. KG JR 71, 338, con comentario de PETERS; crítico WAGNER, JuS 72, 315).

C. La comunicación de la integración del tribunal y la identificación de los testigos

1. En los juicios de primera instancia ante el LG o ante el OLG, el presidente del tribunal debe comunicar al acusado y a la fiscalía la integración del tribunal, con inclusión de los posibles jueces sustitutos o escabinos; esta comunicación debe hacerse por escrito para cada juicio oral, en lo posible simultáneamente con la citación o bien una semana antes del juicio oral, pero a más tardar a su comienzo (cf. sobre esto § 192, II y III, GVG, así como *infra* § 42, E, I, 2); si antes del juicio oral se modifica la integración, también debe ser comunicada la modificación (§ 222a). A la vez, se debe ordenar que los documentos importantes para la integración del tribunal estén preparados por la secretaría, para que puedan ser examinados (cf. § 222a, III).

Esta obligación de comunicar forma parte de un conjunto de medidas legislativas, a través de las cuales la StVÄG 1979 pretende reducir el número de procesos penales que deben ser reiterados únicamente a raíz de una integración incorrecta del tribunal (defectos o inobservancia de la planificación del reparto de trabajo, error en la elección de los escabinos), en virtud del éxito del motivo de casación referido a la integración del tribunal (cf. § 338, nº 1, versión anterior): el § 222b impone a los intervinientes la carga procesal de examinar, por su parte, la corrección de la integración y de hacer valer las eventuales objeciones, junto con los hechos que las fundamentan, hasta el comienzo del interrogatorio sobre el hecho del primer acusado (§ 222b, I). Sólo existe un motivo de casación posterior, basado en que la integración del tribunal fue contraria a las disposiciones, cuando los intervinientes han alegado una objeción tal, de acuerdo con la forma y dentro del plazo determinados, y únicamente en tanto la hayan justificado con hechos (preclusión de la instancia, § 338, nº 1; al respecto *infra* § 53, E, II, 2, a). Si el tribunal que decide sobre la integración (§§ 76, I, 2, y 122, I, GVG) considera que la objeción está fundada, "determina así que no está integrado de forma contraria a las disposiciones legales"; en ese caso, la realización de una modificación es materia de los órganos competentes conforme al Derecho de organización de los tribunales. Si el tribunal considera que la objeción es inadmisible o infundada, la rechaza por auto irrecurrible (§ 305). No obstante, si en el transcurso del juicio oral resulta que el tribunal está integrado de forma contraria a las disposiciones, él está vinculado a ese auto, con la consecuencia de que el procedimiento debe continuar. Pero, entonces, el acusado tiene derecho a re-

clamar por la integración incorrecta a través del recurso de casación[1]. Sobre la aplicación de las nuevas prescripciones, que no atentan contra el principio del juez establecido por la ley (BVerfG NStZ 84, 370), cf. además, RIEß, JR 81, 89.

2. Conforme al § 222, el tribunal tiene que comunicar oportunamente a la fiscalía y al acusado el nombre de los testigos y peritos citados y debe indicar su domicilio o lugar de residencia, siempre que, según el § 222, I, 3, en relación con los §§ 200, I, 3/4 y 68, no exista una restricción a la mención de la dirección en la que se debe realizar la citación o una prohibición de revelar la identidad del testigo. Si esta comunicación no se realiza a su debido tiempo, en determinadas circunstancias puede proceder una interrupción (§ 246, II/IV; con más detalles BGH StrV 90, 196 y s., con comentario crítico de ODENTHAL). Si, de forma contraria a las disposiciones, no se da a conocer el domicilio, sólo es procedente una interrupción cuando, precisamente, el conocimiento del domicilio es importante para las investigaciones (BGH NStZ 90, 352; cf. también *supra* § 26, B, IV). Una dirección equivocada tampoco justifica que se renuncie a la citación del testigo (Stuttgart NStZ 90, 356).

D. Fuera de ello, en este período se realiza, eventualmente, como parte anticipada del juicio oral (en contra de esta caracterización RANFT, núm. marg. 1405), la **recepción de la prueba ante el juez comisionado o requerido** (sobre estos conceptos cf. los §§ 361 y 362, ZPO), esto es, se lleva a cabo el interrogatorio de testigos o peritos que probablemente no podrán asistir al juicio oral, p. ej., a causa de una enfermedad o porque se hallan en el extranjero. Mientras que el interrogatorio de testigos antes del juicio oral sólo es admisible en los casos de excepción previstos en el § 223, la realización anticipada de una inspección ocular depende del poder discrecional del juez (arg. §§ 225 y 224). Los intervinientes en el proceso están autorizados a estar presentes en esta **recepción de la prueba por comisión,** pero no están obligados a ello (ver, en particular, § 224). Las observaciones del juez comisionado acerca de la credibilidad de un testigo interrogado por exhorto pueden ser introducidas en el juicio oral a través de un informe oral; pero éste no constituye una declaración testimonial del juez –con la consecuencia del § 22, nº 5– (FOTH, MDR 83, 716; discutido).

Según la opinión dominante –que no está libre de objeciones– en lugar de ordenar una recepción de la prueba por comisión, el tribunal puede también llevar adelante todo el juicio oral o parte de él en el lugar de residencia del testigo, perito o acusado, sin consideración a las limitaciones de su distrito judicial (BGHSt 22, 250, 253, con remisión al § 166, GVG; asimismo *Kl/M*, § 166, GVG, núm. marg. 1).

E. Si en esta etapa se evidenciara acaso la inocencia del acusado, en general, el desarrollo del procedimiento que conduce al juicio oral ya no puede ser "detenido"; ¡con la apertura del procedimiento principal el acusado adquiere el derecho a rehabilitarse en un juicio público! Sin embargo, rigen varias excepciones a este principio: en caso de que sólo en este momento surja o se manifieste un impedimento procesal, el tribunal puede sobreseer por auto el procedimiento, por fuera del juicio oral (§ 206a); si debido a una modificación legal el hecho ya no es punible, está incluso obligado a hacerlo (§ 206b); además, el sobreseimiento por motivos de oportunidad también puede llevarse a cabo, todavía, antes del comienzo del juicio oral (cf. §§ 153, II, 153a, II, y 153b, II). Según el LG Nürnberg-Fürth NStZ 83, 136, un auto de apertura también debe poder ser revocado cuando fue dictado sobre la base de actas incompletas y una vez completadas las actas ya no existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible. No obstante, esta opinión debe ser rechazada, ya que de ese modo se le escatima al acusado la absolución definitiva, que le brinda una mejor protección que el § 211, frente a una nueva persecución (RIEß, NStZ 83, 247; K. MEYER, JR 83, 257; LG Lüneburg NStZ 85, 41). A lo sumo, en aplicación analógica del § 206a, por motivos de economía procesal y para evitar un juicio oral, que también en caso de absolución resulta una carga para el acusado, se podría considerar la procedencia de la revocación del auto de apertura, dictando al mismo tiempo el auto que impide la apertura, cuando la sospecha es inexistente ya antes del comienzo del juicio oral (ULSENHEIMER, NStZ 84, 440; HECKER, JR 97, 4) o cuando el acusado lo solicita por sí mismo (HOHENDORF, NStZ 85, 399; de modo similar GROSSMANN, 1986); aquí parece quizá justificable la renuncia al efecto de cosa juzgada de la absolución.

[1] Cf. *LR*-GOLLWITZER, 25ª ed., § 222b, núm. marg. 38; WAGNER, JR 80, 50; BOERGEN, 1980; de otra opinión KG MDR 80, 688; *SK*-SCHLÜCHTER, § 222b, núm. marg. 24.

§ 42. El juicio oral

Bibliografía: *Koeniger,* Die HV in Strafsachen, 1966; *W. Schmid,* Die "Verwirkung" von Verf.rügen im Strafprozeß, 1967; *Fezer,* Die Funktion der mündl. Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß, 1970; *Rieß,* Die Durchführung der HV ohne Angekl., JZ 75, 265; *Kumlehn,* Die gerichtl. Fürsorgepflicht im Strafverf., tesis doctoral, Göttingen, 1976; *Plötz,* Die gerichtl. Fürsorgepflicht im Strafverf., tesis doctoral, Mannheim, 1980; *Weißmann,* Die Stellung des Vorsitzenden in der HV, 1982; *Schild,* Der Strafrichter in der HV, 1983; *ter Veen,* Die Beschneidung des Fragerechts usw., StrV 83, 167; *Bohnert,* Beschränkungen der strafproz. Revision durch Zwischenverf., 1983, 137; *Hübner,* Allg. Verf.grundsätze, Fürsorgepflicht oder fair trial?, 1983; *Jung,* Der sog. Grundsatz der gerichtl. Fürsorgepflicht, Recht und Gesetz im Dialog II, Saarbrücker Vorträge, 1985, 107; *Stein,* Die Anwesenheitspflicht des Angekl. in der HV, ZStW 97 (1985), 302; *Fezer,* Strafprozeßrecht, 1986; *Schlothauer,* Gerichtl. Hinweispflicht in der HV, StrV 86, 213; *Hassemer,* Gefährl. Nähe: Die Entfernung des Angekl. aus der HV (§ 247 StPO), JuS 86, 25; *Küpper,* Die Hinweispflicht nach § 265 StPO bei verschied. Begehungsformen desselben Strafgesetzes, NStZ 86, 249; *Erker,* Das Beanstandungsrecht gem. § 238 II StGB, 1988; *Meyer-Goßner,* Die Entwicklung der Rspr. zum Begriff der "Vernehmung" in § 247 StPO, Pfeiffer-FS, 1988, 311; *Niemöller,* Die Hinweispflicht des Strafrichters, 1988; *Schlothauer,* Hilfsbeweisantrag - Eventualbeweisantrag - bedingter Beweisantrag, StrV 88, 542; *Gollwitzer,* Die Verf.stellung des in der HV nicht anwesenden Angekl., Tröndle-FS, 1989, 455; *Hammerstein,* Verteidigung mit dem letzten Wort, *ibidem*, 485; *idem,* Die Grenzen des Erklärungsrechts nach § 257 I StPO, Rebmann-FS, 1989, 233; *Scheffler,* Rückkehr zur bisherigen Rechtsauffassung nach einem rechtl. Hinweis gem. § 265 I StPO ohne erneuten Hinweis?, JR 89, 232; *Hänlein/Moos,* Zu Reichweite und revisionsrechtl. Problematik der Hinweispflicht nach § 265 I StPO, NStZ 90, 481; *Gollwitzer,* Das Fragerecht des Angekl., Meyer-GS, 1990, 147; *Häger,* Zu den Folgen staatsanwaltl. in der HV begangener Verf.fehler, *ibidem*, 171; *Schlüchter,* Wider die Verwirkung von Verf.rügen im Strafprozeß, *ibidem*, 445; *Rupp,* Haftbefehl gem. § 230 II StPO im Rahmen von Großverf., NStZ 90, 576; *Stehmeyer,* Symbole und Rituale in der HV im Strafverf., tesis doctoral, Münster, 1990; *Böttcher,* Die HV als pädagog. Veranstaltung?, Hanack-FS, 1991, 21; *Hammerstein,* Beschränkung der Verteidigung durch Hinaus-

schieben der Beratung und Urteilsverkündung, *ibidem*, 71; *Maatz*, Die Fortsetzung der HV in Abwesenheit des Angekl., DRiZ 91, 200; *Hammerstein*, Kann die Reihenfolge der Beweiserhebung das Urteil beeinflussen?, Schmitt-FS, 1992, 323; *Julius*, Zur Disponibilität des strafproz. Anwesenheitsgebots, GA 92, 295; *Maatz*, Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der HV und Rügeverlust, NStZ 92, 513; *Widmaier*, Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der HV und Rügeverlust(?), NStZ 92, 519; *Basdorf*, Reformbedürftigkeit der Rspr. des BGH zu § 247, Salger-FS, 1995, 203; *Zieschang*, Die Problematik der wiederholten Anwendung des § 229 III StPO, StrV 96, 115; *Burhoff*, Handbuch für die strafrechtliche HV, 1997; *Gillmeister*, Die Hinweispflicht des Tatrichters, StraFo 97, 8.

A. Importancia

Tradicionalmente, el juicio oral es considerado el punto culminante de todo el proceso penal. Sin embargo, en la actualidad, esta afirmación debe ser relativizada, ya que una gran parte de los procedimientos penales termina sin juicio oral (cf., p. ej., *supra* § 14, *infra* § 66) y porque el juicio oral, aun cuando se lo lleva a cabo, es, en medida considerable, prejudicializado a través del procedimiento de investigación y del auto de apertura (cf., p. ej., *supra* §§ 37, antes del punto A, D, y 40, A). No obstante, sólo en el juicio oral se produce el pronunciamiento definitivo, que provoca el estado de cosa juzgada y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Todas las pruebas deben ser producidas aquí nuevamente, de conformidad con los principios de oralidad e inmediación (sobre esto *infra* § 44), según las reglas de prueba rigurosas (al respecto *supra* § 24) y bajo el control que proporciona la publicidad (sobre esto *infra* § 45). La sentencia sólo puede ser obtenida de la "totalidad del juicio oral" (§ 261). En ninguna otra parte del proceso está desarrollado el derecho a ser oído conforme a la ley (ver *supra* § 18, B, I, 1) de forma tan amplia como en el juicio oral (interrogatorio sobre la persona y sobre el hecho, derecho a formular preguntas a testigos y aclaraciones posteriores, última palabra, §§ 243, 240, II, 257 y 258). Sin embargo, hoy como antes, el juicio oral le sigue ofreciendo al acusado (y también al defensor comprometido) grandes oportunidades para luchar por una absolución o por una decisión sancionatoria más leve.

B. Partes importantes

I. Comienzo del interrogatorio del acusado

Tanto el *desarrollo del juicio oral*, como el interrogatorio del acusado han sido ya expuestos (*supra* §§ 5, B, III, y 25, III). Antes del comienzo del interrogatorio sobre el hecho existe una cesura importante para los derechos del acusado (§ 243, IV): en principio, con la contestación material de la acusación, él pierde la facultad de objetar la incompetencia territorial del tribunal (§ 16), o la incompetencia de la cámara penal según el § 6a, o, en los casos del § 222a (cf. sobre esto *supra* § 41, C), la integración del tribunal contraria a la ley (§ 222b, I, ver también II).

Según el § 6a, 3ª frase, la incompetencia tampoco puede ser alegada posteriormente, cuando sólo se justifica la competencia de un tribunal de jurados por la muerte de la víctima durante el juicio oral (BGHSt 30, 187, con reseña de SCHLÜCHTER, JR 82, 511).

II. Lectura de la acusación

Si el tribunal omite una de las partes del procedimiento previstas en el § 243, existe, en principio, un vicio procesal revisable en casación. Esto rige, en especial, para el caso frecuente de que se olvide leer la acusación (§ 243, III, 1). Es que en ese caso, a menudo, los escabinos –quienes no conocen la acusación– al comienzo de los interrogatorios no están en condiciones de apreciar de qué se trata en particular. Esto dificulta su comprensión y puede influir en la sentencia (BGHSt 8, 283; NStZ 86, 39, 374). La casación no es procedente cuando se omite la lectura de la acusación en casos completamente sencillos (BGH NStZ 95, 200, con comentario crítico de KREKELER, NStZ 95, 299) y ante el juez penal; pues en estos casos la sentencia no puede fundarse en la infracción, ya que no es de temer que un juez se desoriente (BGH NStZ 82, 518). Sobre la lectura de una acusación que contiene valoraciones probatorias inadmisibles, cf. *infra* § 44, B, I, 1. También en el caso de que el tribunal se aparte del orden previsto para el desarrollo del procedimiento se debe afirmar, en general, la existencia de un vicio procesal revisable en casación (BGH StrV 82, 457; NStZ 81, 111; 82, 170, 431; 84, 521). Si el tribunal, p. ej., en oposición a lo dispuesto por los §§ 243, IV, y 244, I, comienza con el interrogatorio a los testigos, antes de haber tomado declaración sobre el hecho al acusado, esa lesión a las reglas del procedimiento puede influir en la sentencia, porque al acusado se le quitó la posibilidad de dar a conocer primero a los jueces su visión de lo sucedido (BGH StrV 90, 245). Sólo en las así llamadas *causas de atracción*, esto es, en los procedimientos penales que tienen por objeto un número plural de hechos individuales, está permitido, en ciertas circunstancias, dividir la materia procesal completa en grupos particulares de hechos, a discutir por secciones (BGH StrV 91, 148). Después de una declaración general del acusado sobre el hecho, el interrogatorio se circunscribe aquí, en primer lugar, al respectivo suceso parcial; una vez concluido, se realiza inmediatamente la recepción de la prueba (cf. BGHSt 10, 342). Sin embargo, este proceder, absolutamente conveniente en las causas extensas, no puede conducir a un menoscabo del derecho del acusado de "conducir su defensa de antemano en forma continua y de hacer que el tribunal, en la recepción de la prueba subsiguiente, considere los puntos de vista reclamados por él" (cf. BGHSt 19, 93, 97). Por ello, cuando se trata de hechos individuales nunca está permitida una organización del procedimiento que se aparte del § 243, en contra de la voluntad del acusado o de su defensor. En cambio, el orden de incorporación de la prueba, en principio, es un asunto que le compete al presidente del tribunal, pero debe satisfacer los principios del *fair trial* (HAMMERSTEIN, 1992).

III. Última palabra del acusado

La *última palabra* en el juicio oral le corresponde siempre al acusado. Si él no tiene defensor, entonces toma la palabra para alegar después de la fiscalía (§ 258, I); si la fiscalía replica, el acusado debe tener la posibilidad de una nueva toma de posición (§ 258, II). Si el acusado tiene defensor, su defensor habla después de la fiscalía (cf. también BGH NJW 76, 1951); en casos difíciles o cuando las recepciones de prueba son muy extensas, el juicio oral puede ser suspendido, a pedido del defensor, por un tiempo razonable para la preparación de su informe final (KG NStZ 84, 523). Aun cuando un defensor haya informado, al acusado siempre se le debe "preguntar si él mismo tiene todavía algo que agregar en su defensa" (§ 258, II). La "última palabra" es, por un lado, la concreción del derecho a ser oído conforme a la ley (cf. *supra* § 18, B, I, 1), pero, por otro, va más allá de esta garantía mínima del Derecho constitucional, en favor del acusado. Pues el art. 103, I, GG, sólo exige que el acusado sea oído, pero no que él tenga siempre la última palabra. La amplia finalidad del § 258, II y III, reside en que el acusado tiene que poder expresarse concluyentemente sobre toda la materia del proceso y en que los jueces deben retirarse a la sala de deliberaciones con la impresión reciente y última de su persona y de su visión de lo sucedido. También se le debe posibilitar al acusado la más amplia libertad de defensa. El tribunal debe oír también las aclaraciones sobre aquellas circunstancias a las cuales no debe extenderse la recepción de la prueba, cuando el acusado las considera importantes para la explicación de sus motivos (BGH StrV 85, 355). El tribunal –a diferencia del caso de otros requerimientos y propuestas sobre las cuestiones procesales– no puede exigir que los requerimientos indicados en el § 258 sean presentados por escrito (§ 257a, 2ª frase).

En caso de una reincorporación posterior tardía al juicio oral (BGH MDR/H 84, 799), siempre se debe conceder nuevamente la última palabra (BGHSt 20, 273; 22, 278). La última palabra del acusado sólo puede omitirse ante su renuncia expresa; si él no pone reparos en que no se le conceda la última palabra, no se puede derivar de ello una renuncia que tenga como efecto la pérdida de la posibilidad de reclamar en casación, como suele hacerlo en general la jurisprudencia si no se ha provocado la emisión de un auto del tribunal conforme al § 238, II (ver *infra* D, II, 2, y BGHSt 3, 268). Si el acusado ha sido alejado de la sala de audiencias del tribunal, en virtud del § 231b, a causa de su conducta contraria al orden, se debe permitir nuevamente su presencia para la última palabra o, cuando menos, ello se debe intentar, si es que no parece estéril, desde un principio (BGHSt 9, 77). Ante una violación del § 258, II y III, la casación en razón del § 337 debería conducir siempre a la revocación, porque nunca se puede descartar el hecho de que una última intervención del acusado podría haber influido, por lo menos, en la medición de la pena; por tanto, el § 337 actúa como un motivo absoluto de casación (sobre esto BVerfGE 54, 140). De modo distinto –y objetable– BGHSt 22, 278; NStZ 84, 521, a favor de "casos especiales de excepción", en los cuales el acusado no hubiera podido aportar nada más para el mejoramiento de su situación; la declaración posterior de la inexistencia, desde un principio, de una posibilidad semejante, contraría el fin de la ley. A lo sumo, puede regir algo distinto cuando el acusado abusa de su última palabra para formular siempre el mismo requerimiento inadmisible (BGH NStZ 85, 464). Recientemente, el BGH ha aumentado además los requisitos establecidos por el § 344, II, 2, referentes a la demostración necesaria del vicio procesal, acerca de que no se ha concedido la última palabra, al exigir que se exponga todos los actos procesales que precedieron al pronunciamiento de la sentencia (BGH StrV 95, 176, con reseña crítica de VENTZKE). Sobre todo esto: MILHAHN, *Das letzte Wort des Angekl.*, tesis doctoral, München, 1971; HANACK, JZ 72, 275; SCHLOTHAUER, NStZ 84, 134; HAMMERSTEIN, 1989.

C. Suspensión e interrupción

I. La máxima de concentración como fundamento

El juicio oral debe ser realizado, en lo posible, de una sola vez, es decir, sin interrupción hasta el pronunciamiento de la sentencia (la llamada *máxima de concentración*, ver *supra* § 16, C).

Este requisito es consecuencia de los principios de inmediación y de oralidad, pues cuando el juicio oral se ha realizado hace mucho tiempo o es interrumpido con demasiada frecuencia, los jueces corren el peligro de extraer su conocimiento ya no de la memoria, sino de las actas de actuaciones anteriores. Por esa razón, el § 268, III, 2, prescribe que el pronunciamiento de la sentencia tiene que realizarse "a más tardar al undécimo día" después de concluido el juicio oral; de lo contrario, se lo deberá comenzar de nuevo. En los procedimientos que duran mucho tiempo, este plazo puede ser suspendido en caso de enfermedad del acusado (por un máximo de seis semanas; §§ 268, III, 3, y 229, III). El concepto de "juicio" no comprende la deliberación; pues, en caso de que la deliberación durara demasiado tiempo, también se perturbaría la inmediación del recuerdo cuando, finalmente, el pronunciamiento se realizara dentro de los once días una vez concluida la deliberación. Una lesión del § 229 conduce, en general, a la revocación de la sentencia en virtud del § 337 (Karlsruhe StrV 93, 66).

II. Reglas para la suspensión e interrupción

No obstante, si resulta que el juicio oral no puede ser realizado de una sola vez, se debe diferenciar entre la suspensión más breve, que en general dura, a lo sumo, diez días (¡§ 229!), y la interrupción, que supera en su duración al plazo de suspensión admisible.

1. Una suspensión más breve (de hasta diez días) es ordenada por el presidente del tribunal (§ 228, I). Según las nuevas disposiciones introducidas por la 1. StVRG, en casos excepcionales se puede admitir también suspensiones más largas, pero en ese caso sólo puede ordenarlas el tribunal (§§ 228, I, 1; 229, II). Si la suspensión es ordenada por el presidente, en lugar de serlo por el tribunal, rara vez tendrá éxito un recurso de casación que se base en esta circunstancia, debido a que, en general, la sentencia no se fundará en ello (BGHSt 33, 217). A través de la prórroga del plazo de suspensión se pretende eliminar las dificultades que creaba el plazo de diez días, que hasta ahora regía sin excepciones en los procedimientos extensos (sobre esto HERRMANN, ZStW 85 [1973], 284 y siguiente). Ahora, conforme al § 229, II, 1, un juicio oral también puede ser suspendido, por una vez, hasta treinta días, cuando se hubiera procedido ya durante 10 días; fuera de ello, son admisibles, sin más, otras suspensiones de hasta diez días. Si con posterioridad a la suspensión de treinta días otra vez se hubiera continuado el juicio durante, por lo menos, diez

días, según el § 229, II, 2, es procedente una segunda suspensión de treinta días. Adicionalmente, en los juicios orales que ya llevan más de un año de duración es admisible una suspensión de hasta treinta días, siempre por una vez en el plazo de doce meses, cuando, antes de ello, el juicio oral ha sido llevado a cabo, por lo menos, durante diez días (§ 229, II, 3). El transcurso de estos plazos se suspende en caso de enfermedad del acusado, si el juicio oral ya ha tenido lugar durante, por lo menos, diez días (por un máximo de seis semanas; § 229, III)[1]; esta disposición de excepción no puede ser aplicada analógicamente a la enfermedad de otros intervinientes en el procedimiento (p. ej., de un escabino; BGH NStZ 97, 503). Al cabo de la suspensión, el juicio continúa en el lugar en que fue suspendido. Si, contrariamente a lo esperado, la suspensión dura más de diez días, o bien, en el caso de excepción, más de treinta días, ella produce el efecto de una interrupción (ver *infra* 2), por consiguiente, hay que reiterar el procedimiento completo (§ 229, IV, 1; si el transcurso del plazo se cumpliera un sábado, domingo o día festivo, conforme al § 229, IV, 2, el juicio puede continuar el día laborable siguiente).

Un término para la realización de una audiencia sólo puede suspender el transcurso del plazo máximo de diez días, cuando en esa audiencia la causa ha sido realmente activada (BGH StrV 96, 528). Una audiencia puramente formal, en la que únicamente se discute la inasistencia de una testigo, no es suficiente para ello (Celle StrV 92, 101).

2. La *interrupción* (denominada también *aplazamiento* en la práctica) debe ser diferenciada de la suspensión más breve, en función solamente de su duración real, independientemente de la denominación que en su decisión le ha dado el tribunal (RGSt 58, 358; BGH NJW 82, 248). Ella requiere un auto del tribunal (§ 228, I, 1) y su consecuencia es que, posteriormente, el juicio oral debe ser comenzado de nuevo (§§ 228 y 229). La lesión de estos preceptos constituye un motivo relativo de casación, conforme al § 337 (ver *infra* § 53, E, I, 1).

3. Por un lado, el tribunal está obligado o autorizado a suspender o interrumpir de oficio el juicio oral, y, por el otro, existe una obligación sólo por requerimiento de algún interviniente.

a) El acusado tiene derecho a ello, p. ej., en caso de una ampliación posterior de la acusación (§ 266, III: suspensión), en caso de inobservancia del plazo de citación (§ 217, II: interrupción) y en caso de aparición de nuevas circunstancias de cargo (§ 265, III: suspensión); cf., además, § 246, II/IV (sobre esto BGHSt 37, 1). En cambio, no tiene derecho a la interrupción del procedimiento el acusado que pretende obtener la revocación de la decisión estatal acerca de la exclusión de un testimonio (p. ej., de un informante, cf. *infra* § 44, B, IV) en otro procedimiento judicial (BGH NStZ 85, 466).

[1] Sobre la problemática de una aplicación reiterada del § 229, III, ZIESCHANG, StrV 96, 115.

b) Una suspensión o interrupción debe ser ordenada de oficio cuando se considera necesaria una pausa a la hora de almorzar o se hace indispensable la continuación al día siguiente (suspensión), cuando sólo en el juicio oral se nombra obligatoriamente un defensor (§ 145; según la situación, suspensión o interrupción, ver BGHSt 13, 337) o cuando resulta necesario aportar otros medios de prueba y por último, en general, con motivo del deber de asistencia judicial cuando la suspensión o interrupción parecen indispensables para la preparación suficiente de la defensa (cf. § 265, IV, en el que la interrupción depende del poder discrecional del tribunal). Si sólo poco antes de la finalización del juicio, el tribunal advierte que es factible una condena en virtud del § 211, en lugar del § 212, StGB, una suspensión de dos horas no es suficiente para preparar la defensa contra el reproche modificado; en ese caso, la sentencia debe ser casada, conforme al § 338, nº 8, por lesión del deber de asistencia judicial (BGH NStZ 93, 400). No es admisible prolongar el plazo más allá de once días -análogamente al § 229, II- (BGH MDR/H 82, 283).

c) Se puede ordenar una suspensión para aclarar una cuestión prejudicial civil, § 262, II.

D. Dirección

I. Dirección material y dirección formal del juicio

1. *La dirección* del juicio oral y la recepción de la prueba le corresponden, *en principio*, al *presidente* del tribunal de juicio (§ 238, I; sobre la importancia de esta regulación para la estructura del procedimiento, cf. *supra* § 17, sobre su problemática *infra* G, I); a él le corresponde también el ejercicio del *poder de policía de la audiencia* (§ 176, GVG). Sólo ciertos actos individuales y especialmente importantes de la dirección del juicio le están reservados, desde un principio, al cuerpo colegiado; cf. §§ 27, I, 228, I, 1, 231a, 231b, 236, 237, 244, IV, 247, 251, IV, 266 y 270, StPO; 172 y 178, GVG.

2. En cuanto a las medidas que corresponden al presidente se debe diferenciar entre la *dirección material* y la *dirección formal del juicio*[2].

a) Mientras que los intervinientes (esto es, no sólo la fiscalía y el acusado, sino también todos los demás) pueden acudir al tribunal, como cuerpo colegiado, contra una disposición del presidente referida a la *dirección material del juicio*, y en ese caso decide el tribunal por auto fundado (§§ 238, II, y 34), contra una medida que se refiere a la *dirección formal* no existe remedio jurídico alguno, de modo tal que la delimitación, discutida en particular, es extremadamente importante (cf. la instructiva síntesis en *SK*-SCHLÜCHTER, § 238, núm. marg. 10). En tanto anteriormente todas las medidas referidas a la organización externa del procedimiento eran consideradas parte de la dirección formal del juicio, según la opinión actualmente dominante todas las disposiciones revisables conforme a categorías *jurídicas* pertenecen a la dirección material, de manera que para la direc-

[2] Sobre esto, en particular, *KMR*-PAULUS, § 238, núm. marg. 3 y ss.; en contra de esta diferenciación GÖSSEL, § 21, A, II, a, 1; ERKER, 1988, 17 y ss.; KREY, II, núm. marg. 674; BEULKE, núm. marg. 373.

ción formal del juicio sólo quedan las medidas contra las que únicamente se puede protestar desde el punto de vista de su *razonabilidad*.

b) En la práctica, esto significa que *todas* las disposiciones del presidente protestadas por los intervinientes pueden ser revisadas por el tribunal, pero sólo con respecto a su adecuación a derecho, no con relación a su conveniencia. P. ej., la continuación del juicio a altas horas de la noche es, en sí, sólo una medida formal; pero tan pronto como el acusado reclama esta medida en virtud del § 136a, invocando su cansancio, el tribunal debe decidir sobre ello como disposición referida a la dirección material. Asimismo, bajo ciertas circunstancias, también el alejamiento de testigos y peritos dispuesto por el presidente, según el § 248, medida que en sí pertenece a la dirección formal del juicio, puede adquirir relevancia jurídica. Por consiguiente, si se permite el alejamiento de un testigo antes de que el acusado pueda formular más preguntas, esto puede ser impugnado mediante el recurso de casación (Stuttgart NStZ 94, 600). Por el contrario, p. ej., las decisiones sobre la prestación de juramento de los testigos o sobre la lectura de actas, ya por su naturaleza, son propias de la dirección material y, por tanto, pueden ser examinadas por el tribunal en cada caso. Sobre el derecho de protesta del § 238, II, detalladamente ERKER, 1988.

II. Protesta conforme al § 238, II, y pérdida del motivo para recurrir

Es muy discutido el significado del § 238 en caso de una *impugnación* de la posterior sentencia.

1. Contra un auto contrario a la ley, emitido en virtud del § 238, II, no se puede interponer recurso de queja (¡§ 305!), pero en ciertas circunstancias resulta de él un motivo absoluto de casación (§ 338, nº 8). Por esa razón, un auto tal del tribunal también debe poder ser provocado en el procedimiento ante el juez penal (§ 25, GVG)[3].

2. Según la jurisprudencia constante del BGH (E 1, 325; 3, 368; restrictivo NStZ 84, 371) se pierde el derecho a reclamar contra una disposición errónea referida a la dirección material en el procedimiento recursivo, cuando no se provoca un auto del tribunal según el § 238, II. P. ej., la orden del presidente de que no se tome juramento a un testigo sólo se puede impugnar a través del recurso de casación si en el juicio oral el acusado o su defensor acudieron al tribunal en contra de esa decisión (BGH GA 88, 426); lo mismo debe regir cuando el presidente se niega a aceptar requerimientos de prueba una vez finalizada la recepción de la prueba (BGH NStZ 92, 346). Tal afirmación no tiene apoyo alguno en la ley. La *pérdida del derecho de recurrir por un motivo específico* únicamente puede ser admitida cuando la medida del presidente no fue protestada intencionalmente, para que la sentencia fuera susceptible de recurrir en casación;

[3] Opinión dominante: Düsseldorf StrV 96, 252, con comentario de A. EBERT, NStZ 97, 565; de otra opinión Köln MDR 55, 311. Sobre todo esto A. EBERT, StrV 97, 269, quien, acertadamente, admite la existencia de un derecho de protesta, pero no una obligación de protestar sancionada con la pérdida del motivo para recurrir.

pero, de todos modos, una argucia semejante sucede entre los defensores, pero difícilmente entre los acusados, quienes no conocen las leyes. Aun cuando no sea evidente una *renuncia a recurrir por un determinado motivo* expuesta expresa o implícitamente, en caso de que no se acuda al tribunal, para que proceda el recurso de casación falta, por cierto, el motivo absoluto del § 338, nº 8, pero, no obstante, el recurso se puede fundar en el § 337[4]. Si el presidente olvida tomar el juramento, ello también puede constituir, según la jurisprudencia, un motivo de casación, porque falta una decisión en el sentido del § 238, II, contra la cual se hubiera podido recurrir ante el tribunal (BGH StrV 92, 146).

3. Dado que la dirección formal del juicio en ningún caso puede ser revisada desde el punto de vista legal, de ella nunca se puede derivar la existencia de un motivo de casación.

III. Derecho a preguntar de los intervinientes en el proceso

1. El interrogatorio del acusado y de los testigos es efectuado, en principio, por el presidente (§ 238, I), pero, a la vez, los restantes miembros del tribunal, la fiscalía, el acusado y su defensor tienen un extenso *derecho a preguntar* (§ 240); únicamente está prohibido el interrogatorio recíproco de coacusados (§ 240, II, 2).

a) Según la jurisprudencia más reciente, el derecho a preguntar, en su totalidad, sólo puede ser privado, bajo presupuestos estrictos, en caso de abuso grave y continuo, y únicamente para tramos específicos (BGH StrV 83, 139; Karlsruhe NJW 78, 436). Empero, la supresión global del derecho a preguntar encuentra objeciones, aun en esta forma limitada, porque en el § 241 ella está permitida sólo para el interrogatorio cruzado, no así en los demás casos (cf. TER VEEN, 1983; de otra opinión *SK*-SCHLÜCHTER, § 241, núm. marg. 3). Conforme al § 241, II, el presidente sólo puede rechazar preguntas aisladas inidóneas o extrañas a la causa; contra esa decisión se puede provocar un auto del tribunal, según el § 238, II. Por lo demás, de acuerdo con el § 242, también es necesario un auto de esta clase cuando hay una protesta contra una pregunta del presidente o contra la pregunta de un vocal –que no puede ser rechazada por el presidente (arg. §§ 241, II, y 240, I)– (en contra de la posibilidad de protestar contra preguntas de jueces profesionales DÖLP, NStZ 93, 419; decididamente en contra de DÖLP, SCHÜNEMANN, StrV 93, 607). El presidente no puede interrumpir sin motivo al defensor que formula preguntas, ni puede darle a la fiscalía el derecho a formular preguntas intermedias; de lo contrario existe un motivo de casación conforme al § 338, nº 8 (Hamm StrV 93, 462).

b) Una pregunta es *extraña a la causa* únicamente cuando con ella se persigue fines ajenos al procedimiento y cuando no se refiere al objeto del proceso; la pregunta no tiene que ser importante para la decisión en el sentido del § 244, III, 2 (BGH NStZ 84, 133; 85, 183). Una pregunta es *inidónea* cuando lesiona preceptos de la StPO, p. ej., una pregunta que ataca la reputación del testigo, que no es imprescindible (es decir, que no es necesaria para la averiguación de la verdad), § 68a (sobre esto, en particular, BGHSt 2, 284; 13, 252; BGH NStZ 82, 170; 90, 40). También son inidóneas las preguntas sugestivas o las que ya fueron contestadas terminantemente (BGHSt 2, 284, 289).

[4] Koblenz StrV 92, 263; ver, en particular, SCHMID, 1967, 248 y ss.; como aquí también BEULKE, núm. marg. 375; detalladamente, y en parte discrepante, BOHNERT, 1983, 166 y ss. y ERKER, 1988, 147 y siguientes.

Únicamente en el interrogatorio de testigos menores de 16 años no existe, en principio, un derecho a formular preguntas (§ 241a; sobre el derecho de un perito a formular preguntas *Kl/M*, § 241a, núm. marg. 2; crítico con respecto a la regulación legal UNDEUTSCH, *Lange-FS*, 1976, 720).

2. El *interrogatorio cruzado* (*cross examination*) tomado del ámbito jurídico angloamericano, en el que todo el interrogatorio de testigos es llevado a cabo por la fiscalía y por el defensor, no responde a la estructura del proceso penal alemán, debido a que desplaza al presidente del tribunal de la dirección del juicio. Él se debe realizar, por cierto, ante un pedido en el mismo sentido de la fiscalía y del defensor (§ 239, I; determinadas restricciones en los §§ 239, II, y 241, II), pero no se ha impuesto en la práctica. Sobre el "interrogatorio alternativo" en la reforma procesal penal, cf. *infra* G, I.

IV. Aclaraciones de los intervinientes en el procedimiento

Al derecho de formular preguntas que tienen el acusado, la fiscalía y el defensor durante la introducción de la prueba, le corresponde el derecho de esas personas de formular *aclaraciones* después de toda producción de prueba, las que, sin embargo, no pueden anticipar la exposición final. Además, la fiscalía y el defensor también están autorizados a formular aclaraciones después de la declaración del acusado, y éste lo está, por su parte, después de la declaración de cada coacusado (§ 257, I). Al acusado se le debe preguntar, en cada caso, si tiene algo que aclarar. Según la opinión dominante, el § 257, como mera norma de deber, no es revisable; esto parece objetable cuando, a la vez, se ha afectado el derecho a ser oído conforme a la ley (¡art. 103, I, GG!).

V. Deber judicial de asistencia y de advertencia

1. Más allá de los casos tratados hasta aquí, existe un *deber judicial de asistencia* amplio[5] que, ante todo frente al acusado que no conoce las leyes, constituye el precepto regulador más importante para una máxima inquisitiva aplicada con lealtad. Ella es la fuente de los numerosos deberes de advertencia, de informar, de preguntar y de protección que, en parte, están regulados expresamente en la StPO (ver el resumen en *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., int. al capítulo sexto, núm. marg. 26) y, en parte, fueron desarrollados por la jurisprudencia y por la doctrina jurídica (ver *infra* § 51, B, V, 4, b). El deber de asistencia es una de las consecuencias más importantes del derecho a un procedimiento penal llevado a cabo con lealtad (*fair trial*); sobre esto *supra* §§ 2, B, 11, V.

[5] Cf. *KMR*-SAX, int. XII; MAIWALD, *Lange-FS*, 1976, 745; KUMLEHN, 1976, PLÖTZ, 1980, HÜBNER, 1983; moderadamente KÜHNE, núm. marg. 133; JUNG, 1985; rechazado por LÖBBECKE, GA 73, 200.

2. Su consecuencia más importante es el deber de *advertencia*, establecido en el § 265, ante una *modificación en la calificación jurídica* que, a la vez, representa una concreción del art. 103, I, GG. Dado que el tribunal, dentro de los límites del mismo objeto procesal, tiene la posibilidad de calificar el hecho que se somete a su decisión de modo distinto a aquel que emplea la acusación admitida (cf. §§ 155, II, y 264, II), el acusado debe permanecer a salvo de sorpresas con respecto a las cuales no pudo preparar su defensa. En interés de un esclarecimiento exhaustivo de la causa se le debe dar la oportunidad de manifestarse sobre el reproche modificado. Detalladamente sobre los problemas particulares SCHLOTHAUER, 1986; ver, además, las instructivas síntesis de jurisprudencia en *SK*-SCHLÜCHTER, § 265, núms. margs. 11, 12 y 14. El deber de advertencia se limita a la cuestión jurídica. Por el contrario, el tribunal no está obligado, tampoco desde el punto de vista de la estructuración leal del proceso, a dar explicaciones sobre el contenido y resultado de producciones de prueba particulares y a manifestarse sobre si acaso entendió la declaración de una testigo de modo distinto que la defensa (BGHSt 43, 212). De todos modos, GILLMEISTER, StraFo 97, 12 y s., pretende derivar del fundamento jurídico del § 265 el derecho a que en el juicio oral se discuta las cuestiones jurídicas importantes para la decisión y a recibir, para ello, las advertencias necesarias.

a) Según el texto legal es *presupuesto* de este deber de advertencia únicamente una modificación de la *valoración jurídica*, que también puede basarse en una modificación de los fundamentos fácticos. Pero, más allá de lo establecido por el texto del § 265, del art. 103, I, GG, y del deber de asistencia, se deberá deducir que también ante una mera modificación del *fundamento fáctico* –sin variación del reproche jurídico– se tiene que realizar una advertencia[6]. Sin embargo, esto rige sólo para hechos que tienen importancia para la subsunción, no para aquéllos que están fuera de la acción típica (BGH StrV 88, 472). Debido a la misma importancia que tienen para la conducción de la defensa, la advertencia debe realizarse, en todos los casos, formalmente, es decir, debe ser protocolizada[7].

b) Para el deber de advertencia es indiferente que el tribunal sostenga la existencia de un delito más grave o de uno más leve, en comparación con la acusación, pues, en general, también un delito más leve exigirá modificar la defensa (p. ej., en caso de pasar del § 221, III, al § 222, StGB, BGH NStZ 83, 424, o de pasar de la consumación a la tentativa, BGH StrV 91, 8). Ello sólo será distinto en contados casos; así, ante la derogación de una ley aplicada en concurso ideal (RGSt 37, 102) o, algunas veces, también cuando se descarta un elemento que califica al tipo penal (así RGSt 53, 100, pero, cf. también RGSt 51, 125) o se lo cambia por otro elemento idéntico del tipo penal (a tal efecto ver, por un lado, RGSt 30, 176, y, por otro, BGHSt 23, 95; 25, 287; BGH NStZ 84, 328). La advertencia es necesaria si un acusado como coautor debe ser condenado como autor único (BGH NStZ 83, 569; 90, 449; StrV 97, 64) o si se pasa de la hipótesis de autoría única a coautoría (BGH NJW 85, 2488). Lo mismo rige en

[6] P. ej., en caso de que existan modificaciones en las comprobaciones sobre el momento del hecho, BGH NStZ 84, 422; 94, 502; StrV 91, 149; en general BGH NStZ 91, 550; StrV 97, 237; Bremen StrV 96, 301.

[7] Acertadamente BGHSt 19, 88; de otra opinión BGHSt 19, 144; 28, 196, donde, sin embargo, se acentúa que, en todo caso, es indispensable que el tribunal pregunte al acusado sobre el nuevo punto de vista fáctico; BGH NStZ 81, 190.

caso de pasar de asesinato a homicidio (BGH NStZ-RR 96, 10) o de un elemento de asesinato a otro, cuando de ese modo puede ser necesaria otra defensa (BGH StrV 84, 367); asimismo, ante el cambio de concurso ideal a concurso real (BGH StrV 91, 101). Si un precepto contiene varios tipos penales alternativos, la advertencia debe evidenciar a cuál de ellos alude, en tanto sus modos de comisión sean diferentes conforme a su naturaleza (BGH StrV 97, 237). Cuando el tribunal, en contra de lo establecido por la acusación, pretende aceptar o rechazar los presupuestos del § 21, StGB (capacidad de culpabilidad disminuida), según el BGH (StrV 87, 427; NStZ 88, 191, con comentario de HILGENDORF-SCHMIDT) ello no exige advertencia alguna, debido a que, de todos modos, el acusado siempre tiene que contar con un examen de su capacidad de culpabilidad.

c) Antes de que se ordene una *medida* de seguridad y corrección no mencionada en la acusación ni en el auto de apertura, es necesario realizar la advertencia según el § 265, II, en la misma extensión que conforme al § 265, I (BGH StrV 88, 329; BayObLG GA 82, 325). Lo mismo rige, según el § 265, II, para los motivos de agravación de la pena mencionados y también cuando es posible la condena por un caso especialmente grave, en virtud de un ejemplo regulativo (BGH NJW 80, 714, contra BGH NJW 77, 1830).

d) Más allá del texto del § 265, también se debe advertir sobre la posibilidad de la imposición de una *pena accesoria* (prohibición de conducir, § 44, StGB; discutido; con mayores detalles BayObLG JZ 78, 576).

e) En el caso de una acusación por asesinato no es necesario advertir sobre la posibilidad de que se compruebe la existencia de una "culpabilidad especialmente grave" (§ 57a, I, 1, nº 2, StGB), porque aquí no se trata de otro punto de vista jurídico, ni tampoco de hechos nuevos; además, ya del reproche de asesinato se deriva la necesidad de analizar esa cuestión (BGH StrV 96, 650).

f) La advertencia no puede hacerse en general, sino que siempre debe estar *fundada* de modo tal que al acusado y a su defensor les sea posible encarar una defensa, conforme a los hechos, contra el reproche modificado (ver BGHSt 13, 320; 18, 56; BGH NStZ 85, 563); p. ej., cuando el tribunal quiere pasar del § 212, StGB, al § 211, StGB, no puede contentarse con una advertencia general sobre una posible condena por asesinato, sino que debe nombrar explícitamente el elemento del asesinato que entra en consideración (BGH NStZ 83, 34) y también debe indicar las circunstancias a través de las cuales lo fundamenta (BGH NStZ 93, 200). Más allá de ello, la advertencia es, incluso, innecesaria, cuando los mismos intervinientes en el procedimiento han hablado ya de esa modificación (BGH JZ 76, 790) o cuando el tribunal ha admitido el nuevo punto de vista jurídico en un auto referido a la continuación de la prisión (BGHSt 22, 29). En la orden judicial que solicita un dictamen sobre una eventual internación en un sanatorio psiquiátrico reside la advertencia necesaria sobre esa posible medida (BGH NStZ 92, 249). La advertencia sobre una posible internación de seguridad requiere un rigor especial en cuanto a las formas, debido a la gravedad de la injerencia (BGH StrV 94, 232). También cuando el tribunal pretende basar su condena en nuevos hechos, debe advertir sobre ello al acusado en forma clara e inequívoca; con frecuencia, se recomienda fijar por escrito la situación fáctica modificada (BGH StrV 96, 584).

g) Sobre la interrupción conforme al § 265, III y IV, ver *supra* C, II, 3.

h) En caso de que el juicio se lleve a cabo en ausencia del acusado es suficiente que la advertencia esté dirigida al defensor (§ 234a); si el acusado no tiene defensor, la advertencia se le debe comunicar a él una vez que haya regresado.

i) En la instancia de apelación se debe reiterar la advertencia realizada en primera instancia cuando la condena no se había basado en el otro punto de vista jurídico, de manera que el acusado ya no debía contar con una condena por ello (BayObLG StrV 94, 643).

j) La inobservancia del § 265 constituye un *motivo de casación* relativo, según el § 337; sólo en casos esporádicos se podrá negar que la sentencia puede ser consecuencia de la advertencia omitida (sin embargo, cf. BGH NStZ 95, 247, en un caso en el que se omitió la advertencia ante el cambio de reproche de autoría individual a coautoría).

3. Cuando, en virtud de los §§ 56b, 56c y 59a, II y III, StGB, son aplicables imposiciones o instrucciones, el acusado debe ser preguntado, en los casos apropiados, para qué se ofrece voluntariamente (ver, en particular, § 265a).

VI. Subsanación de los vicios del procedimiento

Si durante el juicio oral se realiza una errónea aplicación del derecho procesal, el juez de la instancia puede evitar que exista un motivo de casación, subsanando el vicio antes del pronunciamiento de la sentencia. Esto puede suceder de distintas maneras: a través de la revocación de una decisión errónea (p. ej., el rechazo de un requerimiento de prueba que se realizó en forma contraria a la ley), a través de la realización posterior de un acto procesal que, contrariamente a lo debido, fue omitido (p. ej., un juramento), tratando como si hubiera sido prestada sin juramento, conforme al deber de advertir (!), a una declaración sometida de manera inadmisible a la prestación de juramento (BGH StrV 86, 89, con comentario de SCHLOTHAUER), a través de la reiteración de un acto procesal defectuoso (p. ej., un interrogatorio sin la información previa) o hasta la nueva realización de una parte completa del procedimiento (p. ej., en caso de la exclusión injustificada de la publicidad o de ausencia inadmisible del acusado, BGHSt 30, 74; BGH StrV 91, 97). Sobre las cuestiones que resultan de ello, en particular, W. SCHMID, 1969; *idem*, *Maurach-FS*, 1972, 535.

E. Obligación de estar presente

I. 1. Las *personas llamadas a dictar la sentencia*, esto es, los jueces profesionales y legos, deben estar *presentes de forma ininterrumpida* –como consecuencia del principio de inmediación– durante todo el juicio oral (es decir, también durante el pronunciamiento de la sentencia; § 226). Cuando durante un juicio de duración prolongada un juez no puede seguir interviniendo, debido a una enfermedad o por muerte, el juicio no puede ser continuado, simplemente, tras el nombramiento de otro juez, antes bien, debe ser reiterado desde el comienzo.

2. Por ello, es admisible y recomendable que en los procesos extensos el presidente del tribunal llame a uno o varios *jueces adicionales* (§ 192, II, GVG, ¡también a jueces legos, § 192, III, GVG!). El juez adicional asiste al juicio oral, desde un principio, con el mismo derecho a formular preguntas que los otros vocales, pero sólo puede participar en deliberaciones y votaciones cuando ha asumido en lugar de un juez llamado para la decisión, a causa de su impedimento (arg. § 193, GVG).

3. Si durante el juicio un *juez* abandona la sala de audiencias, aun sólo por un par de minutos, se configura el motivo absoluto de casación del § 338, nº 1, 1ª parte de la frase (opinión dominante, ya que el § 338, nº 5, no concierne al tribunal). Dado que no se cumple con el principio de inmediación a través de la mera presencia corporal, también debe ser considerado ausente el juez que normalmente duerme o que se distrajo durante un tiempo prolongado (ver *infra* § 44, B, VI, 3).

II. El deber de estar presente de un *actuario* (§ 226) no es una consecuencia del principio de inmediación, sino que resulta de la obligación de protocolizar (§ 271). Por ello, es admisible la sustitución del funcionario

individual; sólo se configura el motivo de casación del § 338, nº 5, en caso de ausencia absoluta de un encargado de levantar el acta.

III. La *fiscalía*, como autoridad, debe estar presente durante todo el juicio (también, p. ej., durante la inspección de un lugar: Köln StrV 87, 379); si ella está ausente, aunque sólo sea por corto tiempo, se presenta el motivo absoluto de casación del § 338, nº 5. Por el contrario, es admisible que distintos fiscales se reemplacen unos a otros (§ 226); incluso es posible que en el juicio oral actúen varios fiscales y que se dividan sus tareas (§ 227).

IV. Mientras que el *defensor* posee siempre el derecho a estar presente (sobre la exclusión *supra* § 19, D), en el caso de la defensa *necesaria* existe para él un *deber de estar presente* (§§ 145 y 228, II, sobre la única excepción del § 231c, cf. BGH NStZ 83, 34), con la consecuencia de que su ausencia constituye un motivo absoluto de casación según el § 338, nº 5 (¡cf. BGHSt 15, 306!). Si el defensor necesario está presente, pero renuncia a su mandato y ya no desempeña su cargo, se trata entonces de un caso de indefensión; si no se nombra inmediatamente un nuevo defensor o no se interrumpe el procedimiento, la sentencia debe ser casada (BGH NStZ 92, 503). Si un defensor fue excluido por colisión de intereses, se considera al acusado en situación de indefensión (p. ej., cuando defiende a un esposo en un procedimiento por incumplimiento de la obligación alimentaria y, a la vez, defiende a la esposa en el proceso de divorcio). También en ese caso la sentencia debe ser casada conforme al § 338, nº 5 (Koblenz NJW 80, 1058). Sin embargo, también en el caso de defensa necesaria es posible un cambio de defensor. En tanto para el primer nombramiento posterior del § 145 también es necesaria una repetición de todas las partes esenciales del juicio oral llevado a cabo hasta el momento, cuando no se dicta un auto de interrupción (BGHSt 9, 243) el BGH deriva de los §§ 226 y 227 que en caso de un cambio posterior de defensor la ley prescribe únicamente un aplazamiento, de acuerdo con el § 145, III (ver *supra* C, II, 3), y no una repetición, al tratarse de una mera suspensión (BGHSt 13, 337; sobre esto críticamente Eb. Schmidt, II, § 145, nº 11).

V. La presencia de los *testigos* no está prescripta nunca en el sentido del § 338, nº 5, e incluso, ante la ausencia del perito necesario según el § 246a para el caso de que sea de esperar la internación en un establecimiento, la casación sólo puede ser fundada en el § 337 y no en el § 338, nº 5 (BGHSt 9, 1).

F. La presencia del acusado en particular

I. Principio de la obligación de estar presente

1. La *presencia* del acusado en el juicio oral es *en principio necesaria* (§ 230, I); en el procedimiento penal sólo en casos aislados se dicta una sentencia en contumacia (cf. §§ 329 y 412). De este modo, se sirve tanto a la averiguación de la verdad como a los intereses del acusado, pues el tribunal difícilmente puede dictar una sentencia justa sin su declaración personal, y un acusado ausente nunca podrá agotar todas las posibilidades de defensa.

Stein, 1985, propone fundar la obligación de estar presente, en lo esencial, en el interés estatal en evitar una condena errónea; él considera inadmisible la protección tutelar de los intereses de la defensa del acusado, porque éste puede decidir libremente sobre su comportamiento defensivo (de modo similar Julius, 1992). No obstante, una protección tutelar semejante de la StPO tampoco es desconocida en otras ocasiones (§ 140); por lo demás, ella es razonable desde el punto de vista político-criminal, pues el acusado mantiene su derecho a permanecer callado. La obligación de estar presente únicamente le asegura, en su propio interés, la posibilidad de cambiar de idea en todo momento.

2. Si el acusado no comparece, el tribunal, normalmente, debe aplazar el juicio. Si su incomparecencia no está suficientemente justificada, para la nueva audiencia se puede ordenar su conducción forzada o una orden de detención limitada a la duración del juicio oral (§ 230, II). Sin embargo, según el § 216, I, el acusado debe haber sido advertido en la citación sobre esa posibilidad (Zweibrücken StrV 92, 101). En tales casos, la orden de detención conforme al § 230 sólo puede dictarse cuando la medida de menor gravedad representada por la orden de conducción forzada no es suficiente. El principio de proporcionalidad exige la realización inmediata del nuevo juicio oral (Hamburg MDR 87, 78).

3. El juicio en ausencia del acusado, en tanto no esté permitido excepcionalmente por la ley, constituye un *motivo absoluto de casación* (§ 338, nº 5) y, por cierto, también cuando el acusado sólo fue excluido injustificadamente de una parte del juicio (cf. BGHSt 21, 332; BGH NStZ 81, 449; StrV 95, 623).

II. Excepciones a la obligación de estar presente[8]

Por otra parte, la StPO distingue, fundamentalmente, las medidas contra imputados no alcanzados por la jurisdicción alemana ("ausentes", 1), de aquellas contra imputados que pueden ser alcanzados por ella, y aquí, nuevamente, distingue el juicio en ausencia total del acusado que no comparece (2), del juicio en ausencia temporal del acusado que compareció (por lo menos al comienzo) (3).

1. Contra los *ausentes* en sentido técnico, esto es, imputados a los que el tribunal no logra hallar (ver § 276), se puede realizar un procedimiento para asegurar la prueba (§§ 285 y ss.), que debe ser tratado dentro de las formas especiales de procedimientos (cf. *infra* § 60).

[8] Detalladamente Eisenberg, BewR, núms. margs. 768-789.

2. El juicio oral se lleva a cabo en *total ausencia del acusado que no comparece*:

a) Cuando, tratándose de delitos de bagatela, él no comparece después de que en la citación se le advirtió que también se podría proceder en su ausencia (ver, en particular, § 232). Si él estuvo impedido de comparecer por un acontecimiento inevitable, puede pedir la reposición al estado anterior (§ 235, en relación con los §§ 44 y ss.), a través de lo cual la sentencia dictada en su ausencia pierde validez.

b) Cuando, tratándose de hecho punibles leves, él ha sido relevado, a su pedido, de la obligación de comparecer (ver, en particular, § 233), con lo cual la decisión al respecto reside en el poder discrecional irrecurrible (¡§ 305!) del tribunal. A diferencia del caso del § 232, aquí está ordenada de forma obligatoria la declaración judicial del acusado (cf. §§ 233, II, y 232, III).

c) En la instancia de apelación o de casación (§§ 329 y 350).

d) En los procedimientos de acción privada (§ 387).

e) Si se objeta un mandato penal (§ 412).

3. Además, por último, el juicio oral puede ser realizado en *ausencia temporal* del acusado (lo que en ciertas circunstancias está, incluso, ordenado), a saber:

a) Cuando el acusado, *después* de su *declaración sobre la acusación*, se ausenta por decisión propia y el tribunal no considera necesaria su presencia posterior (§ 231, II, y sobre ello, BGHSt 3, 190). Por declaración sobre la acusación se debe comprender, únicamente, la posibilidad de manifestarse sobre la acusación; a ello no pertenece la discusión sobre los antecedentes penales que, la mayoría de las veces, sólo se produce al final de la recepción de la prueba (§ 243, IV; BGHSt 27, 216, apartándose de BGHSt 25, 4). Como *alejamiento por decisión propia* también se debe considerar el caso en que el acusado provoca deliberadamente su incapacidad para asistir al juicio (ver BGHSt 2, 300; BGH NJW 91, 2917, y ahora § 231a), pero no si ella se presenta como consecuencia de un intento serio de suicidio, porque en un caso semejante el autor no quería retrasar el procedimiento, sino ponerle término a través de su muerte (Franzheim, GA 61, 108; Schneidewin, JR 62, 308; de otra opinión BGHSt 16, 178; sin embargo, cf. también BGHSt 19, 144). Tampoco se trata de un alejamiento arbitrario el caso en el cual el acusado se ausenta del juicio oral debido a que, de lo contrario, perdería su puesto de trabajo (BGH NJW 80, 950, StrV 84, 325), se equivoca de hora (Bremen StrV 85, 50), se queda dormido el día de la audiencia (BGH StrV 88, 185; 91, 147, 244), el presidente le explicó que su asistencia ya no era necesaria (KG StrV 85, 52) o del comportamiento del tribunal se debe concluir la conformidad con el alejamiento (BGH NStZ 89, 283). Si de las manifestaciones del presidente sólo se puede inferir que, en caso de incomparecencia, no se adoptaría ninguna medida coercitiva, sino que se procedería sin el acusado, ello no es una conformidad con el alejamiento; por consiguiente, una incomparecencia arbitraria presupone en general, pero no necesariamente, la intención de impedir la continuación del juicio (BGHSt 37, 249).

Si la ausencia se funda en una orden del presidente (así en BGHSt 3, 187), en un exceso de cansancio que conduce a la incapacidad para asistir al juicio o en un caso repentino de enfermedad, no es aplicable el § 231, II, debido a la falta de arbitrariedad; antes bien, el juicio debe ser suspendido; de lo contrario, se configura el motivo absoluto de casación del § 338, nº 5 (ver BGHSt 10, 304) y, por cierto, en contra del BGHSt 15, 263, también en el caso de que el acusado sólo falte a la lectura de los fundamentos de la sentencia (cf. también Poppe, NJW 54, 1914; la diferenciación realizada por el BGH entre partes esenciales y no esenciales del juicio oral es objetable en el marco del § 338, nº 5, y, en todo caso, sólo se puede sostener en procedimientos puramente formales como, p. ej., la citación de testigos). Con menos razón existe arbitrariedad cuando el acusado se halla en prisión (BGHSt 25, 317, con comentario crítico de Küper, NJW 78, 251) o en prisión preventiva (BGH NJW 77, 1928; NStZ 93, 446; 97, 295), pues en tales casos, si el acusado se niega a comparecer, el presidente debe ordenar su conducción forzada. Si el juicio oral es continuado sin el acusado en una sesión conforme al § 231, II, a pesar de ello, no se puede proceder sin él el día posterior, cuando su intento de comparecer al juicio oral se frustra, p. ej., por una avería del auto (BGH NStZ 86, 422). No se necesita una citación para las audiencias subsiguientes, al menos, cuando el acusado que no comparece estaba representado por un defensor (BGH StrV 87, 474).

b) Cuando el *acusado*, ya antes de su declaración sobre la acusación, *se ha puesto en estado de incapacidad para asistir al juicio* dolosa (*dolus directus*; así Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.], 7/2989, 6; de otra opinión BGHSt 26, 228, 240: *dolus eventualis*) y culpablemente (p. ej., por una huelga de hambre) e impide así, a sabiendas (*dolus directus*), la realización del juicio oral en debida forma (§ 231a). Ese motivo debe provocar un aplazamiento tan prolongado del juicio oral que excede así los límites a fijar en virtud del mandato general de aceleramiento (Boletín parlamentario, Dieta Federal [*BT*-Drucks.], 7/2989, 5; Rieß, 269). En cambio, en caso de que la capacidad procesal del acusado sólo sea limitada, de las palabras "en debida forma" no resulta derecho alguno de llevar a cabo el juicio oral sin él, ya sea en parte o totalmente[9], porque el § 231a constituye una grave injerencia en el derecho a estar presente del acusado y, por ello (como lo muestra también el § 231a, II), debe ser interpretado restrictivamente (Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.], 7/2989, 36). En particular, la autorización de proceder sin el acusado en los casos del § 231a no comprende el derecho de mantenerlo alejado del juicio en contra de su voluntad (BGHSt 26, 228, 234; críticamente Warda, 1978). En todo caso, el acusado debe haber tenido, al menos, la oportunidad de manifestarse sobre la acusación con plena conciencia y defensivamente ante el tribunal o ante un juez comisionado (§ 231a, I, 2). Si la incapacidad procesal no es consecuencia de la culpa del acusado (p. ej., en caso de una enfermedad del corazón), la negación a someterse a un tratamiento para el restablecimiento de su capacidad procesal sólo puede ser considerada culpable, en aplicación analógica del § 231a, cuando ello no representa un riesgo para la salud (BVerfG NStZ 93, 598, con reseña de Meurer). Contra el auto que decide proceder sin el acusado, según el § 231a, III, 3, es admisible la queja inmediata. Sin embargo, ella ya no es procedente una vez finalizado el juicio oral, cuando el tribunal dió a conocer posteriormente el auto en virtud del § 231a, pero, en ese caso, puede existir un motivo de casación conforme al § 338, nº 8 (BGHSt 39, 110, con comentario de Gollwitzer, JR 94, 342).

c) Cuando el acusado ha perturbado el desarrollo del juicio oral a través de un comportamiento contrario al orden y cuando probablemente también lo perjudicará en adelante, de forma grave (§§ 231b, StPO, y 177, GVG). Para la continuación del juicio oral, junto al auto emitido en virtud del § 177, GVG, no es necesario otro auto en razón del § 231b (BGHSt 39, 72).

d) Cuando se teme que un *coacusado* o *testigo no* dirá la *verdad* en presencia del acusado (§ 247, 1ª frase), afirmación que también incluye el caso en que la persona no haría ninguna declaración debido a su presencia (RGSt 73, 355) o invocaría el derecho a abstenerse de prestar declaración testimonial (BGHSt 22, 18). Si el temor resulta infundado con posterioridad, no es necesario repetir toda la declaración (Fischer, NJW 75, 2034, en contra Hamburg NJW 75, 1573; como aquí también *SK*-Schlüchter, § 247, núm. marg. 14, con más informaciones). El juicio sobre el alejamiento del acusado no puede realizarse en su ausencia (BGH StrV 87, 377). Durante la ausencia no se puede incorporar a la audiencia documentos, objetos de inspección ocular, ni requerimientos (BGHSt 21, 332; NStZ 97, 402); si, a pesar de todo, ello sucede, esta falta sólo podrá ser subsanada si una vez que regrese el acusado se repite la realización de la inspección ocular completa (BGH StrV 86, 418; NStZ 86, 564).

El auto del tribunal sobre el alejamiento provisional debe estar fundado expresamente (ver BGHSt 15, 194), de lo contrario se presenta el motivo absoluto de casación del § 338, nº 5. Pero, excepcionalmente, ello no debe regir cuando, aun sin fundamento expreso, se puede determinar con seguridad qué caso del § 247 ha sido invocado (BGH NStZ 83, 36; 87, 84; con razón discutible BGH NStZ 91, 296). Según la sentencia del BGHSt 32, 32, con comentario de Geerds, JZ 84, 46, en aplicación analógica del § 247, 1ª frase, también se debe poder excluir a un acusado cuando, de lo contrario, un testigo que tiene categoría de funcionario no recibi-

[9] Rieß, JZ 75, 269; Fezer, 1986, 11/128 y s.; de otra opinión BGHSt 26, 228; BVerfGE 41, 246; *Kl/M*, § 231a, núm. marg. 5; *LR*-Gollwitzer, 25ª ed., § 231a, núm. marg. 3; Warda, 1978.

ría la autorización para declarar; el alejamiento debe extenderse también a la prestación del juramento (BGH NStZ 85, 136). De este modo, el § 247, 1ª frase, se va transformando, poco a poco, "en un puente de oro para la introducción al juicio oral de testigos encubiertos o amenazados" (HASSEMER, 1986, 26). Una restricción tan grave del principio de inmediación y de las posibilidades de defensa vinculadas a él no está libre de objeciones (HASSEMER, 1986).

e) Cuando a raíz de discusiones sobre el estado del acusado y sobre las perspectivas de tratamiento, es de temer un perjuicio considerable para su salud (§ 247, 3ª frase), así como

f) Cuando prestan declaración testigos menores de 16 años y la presencia del acusado importa temer un perjuicio considerable para el bienestar del testigo, o cuando en otra declaración testimonial en presencia del acusado existe para el testigo un peligro inminente de sufrir un perjuicio grave en su salud (§ 247, 2ª frase).

En todos estos casos (*supra* a/f), cuando el acusado regresa al juicio, el presidente le debe informar *de inmediato* el contenido esencial de lo sucedido entretanto (§§ 247, 4ª frase; 231a, II; 231b, II, cf. sobre esto BGHSt 1, 346; 15, 194). El informar al acusado es una formalidad esencial, conforme al § 274 (BGH StrV 92, 359). Incluso en caso de que se haya interrumpido una declaración testimonial se debe informar al acusado sobre lo declarado hasta ese momento (BGHSt 38, 260, con comentario a favor de PAULUS, JZ 93, 271; BGH NStZ 92, 346). Además, él debe estar nuevamente presente en la decisión sobre si se presta o no juramento (BGH NJW 76, 1108; StrV 83, 3) y en el juramento mismo (BGHSt 26, 218, con reseña de GOLLWITZER, JZ 76, 341; BGH NStZ 83, 181; 86, 133), porque estos sucesos ya no forman parte de la "declaración", a la que se limita el derecho de alejar al acusado (con mayores detalles MEYER-GOßNER, 1988). Sin embargo, si también durante el juramento existe un peligro para la salud, conforme al § 247, 2ª frase, debido a la presencia del acusado, éste puede ser alejado (BGHSt 37, 48). Sobre las excepciones que el BGH pretende instituir cuando se trata de informantes ver *supra* apartado d. El acusado también debe estar presente, nuevamente, en la audiencia en la que se discute el alejamiento de un testigo (§ 248), para que tenga así la posibilidad de formular preguntas al testigo (BGH NStZ 87, 335). Esto rige también en caso de que el testigo sea menor de edad (BGH StrV 96, 472). Si no se vuelve a llamar al acusado a su debido tiempo, se presenta el motivo absoluto de casación del § 338, nº 5 (BGH NStZ 86, 133).

BASDORF, 1994, estima demasiado extenso considerar configurado el motivo del § 338, nº 5, cuando el acusado, excluido de la declaración de un testigo, queda también excluido de su defensa y de la audiencia sobre este punto, y de aquella en la que se trata el alejamiento del testigo. Él propone abandonar esa jurisprudencia. La sentencia del BGH NStZ 95, 557, ha dejado abierta la cuestión de si la jurisprudencia precedente debe ser seguida ilimitadamente y, de todos modos, ha declarado necesaria la revocación, en caso de que se haya restringido la posibilidad de formular preguntas.

La ley de protección de testigos del 30/4/98 ha introducido, a través del § 247a, un complemento al § 247, que refuerza la protección de los testigos: si el alejamiento del acusado o la exclusión de la publicidad no son adecuados para evitar el peligro inminente de un perjuicio grave para el bienestar de un testigo –peligro que lo amenaza si declara en presencia de los presentes en el juicio oral–, el testigo puede ser interrogado por separado, fuera de la sala de audiencias; lo mismo es admisible bajo los presupuestos del § 251, I, nº 2, 3 ó 4. La declaración será transmitida simultáneamente por vídeo en la sala de audiencias y puede ser grabada para juicios orales posteriores; la exhibición de tal grabación está sujeta al § 255a (sobre esto, cf. *infra* § 44, B, I, 2, d).

Bibliografía: *Hussels*, Videoübertragung von jugendlichen Zeugen in Mißbrauchsprozessen - eine Bestandsaufnahme und Überlegung de lege ferenda, ZRP 95, 242; *Wegner*, Ein kleiner Schritt im Verfahren, ein großer Schritt für den Opferschutz, ZRP 95, 406; *Laubenthal*, Schutz sexuell mißbrauchter Kinder durch Einsatz von Videotechnologie im Strafverfahren, JZ 96, 335; *Hasdenteufel*, Die StPO als Grenze des Einsatzes von Videotechnologie im Strafverfahren bei sexuell mißbrauchten Kindern, tesis doctoral, Bonn, 1997; *Pfäfflin*, Schützen Videovernehmungen kindliche Zeugen vor sekundärer Traumatisierung?, StrV 97, 95; *Goll*, Opferschutz im Strafverfahren, ZRP 98, 14; *Keiser*, Das Kindeswohl im Strafverfahren, 1998. *Bohlander*, ZStW 107 (1995), 82, informa sobre Derecho comparado (teniendo en cuenta a Inglaterra, EE.UU. y Australia).

4. *No* existen otras excepciones a la obligación de estar presente, ni en interés del acusado, ni con el fin de averiguar la verdad. Por consiguiente, p. ej., el acusado no puede ser alejado temporariamente de la sala del tribunal con el consentimiento de todas las partes (BGH NJW 73, 522). La renuncia voluntaria del acusado a estar presente tampoco puede suplir un auto del tribunal, según el § 247, cuando existen los presupuestos para ello (BGH NStZ 91, 296). Por otra parte, el tribunal no puede eximir al acusado de su obligación de estar presente en la exposición impresionante de los resultados de la autopsia (BGH StrV 93, 285) o cuando el lugar fijado para la realización de la audiencia fuera penoso (BGHSt 3, 187), ni puede examinar un departamento sin el acusado sólo porque el testigo le prohíbe la entrada (Hamburg NStZ 86, 569). El tribunal tampoco puede alejar al acusado por la fuerza, para impedir que éste adapte su declaración a la de un coacusado (BGHSt 15, 194). El acusado tampoco puede ser alejado de la sala de audiencias en caso de que se realice una "prueba de reconocimiento" para la que el tribunal indica que tome asiento provisionalmente en el banquillo de los acusados otra persona, para poner a prueba la memoria de un testigo, sino que, a lo sumo, puede ser enviado a la zona destinada al público (cuestionable por ello RGSt 60, 179). Asimismo, es inadmisible eludir el § 230 realizando interrogatorios en ausencia del coacusado afectado por una separación temporal admisible del procedimiento (BGHSt 24, 257; BGH MDR/H 79, 80; BGHSt 30, 74, con reseña de MAIWALD, JR 82, 34; BGHSt 33, 119; ver *supra* § 26, A, III, 1). Antes bien, en ese caso la declaración debe ser reiterada en presencia del acusado. Por el contrario, está permitida una separación cuando la audiencia continuada en ausencia de un coacusado se limita a un punto que no afecta al acusado ausente (BGHSt 32, 100; es dudoso si éste fue el caso en concreto).

III. Obtención de la comparecencia del acusado

Sin embargo, el tribunal no debe proceder sin el acusado. Aun cuando, p. ej., existen los presupuestos de los §§ 232 y 233 se puede *ordenar* su *comparecencia personal*, en todo momento, y obligarlo a través de su conducción forzada o de una orden de detención (§ 236, cf. también § 216, I, 2). Si el acusado ha comparecido pero, en contra de la prohibición del § 231, I, 1, amenaza con *retirarse*, el presidente puede tomar las medidas adecuadas al poder de policía de la audiencia (cf. § 176, GVG) y, p. ej., ordenar que se lo tome en custodia durante las suspensiones (§ 231, I, 2); las

órdenes de esta naturaleza son consideradas pertenecientes a la direción formal del juicio, de modo tal que no son impugnables conforme al § 238, II, ni a través del recurso de casación (BGH NJW 57, 271).

IV. Representación del acusado

Mientras que, en general, el defensor sólo es un asistente del acusado (cf. § 137), él puede actuar como su *representante* en un juicio oral que se lleva a cabo sin su presencia (§ 234), para lo cual necesita un poder escrito en el que, sin embargo, no es necesario que se mencione especialmente el caso de ausencia (BGHSt 9, 356; discutido).

V. Advertencias y aclaraciones en caso de ausencia

En caso de ausencia del acusado es suficiente que las advertencias necesarias según el § 265, I y II, sean hechas al defensor; la renuncia del acusado conforme al § 61, nº 5, así como su conformidad en razón del § 245, I, 2, y según el § 251, I, nº 4, II, únicamente son necesarios si ningún defensor toma parte en el juicio oral (§ 234a).

VI. Ausencia del único acusado

En los juicios orales contra *varios acusados*, la obligación de comparecer no es tan estricta en virtud del § 231c, introducido por la StVÄG 1979: si determinados acusados no están afectados por ciertas partes del juicio, se les puede permitir, del mismo modo que a sus defensores necesarios, por auto revocable del tribunal, alejarse durante esas partes del juicio. Sin embargo, se presenta uno de los casos previstos en el § 338, nº 5, cuando el tribunal extiende la audiencia a una parte del procedimiento que no está indicada en el auto, conforme al § 231c (BGH NStZ 85, 375, con comentario a favor de ROGALL, StrV 85, 354) o cuando el acusado con licencia para ausentarse durante la declaración de un testigo no está nuevamente presente en el juramento y alejamiento del testigo (BGH StrV 88, 370). Con mayores detalles sobre todo esto SCHLOTHAUER, *Koch-FG*, 1989, 215.

G. Sobre la reforma del juicio oral

Bibliografía: *Dahs*, Reform der HV, Schorn-FS, 1966, 14; *Eb . Schmidt*, Zur Frage nach der Notwendigkeit von Veränderungen der HV-Struktur, MDR 67, 877; *Blau* u. *Fischinger*, Die Teilung des Strafverf. in zwei Abschnitte, ZStW 81 (1969), 31 u. 49; *Heinitz*, Zweiteilung der HV? U. v. Lübtow-FG, 1970, 835; *Herrmann*, Die Reform der deutschen HV nach dem Vorbild des anglo-amerik. Strafverf., 1971; *Kleinknecht*, "Informelles Schuldinterlokut" im Strafprozeß nach geltendem Recht, Heinitz-FS, 1972, 651; *Knittel*, Zweiteilung der HV nach engl. Vorbild?, Schwinge-FS, 1973, 215; *Horn*, Tatschuld-Interlokut und Strafzumessung, ZStW 85 (1973), 7; *Ulmen*, Das Schuldinterlokut, tesis doctoral, Bonn, 1973; *Heckner*, Die Zweiteilung der HV nach Schuld- und Reaktionsfrage, tesis doctoral, München, 1973; *Achenbach*, Zweiteilung des Strafverf. - Plädoyer für eine "kleine Lösung", JR 74, 401; *Biland-Zimmermann*, Das Schuldinterlokut in der HV, tesis doctoral, Zürich, 1975; *Roxin*, Die Reform der HV im deutschen Strafprozeß, en: Probleme der Strafprozeßreform, 1975, 52; *Dästner*, Zur spezialpräventiven Ausrichtung des Strafverf. durch Zweiteilung der HV, RuP 76, 86; *idem*, Flexibles Schuldinterlokut?, DRiZ 77, 9; *Achenbach*, Das "Schuldinterlokut" und die justizielle Praxis, MschrKrim 77, 242; *Roxin*, Fragen der HV-Reform im Strafprozeß, Schmidt-Leichner-FS, 1977, 145; *Schöch/Schreiber*, Ist die Zweiteilung der HV praktikabel?, ZRP 78, 63; *Schöch*, Strafzumessung und Persönlichkeitsschutz in der HV, Bruns-FS, 1978, 457; *Schünemann*, Zur Reform der HV im Strafprozeß, GA 78, 161; *Dölling*, Die Zweiteilung der HV, 1978; *Schöch*, Die Reform der HV, en: Schreiber (comp.), Strafprozeß und Reform, 1979, 52; *Sessar*, Wege zu einer Neugestaltung der HV, ZStW 92 (1980), 698; *Wolter*, Schuldinterlokut und Strafzumessung, GA 80, 81; *Haddenbrock*, Das Sachverständ.dilemma im dt. Strafprozeß ohne Tat- oder Schuldinterlokut, NJW 81, 1302; *Schild*, Der Richter in der HV, ZStW 94 (1982), 37; *Maeck*, Der Zweiteilungsgedanke im Strafverf., tesis doctoral, München, 1984; *Deucker*, Informelles Kreuzverhör, Kleinknecht-FS, 1985, 79; *Dedes*, Schuldinterlokut, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 749; *Roxin*, Über die Reform des dt. Strafprozeßrechts, Jauch-FS, 1990, 183.

Ver, además, las indicaciones bibliográficas del § 17.

I. Diferentes prototipos

Desde hace décadas que las consideraciones de reforma giran en torno a la cuestión de si es recomendable transformar el proceso penal alemán *de lege ferenda*, basándose en el *modelo angloamericano*, en un *procedimiento de partes*. En nuestro juicio oral, en realidad, la posición del presidente del tribunal, quien dirige solo el juicio, interroga al acusado y lleva a cabo la recepción de la prueba, plantea varios problemas. Dado que él debe elaborar su borrador para el interrogatorio, en lo esencial, en virtud de los actos de la instrucción, es decir, de los elementos de la acusación, él puede ser influido fácilmente por el punto de vista de las autoridades de la acusación y perder la distancia crítica, necesaria para la actividad de juzgar, que debe existir con respecto a las investigaciones de la fiscalía. No es feliz, tampoco, que el juez inquisidor, a través de la obligación de esforzarse por probar la culpabilidad del acusado culpable, se convierta en adversario del acusado, por necesidad psicológica. El presidente le debe formular preguntas incómodas, tratar de descubrir contradicciones y valerse de una táctica de interrogatorio lo más eficaz posible. De este modo, el acusado tiene la sensación de que está tratando con un adversario, una circunstancia que muchas veces afectará la "aceptación" interna de la sentencia por el acusado y el efecto pacificador del fallo judicial.

Por otra parte, un procedimiento acusatorio puro, en el que un juez, sin conocimiento de las actas, no tuviera que intervenir en el esclarecimiento de los hechos y sólo al final tuviera que juzgar sobre los elementos de cargo y de descargo aportados por la fiscalía y por la defensa, tendría, todavía, desventajas de mayor peso. En primer lugar, un proceso medianamente complicado ya no puede ser dominado en la actualidad, con la exactitud necesaria, sin conocimiento de todos los elementos de las actas, de modo tal que el riesgo de que exista un error judicial, al tratarse de un juez sin conocimiento de las actas y que no interviene en el juicio, sería probablemente mayor que el que existe hasta ahora. Además, la posición del acusado empeoraría significativamente si la fiscalía, como "par-

te", ya no estuviera obligada, como lo está actualmente, a actuar también en favor del acusado. Pues, normalmente, la fiscalía tiene mayores ventajas que el defensor, ya que dispone de un aparato de investigación mayor y de medios coercitivos con los cuales la defensa no puede competir. Sería difícilmente tolerable que, en el futuro, ese potencial de investigación ya no estuviera también en favor del acusado. A ello hay que añadir que, en un modelo semejante, tampoco el tribunal podría actuar en descargo del acusado. Si la fiscalía reúne diligentemente todos los elementos de cargo y el defensor falla –lo que no ocurrirá con poca frecuencia en el caso de un defensor de oficio, muy atareado y pagado escasamente–, el tribunal, en forma distinta a lo que sucede hoy en día, no podría intervenir, compensando, debido a que él mismo no conoce el material de investigación y tampoco puede hacer averiguaciones por sí mismo. Esta consecuencia provocada por una actidud judicial moderada, en sí favorable, difícilmente podría ser aceptada.

Así, *de lege ferenda* se recomienda, a lo sumo, una "mezcla de modelos", tal como se ha impuesto hoy, preponderantemente, en el ámbito internacional, en forma muy variada, y tal como domina también, en parte, la praxis del proceso penal angloamericano. En el plano de la evolución alemana esto significaría, por una parte, que el conocimiento judicial de las actas y la obligación de esclarecimiento (§ 244, II), así como la posición absolutamente objetiva de la fiscalía deberían mantenerse, pero que, por otra parte, el interrogatorio sobre el hecho y la recepción de la prueba en el juicio oral se pondría en manos, ante todo, del *interrogatorio alternativo* de la fiscalía y de la defensa, y que el tribunal únicamente podría formular preguntas adicionales y, en caso necesario, a continuación, realizar interrogatorios complementarios. Ello ya no sucedería en virtud del principio acusatorio, sino, antes bien, con fundamento en la idea que se ha construido hasta ahora sobre el juicio oral; con frecuencia esto sucedería, ante todo, en interés del acusado. Con mayores detalles sobre ello ROXIN, 1975, 1977. Otras propuestas en SESSAR, 1980.

En cambio, SCHÜNEMANN, GA 78, 161 (en forma similar SCHLÜCHTER, núm. marg. 459), aboga por conservar, en lo esencial, la estructura actual del juicio oral, dado que el conocimiento judicial de las actas y la actividad inquisidora no perturba el proceso cognocitivo del juez, sino que, precisamente al contrario, tan sólo lo hace posible. Sin embargo, SCHÜNEMANN desconoce así que el modelo actual de juicio oral no resuelve la cuestión de cómo se puede liberar el juez de los juicios previos "erróneos" derivados de la idea de la acusación, con la que él se compromete a través de su actividad inquisitiva (sobre la crítica a SCHÜNEMANN, con más detalles ROXIN, 1977, 145, 149; SCHÖCH, 1979, 52, 68 y s., 74).

II. Cesura del juicio oral a través del interlocutorio de culpabilidad

Según el derecho vigente, la prueba sobre la comisión del hecho y sobre las circunstancias relevantes para la determinación de las consecuencias jurídicas es producida en un juicio oral unificado (sin embargo, acerca del interrogatorio sobre la persona cf. *supra* § 25, III). Por otro lado,

con frecuencia se exige *de lege ferenda*, particularmente siguiendo el ejemplo del derecho anglosajón (cf. sobre esto HERRMANN, 1971, 448 y ss.), una *división en dos partes* del juicio oral con pronunciamientos separados sobre la cuestión de la culpabilidad y (después de su afirmación a través de un *interlocutorio de culpabilidad*) sobre la cuestión de la pena. En principio, se debe recomendar imperiosamente una división semejante, porque las averiguaciones sobre la personalidad, que muchas veces comprometen al acusado en tanto su culpabilidad no ha sido probada, son superfluas, perjudiciales en sus consecuencias y, además, pueden ser aprovechadas para influir sobre el juez en la cuestión de la culpabilidad (cf. DAHS, NJW 70, 1705). Fuera de ello, el giro tan deseado hacia una ejecución consecuente y resocializadora de la pena (sobre esto M. HEINRICH, JA 95, 75) y hacia medidas social-terapéuticas hace necesario dedicar una parte especial del procedimiento a la decisión sobre las consecuencias jurídicas, que se toma en virtud de las averiguaciones completas sobre la personalidad (eventualmente con la exclusión de la publicidad). También el X Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en Roma, en 1969, se ha pronunciado en favor de la cesura del juicio oral –por lo menos para el caso de hechos punibles graves–. Los principales argumentos alegados en su contra: amenazadora dilación del procedimiento e imposibilidad de separar entre hecho y autor (cf., en especial, HEINITZ, 1970, 837 y ss.) pueden ser desvirtuados por completo (sobre esto, detalladamente, ROXIN, 1975, 66 y ss.). En efecto, se puede configurar la decisión intermedia no como una sentencia separada impugnable, sino sólo como auto, y, además, permitir recursos únicamente contra la sentencia que concluye la instancia. Por otra parte, se debe exigir que la cuestión de la capacidad de culpabilidad, que en casos dudosos hace necesaria una averiguación detallada de la personalidad, pueda ser discutida siempre sólo en la segunda parte del juicio oral, en relación con las consecuencias jurídicas del hecho, mientras que la primera parte esté dedicada a la comisión del hecho, con inclusión de todas las posibilidades de justificación y de las restantes posibilidades de exclusión de la pena (el llamado *interlocutorio sobre el hecho*).

Mientras este modelo aspira a la reforma del juicio oral, KLEINKNECHT, 1972, propone, en relación con las posibilidades descriptas en *supra* B, II, un *interlocutorio de culpabilidad informal*, de conformidad con el Derecho vigente (en forma similar BRUNS, 1985, 2ª ed., 290; PETERS, *Der neue Strafprozeß*, 1975, 170 y siguiente). Él señala, acertadamente, que ya en la actualidad al tribunal le está permitido dividir la materia del juicio según la cuestión de la culpabilidad y de la pena, o en el sentido del interlocutorio sobre el hecho y, en ciertas circunstancias, admitir los alegatos una vez concluida la primera parte de la recepción de la prueba y realizar una deliberación intermedia. No obstante, en vista de las reservas de la praxis contra la cesura, no se podrá renunciar a una modificación de la ley. Por ello, crecen las voces de quienes exigen la pronta fijación legal de una *pequeña solución*, p. ej., en el sentido de las propuestas de KLEINKNECHT, sobre la base de las cuales, al mismo tiempo, se ganaría experiencia con datos empíricos para construir una cesura definitiva (ACHENBACH, JR 74, 401; BLEI, JA 74, 817; DÄSTNER, RuP 76, 87, 91 y s.); una concepción semejante es recomendada también por las comisiones de Derecho penal de la Unión Alemana de Jueces y del Gremio ÖTV (cf. sobre esto DÄSTNER, DRiZ 77, 9; ACHENBACH, MschrKrim 77, 242). Sobre la comprobación empírica, cf. detalladamente DÖLLING, 1978. A favor del interlocutorio, desde el punto de vista psiquiátrico también HADDENBROCK, NJW 81, 1302, con el argumento de que, de lo

contrario, se podría abusar de las apreciaciones del perito sobre la personalidad como indicio a favor o en contra de una autoría del acusado. A favor del interlocutorio desde el punto de vista del principio del Estado social de Derecho, MÜLLER-DIETZ, *Dünnebier-FS*, 1982, 75; a favor de un interlocutorio sobre el hecho como consecuencia necesaria de la presunción de inocencia, GROPP, JZ 91, 812.

III. Proyecto alternativo "juicio oral"

En 1985 apareció un proyecto alternativo de "Reforma del juicio oral", en gran parte análogo a las propuestas aquí recomendadas, pero que va más lejos en las particularidades y está fundado detalladamente (con mayor información ROLINSKI, *Maihofer-FS*, 1988, 371); RIEß, *Lackner-FS*, 1987, 965, y HERMANN, ZStW 100 (1988), 41, proporcionan trabajos críticos sobre ello. Especialmente en contra de la introducción del interrogatorio alternativo, WEIGEND, ZStW 100 (1988), 733. MOOS, ZStW (1991), 553, ofrece un análisis con la inclusión de las regulaciones de Austria y Suiza y de propuestas.

§ 43. La extensión de la recepción de la prueba

Bibliografía: *Beling*, Die Bew.verbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 1903, Neudruck 1968; *Meyer-Alberti*, Der Bew.ermittlungsantrag, 1929; *Stützel*, Der Bew.antrag im Strafverf., 1932; *Simader*, Die Ablehnung von Bew.anträgen in der Hauptverhandlung, 1933; *Nüse*, Zur Ablehnung von Bew.anträgen wegen Offenkundigkeit, GA 55, 72; *Wessels*, Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß, JuS 69, 1; *Schroeder*, Die Bew.aufnahme im Strafprozeß usw., ROW 69, 193; *Grünwald*, Die Wahrunterstellung im Strafverf., Honig-FS, 1970, 53; *Köhler*, Inquisitionsprinzip und autonome Bew.führung, 1979; *Engels*, Die Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO, tesis doctoral, Bonn, 1979; *Willms*, Zur Problematik der Wahrunterstellung, Schäfer-FS, 1980, 275; *Tenckhoff*, Die Wahrunterstellung im Strafprozeß, 1980; *Engels*, Bew.antizipationsverbot und Bew.erhebungsumfang im Strafprozeß, GA 81, 20; *Marx*, Die Verwertung präsenter Bew.mittel nach neuem Recht, NJW 81, 1415; *Schulz*, Die proz. Behandlung des Bew.ermittlungsantrages, GA 81, 301; *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Bew.antrag im Strafprozeß, 5ª ed., 1983; *Lüderssen*, Zur "Unerreichbarkeit" des V-Mannes, Klug-FS, 1983, 527; *Herdegen*, Bemerkungen zum Bew.antragsrecht, NStZ 84, 97, 200, 337; *Hilger*, Zum Rechtsweg gegen Sperrerklärung und Verweigern der Aussagegenehmigung in V-Mann-Prozessen, NStZ 84, 145; *Maul*, Die gerichtl. Aufklärungspflicht in der Sicht der Rspr. des BGH, Peters-FG II, 1984, 47; *Quedenfeld*, Bew.antrag und Verteidigung usw., *ibidem*, 215; *Schmidt-Hieber*, Der Bew.antrag im Strafprozeß, JuS 85, 291, 458; *ter Veen*, Das unerreichbare Bew.mittel und seine proz. Folgen, StrV 85, 295; *Fezer*, Zur Problematik des gerichtl. Rechtsschutzes bei Sperrerklärungen gem. § 96 StPO, Kleinknecht-FS, 1985, 113; *Bringewat*, Grundfragen der Wahrunterstellung im Strafprozeß, MDR 86, 353; *Julius*, Zum Verhältnis von Aufklärungspflicht und Bew.antragsrecht im Strafprozeß, NStZ 86, 61; *J. Kühl*, Prozeßgegenstand und Bew.thema im Strafverf., 1987; *Liemersdorf*, Bew.antragsrecht und Sachverhaltsaufklärung, StrV 87, 175; *Julius*, Die Unerreichbarkeit von Zeugen im Strafprozeß, 1988; *Foth/Karcher*, Überlegungen zur Behandlung des Sachbeweises im Strafverf., NStZ 89, 166; *Taschke*, Die behördl. Zurückhaltung von Bew.mitteln im Strafprozeß, 1989; *Herdegen*, Aufklärungspflicht - Bew.antragsrecht - Bew.antrag - Bew.ermittlungsantrag, Meyer-GS, 1990, 187; *H.-R. Müller*, Zur Aufklärungspflicht bei Wahrunterstellung, *ibidem*, 285; *Wu*, Rechtsfehler bei der Bew.gewinnung und ihr strafproz. Rechtsmittel, 1990; *Hoffmann*, Der unerreichbare Zeuge im Strafverf., 1991; *Schrader*, Der Hilfsbew.antrag - ein Dilemma, NStZ 91, 224; *Schwenckendieck*, Die Ablehnung eines Bew.antrags wegen Verschleppungsabsicht usw., NStZ 91, 109; *Dedes*, Bew.verf. und Bew.recht, 1992; *Geppert*, Die höchstrichterl. Rspr. zu bew. rechtl. Fragen bei behördl. geheimgehalt. V-Mann, Jura 92, 244; *Herdegen*, Das Bew. antragsrecht im rechtsstaatl. Strafverf., en: 16. Strafverteidigertag, 1992, 133; *Klinghardt*, Stasi-Unterlagen als Bew.mittel im Strafverf., NJ 92, 185; *H. E. Müller*, Behördliche Geheimhaltung und Entlastungsvorbringen des Angeklagten, 1992; *Niemöller*, Bedingte Bew.anträge im Strafverf., JZ 92, 884; *Schlüchter*, Wahrunterstellung und Aufklärungspflicht bei Glaubwürdigkeitsfeststellungen, 1992; *idem*, Zur Relativierung der gerichtl. Aufklärungspflicht durch Verständigung im Strafverf., Spendel-FS, 1992, 737; *Schulz*, Die Stellung des Richters in der Bew.aufnahme, en: Der Richter in Strafsachen, 1992, 91; *Thole*, Der Scheinbew.antrag im Strafprozeß, 1992; *Frister*, Das Verhältnis von Bew.antragsrecht und gerichtl. Aufklärungspflicht im Strafprozeß, ZStW 105 (1993), 340; *Grünwald*, Das Bew.recht der StPO, 1993; *Scheffler*, Bew.anträge kurz vor oder während der Verkündung des Strafurteils, MDR 93, 3; *Bauer*, Der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung usw., MDR 94, 953; *Rabe*, Die Wahrunterstellung im Strafprozeß, 1994; *Vitt*, Das Erfordernis weiteren Einsatzes einer V-Person als Grund für eine Sperrerklärung analog § 96 StPO, Jura 94, 17; *Basdorf*, Änderungen des Beweisantragsrechtes und Revision, StrV 95, 312; *Fezer*, Reduktion von Beweiserfordernissen..., StrV 95, 263; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision, 1995; *Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, 1995; *idem*, Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, 1995; *Römbke*, Der Ablehnungsgrund wegen Prozeßverschleppung gem. § 244 III 2, 6. Fall StPO, tesis doctoral, Münster, 1995; *ter Veen*, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozeß, 1995; *Widmaier*, Der Hilfsbew.antrag mit "Bescheidungsklausel", Salger-FS, 1995, 421; *Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten..., ZStW 108 (1996), 128; *Buschhorn*, Rechtsprobleme der Offenkundigkeit von Tatsachen im Strafverfahren, 1997; *Schweckendieck*, Bedeutungslosigkeit und Wahrunterstellung..., NStZ 97, 257; *Wenger*, Beweisanträge des Angeklagten auf Vernehmung von Auslandszeugen..., tesis doctoral, Tübingen, 1997.

Cf., también, las indicaciones bibliográficas previas al § 15, al § 24 y al § 24 D.

La recepción de la prueba en el juicio oral tiene como meta exhibir la prueba, por principio, originariamente; pues, conforme al § 261, el tribunal tiene que formarse su convicción exclusivamente de la totalidad del juicio oral –no de las actas– (cf. *infra* § 44). Ello explica que la ley proporcione disposiciones precisas sobre la extensión de la recepción de la prueba.

A. El principio de la obligación judicial de esclarecimiento

En principio, el tribunal, "para investigar la verdad, tiene que extender de oficio la recepción de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que tienen importancia para la decisión" (§ 244, II). Este principio de la *obligación judicial de esclarecimiento*, que resulta de la *máxima de instrucción* (*supra* § 15, A), significa en particular:

1. El tribunal investiga los hechos *de oficio* y, por tanto, no está sujeto a los requerimientos de otros intervinientes en el procedimiento. También investiga por sí mismo, en principio, las situaciones de justificación, disculpantes u otras situaciones de excepción que excluyan la punibilidad; sin embargo, algunos indicios deben recomendar esa comprobación. Si

una de estas circunstancias ha permanecido oculta a la fiscalía (¡§ 160, II!) y al tribunal, entonces le corresponde al imputado proponer la producción de la prueba respectiva (BGHSt 16, 389).

2. El tribunal produce prueba, en principio, sobre *todos los hechos de importancia para la decisión*; la única excepción la constituyen los hechos *notorios* (hechos generalmente conocidos y hechos notorios judiciales), que no necesitan prueba (cf. *supra* § 24, C).

3. El tribunal debe *agotar todos los medios de prueba* que tiene a su disposición, en especial aquellos cuyo aprovechamiento está *recomendado* por los hechos conocidos hasta el momento (cf. BGHSt 3, 173; 13, 326), y, por cierto, sin considerar si un interviniente en el proceso ha formulado un requerimiento análogo. Sólo después del aprovechamiento de todos los medios de prueba interviene el principio *in dubio pro reo* (instructivo sobre esto BGH NJW 78, 113: caso *Weinhold*; BGH NStZ 91, 399: análisis de ADN).

4. La obligación judicial de esclarecimiento, así como la obligación de admitir un requerimiento de prueba (ver *infra* B), encuentra su límite, en principio, en el § 244, III y IV (cf. WESSELS, 1969). Empero, en determinadas circunstancias, con esta cláusula general también se puede moderar la rígida regulación del § 244, III y IV. Así, en el proceso "Bartsch", el BGH ha declarado que a causa del desvarío impulsivo del acusado, único en su género, la obligación de esclarecimiento exigió traer al científico sexual GIESE, como "experto máximo", a pesar de que el LG, conforme al tenor literal del § 244, IV, 2, había rechazado, con razón, un requerimiento de prueba referido a ello (BGHSt 23, 176, 187; cf. también BGHSt 10, 116; sobre esto FEZER 12/100). Si un tribunal, en razón de un punto de partida diferente acerca de las circunstancias del caso, llega a un resultado distinto de aquel expuesto por el perito, la obligación de esclarecimiento exige que a este último le dé la oportunidad de expresarse sobre las circunstancias tomadas como base por el tribunal (BGH NStZ 85, 421). Por otra parte, el § 244, II, obtiene concreción, en cuanto a su contenido, a través del § 244, III y IV: las incorporaciones de pruebas, cuya realización puede ser exigida por un requerimiento, están impuestas, en general, por el deber de esclarecimiento. Sin embargo, no existe una concordancia total entre el derecho a solicitar prueba y el deber de esclarecimiento (SCHMIDT-HIEBER, 1985, 292 y ss.; JULIUS, 1986); en caso de que existan miles de testigos, la obligación de esclarecimiento no exige la declaración de cada uno de ellos, aun cuando se podría forzar a ello (teóricamente) a través de un requerimiento de prueba. Asimismo, el tribunal no tiene que interrogar de oficio como testigos, sobre cómo sucedió el hecho, a todas las personas presentes en el banco en el momento de un asalto, cuando en virtud de las declaraciones realizadas hasta el momento puede suponer que los demás presentes sólo confirmarían el desarrollo del hecho investigado. Pero si existen indicios de que una persona presente podría conformar un relato distinto, el tribunal debe interrogarla de oficio, aun cuando considere ya desmentida una declaración semejante (cf. *infra* C, II, 1, e, bb); en este sentido, instructivamente, FRISTER, 1993. Si las declaraciones contradictorias de órganos de prueba no son puestas de manifiesto por el tribunal, existe una violación al § 244, II (para testigos BGH StrV 89, 423; para peritos BGH NStZ 90, 243; 91, 448).

5. Sobre la cooperación entre defensa y tribunal, cf. *supra* §§ 15, A, II; 19, E, IV.

B. Requerimiento de prueba y requerimiento de investigación de prueba

Sin embargo, el deber de esclarecimiento de los hechos, en principio judicial, no debe excluir a los restantes intervinientes en el proceso, en especial al imputado (¡él es sujeto procesal!), de cooperar en esa tarea.

I. Esto es posible de dos maneras, a saber:

1. a través de un *requerimiento de prueba*, esto es, de la petición "de valorar un medio de prueba determinado, admisible según el ordenamiento procesal, sobre un hecho determinado" (BGHSt 6, 129);

2. o a través de un *requerimiento de investigación de prueba*, esto es, una mera propuesta al tribunal –que no satisface los requisitos de un requerimiento de prueba– de efectuar otros actos probatorios para esclarecer la cuestión de la culpabilidad o de la punibilidad (para otras cuestiones rige la prueba libre; ver *supra* § 24, B); a ellas le falta, o bien una afirmación fáctica determinada (sobre las exigencias de determinación BGHSt 37, 162) o la designación de un medio de prueba determinado (p. ej., cuando primeramente se debe examinar miles de actas a partir de determinados hechos, BGH NStZ 82, 296; cf., por lo demás, *KK*-HERDEGEN, § 244, núms. margs. 53 y siguientes). Por el contrario, el BGH NStZ 95, 356, para admitir un requerimiento de prueba, considera suficiente que se solicite la declaración de un testigo y que los hechos hipotéticamente conocidos por él sólo sean informados al fundar la solicitud. El BGH no permite hacer valer como afirmación fáctica determinada la "falta de credibilidad" de un testigo (BGHSt 37, 162, con comentario crítico de SCHULZ, NStZ 91, 449, y comentario de GOLLWITZER, JR 91, 472). La delimitación del requerimiento de prueba no siempre es sencilla[1]. Pero si el solicitante formula una afirmación fáctica determinada, el tribunal no puede analizarla como requerimiento de investigación de prueba, con el fundamento de que se trata de una mera presunción, porque el defensor también puede convertir en objeto de un requerimiento de prueba a hechos que él, únicamente, considera posibles[2]. Lo mismo rige cuando consta que un testigo ha percibido determinadas circunstancias, pero es dudoso que pueda recordarlas (BGH NStZ 88, 324).

Según el BGHSt 40, 3 (con un informe detallado sobre la jurisprudencia; comentario crítico de WIDMAIER, NStZ 94, 248; reseña de WOHLERS, JR 94, 288), los testigos deben ser individualizados, en principio, a través de la indicación del nombre completo y de la dirección. Si esto no es posible, también existe un requerimiento de prueba cuando el testigo está tan individualizado a través de otras referencias que puede ser investigado por el tribunal con suficiente precisión.

Acerca del "cambio de interpretación de requerimientos de prueba a propuestas de prueba" y la evolución de la jurisprudencia, instructivamente, GOLLWITZER, StrV 90, 420, quien, con razón, sólo rechaza un requerimiento de prueba cuando el solicitante sabe que el hecho afirmado no es exacto y considera imposible que la producción de la prueba aporte algo en su favor (complementariamente sobre esto HERDEGEN, StrV 90, 518). También HERDEGEN,

[1] Cf. BGHSt 39, 251, con comentario de WIDMAIER, NStZ 93, 602; BGH NStZ 81, 309; StrV 82, 55; BayObLG StrV 82, 414, así como SCHMIDT-HIEBER, 292 y s., y SCHULZ, StrV 85, 312.

[2] BGH NStZ 87, 181, con comentario a favor de WELP, JR 88, 387; BGH StrV 89, 237; 89, 287; NStZ 93, 143; 93, 247; JULIUS, MDR 89, 116.

1990, 199 y ss., recalca que una declaración hecha "a la ligera", "sin reflexionar", no es una "afirmación" y, con ello, tampoco constituye un requerimiento de prueba; pero la carga probatoria de que la exposición del solicitante "carece de fundamento" le corresponde al tribunal (cf. BGH NStZ 92, 397, con reseña de R. PETERS, NStZ 93, 293; Köln StrV 96, 368).

II. Esta diferenciación tiene *significado práctico*: mientras que el requerimiento de prueba sólo puede ser rechazado bajo presupuestos reducidos y, además, únicamente por un auto formal del tribunal (en particular C), el tribunal sólo tiene que llevar adelante un requerimiento de investigación de prueba cuando resulta exigido dentro del marco del deber de esclarecimiento; fuera de eso, para su rechazo no necesita auto alguno (RGSt 64, 432; discrepa SCHULZ, GA 81, 301).

C. El rechazo de requerimientos de prueba

El rechazo de requerimientos de prueba está regulado de manera muy diferenciada en los §§ 244 y 245; allí encontramos una gradación de los medios de prueba que va desde los presentes (I) a los no presentes (II), y luego, nuevamente, desde la prueba documental y la prueba testimonial (II, 1), pasando por la prueba de peritos (II, 2), hasta la realización de inspecciones oculares (II, 3).

I. Medios de prueba presentes

Dentro de los llamados *medios de prueba presentes*, conforme al § 245, a partir de la StVÄG 1979, se debe diferenciar, además:

1. La recepción de la prueba debe extenderse de oficio a todos los testigos y peritos citados por el tribunal (!), que han comparecido, así como a los medios de prueba materiales procurados por el tribunal o por la fiscalía en virtud del § 214, IV, a menos que la práctica de la prueba sea inadmisible. El rechazo de medios de prueba de esta naturaleza sólo es admisible cuando existe acuerdo de la fiscalía, del acusado y del defensor (§ 245, I; con mayores detalles RIEß, NJW 77, 881). Por consiguiente, la existencia física de un objeto de prueba no es suficiente; antes bien, el tribunal debe haber declarado que se debe hacer uso de él en la recepción de la prueba (BGHSt 37, 168, con reseña de KÖHLER, StrV 92, 4; FEZER, JR 92, 36).

2. Solamente existe una obligación del tribunal de extender la recepción de la prueba a los testigos y peritos citados por el acusado (§ 220) o por la fiscalía, que han comparecido, así como a otros medios de prueba materiales, cuando se formula un requerimiento de prueba formal. El rechazo de un requerimiento de prueba semejante es obligatorio en caso de inadmisibilidad y es facultativo "cuando el hecho que debe ser probado ya está demostrado o es notorio, cuando no existe relación entre él y el objeto de decisión en la sentencia, cuando el medio de prueba es completamente inidóneo o cuando el requerimiento ha sido formulado con el fin de demorar el proceso" (§ 245, II). En forma distinta que en el § 244, II, el rechazo por carencia de importancia no está previsto (BGH StrV 93, 287; NStZ 97, 610). En contraposición con el § 244, IV, 2, en el caso de la prueba de peritos no está restringida aquí la prohibición de anticipación de prueba (ENGELS, GA 81, 36).

La nueva regulación ha tomado, en parte, los motivos de rechazo del § 244, III (sobre la interpretación cf. *infra* II). El motivo de rechazo consistente en la impertinencia por falta de relación, introducido de modo adicional, debe ser interpretado restrictivamente (cf. MARX, NJW 81, 1420). Falta la relación (impertinencia), p. ej., cuando un acusado por declaraciones antisemitas propone la lectura de partes de la Biblia para probar sus afirmaciones (así la situación fáctica en BGHSt 17, 28). En J. KÜHL, 1987, se halla un rechazo general al control judicial de la relevancia, según está previsto para los criterios de "falta de relación" en el § 245, II, 3, y de "falta de importancia" en el § 244, III, 2. De todos modos, un medio de prueba sólo puede ser rechazado cuando es completamente irrelevante; no es suficiente que pueda favorecer al esclarecimiento de la causa únicamente de manera insignificante (KG StrV 88, 380).

El § 245 presupone que los testigos y peritos hayan sido "citados y que hayan comparecido"; por ello, él no rige para los *testigos o peritos* llevados a la audiencia (*"presentados"*) por el acusado sin citación formal (§§ 220 y 38; BGH MDR/H 81, 982). El requerimiento de que se les tome declaración debe ser considerado como un requerimiento de prueba simple, conforme al § 244, y puede ser rechazado de conformidad con el § 244, III y IV.

II. Medios de prueba que no están presentes

Si un medio de prueba *no está presente*, pues el requerimiento de prueba tiende sólo a procurarlo, su rechazo está permitido con mayor amplitud (§ 244).

1. Prueba testimonial y documental

Para la *prueba testimonial* y *documental*, hasta ahora, rige exclusivamente el § 244, III. Desde el 1/3/1993, el interrogatorio de testigos también puede ser rechazado bajo los presupuestos del § 244, V, 2 (cf. *infra* e).

Según el § 244, III, los requerimientos de prueba pueden ser rechazados bajo los cuatro presupuestos siguientes, expuestos en a/d (la ley enumera ocho, pero pueden ser reunidos en cuatro grupos)[3]:

a) Por *inadmisibilidad*: p. ej., cuando se ha solicitado el interrogatorio como testigo de un funcionario al que la autoridad superior en el servicio le ha negado la autorización para declarar (cf. § 54), o cuando se solicita la lectura de un acta policial de interrogatorio sobre la confesión del acusado (cf. § 254); a diferencia de los casos b/d, en el supuesto de inadmisibilidad el tribunal no sólo está autorizado, sino también obligado al rechazo (§ 244, III, 1).

Las observaciones de carácter oficial del juez actuante, concernientes al procedimiento penal en curso (una testigo visita al juez en su despacho, hace declaraciones importantes y,

[3] Con mayores detalles sobre todos los motivos de rechazo y sobre el problema de la apreciación anticipada de la prueba, relacionado con ello, TER VEEN, 1995, 84/196; EISENBERG, BewR, núms. margs. 206/251, también proporciona una síntesis muy clara.

en adelante, es imposible de hallar), pueden ser introducidas en el juicio oral a través de declaraciones oficiales del presidente del tribunal. Un requerimiento de prueba para interrogar testimonialmente al juez, que lo excluiría del procedimiento posterior (§ 22, n° 5), es inadmisible (BGHSt 39, 239).

b) En caso de *superabundancia*, ya sea,
- porque el hecho es notorio (sobre esto *supra* § 24, C, II); o
- carece de importancia (por motivos jurídicos o fácticos); o
- ya está probado; o
- porque una afirmación relevante que debe ser probada para descargo del acusado, puede ser tratada como si ella fuera verdadera (la llamada *presunción de verdad*).

Si el tribunal rechaza un requerimiento de prueba porque carece de importancia, ello constituye un motivo de casación por violación del § 244, II, cuando, a pesar de ello, el tribunal incluye como base de la sentencia la afirmación contraria a aquella que se pretendió probar con el requerimiento (BGH StrV 92, 147, con comentario de DECKERS; BGH StrV 96, 648).

Si el tribunal no se atiene a una presunción de verdad, existe allí una lesión al § 244, III, y al mandato del *fair trial* (BGHSt 32, 44, con comentario en contra de K. MEYER, JR 84, 173; BGH StrV 95, 172). La presunción de verdad es una aplicación anticipada del principio *in dubio pro reo* (detenidamente sobre esto TENCKHOFF, 115 y ss.; HERDEGEN, NStZ 84, 340; de otra opinión BRINGEWAT, 1986) y, por ello, sólo es aplicable cuando ya no es posible esclarecer mejor los hechos (BGHSt 1, 137; BGH StrV 96, 647, 648; NStZ-RR 97, 8). Por esa razón, el tribunal no puede extraer de ella, en modo alguno, conclusiones en contra del acusado (BGH StrV 94, 115; 94, 633). Es discutida –pero debe ser contestada negativamente– la cuestión de si el tribunal está vinculado a su opinión original de que una afirmación (supuesta como verdadera) es relevante[4]. No obstante, por motivos de economía procesal y como consecuencia de la obligación judicial de asistencia (cf. *supra* § 42, D, V) se debe exigir, en aplicación analógica del § 265, que el tribunal advierta sobre la comprobación posterior de la falta de importancia[5]. El tribunal también está obligado a fundamentar en la sentencia la falta de importancia comprobada con posterioridad (TENCKHOFF, 135 y s.; cf. también BGHSt 28, 310). Sobre la problemática de la presunción de verdad resumidamente FEZER 12 y 64/69; SCHLÜCHTER, 1992 (presunción de verdad), 12/31.

[4] Como aquí RGSt 65, 322; BGH GA 72, 72; MDR/H 79, 281; TENCKHOFF, 133; de otra opinión SCHRÖDER, NJW 72, 2105; WILLMS, 275.

[5] TENCKHOFF, 133 y ss.; de otra opinión H.-R. MÜLLER, 1990. Algo restrictivo Hamm NStZ 83, 522; rechazado por Celle NStZ 86, 91, con comentario en contra de TENCKHOFF, StrV 86, 424.

c) En caso de *inutilidad*, esto es, cuando el medio de prueba aa) es completamente inidóneo o bb) es inasequible.

aa) Dado que la comprobación de *falta de idoneidad* implica una anticipación de la apreciación de la prueba, está limitada a pocos casos excepcionales de evidencia objetiva[6]. Un anterior coimputado, ya condenado definitivamente, es inidóneo, desde un principio, como medio de prueba, al igual que lo es la esposa del acusado o una persona que fue condenada reiteradas veces por perjurio. Un perito no es completamente inidóneo cuando no puede declarar sobre la culpabilidad o inocencia, sino sólo sobre la mayor o menor probabilidad de la comisión del hecho (BGH NJW 83, 404) o de la afirmación que constituye el objeto de la prueba (BGH NStZ 84, 564; StrV 84, 231; NStZ 95, 97); algo análogo rige para las declaraciones de testigos (BGH NStZ 84, 42). De ninguna manera se puede equiparar el valor probatorio reducido o dudoso a inidoneidad completa del medio probatorio (BGH StrV 93, 508; 97, 338; KG StrV 93, 120). En cambio, según el BGH NJW 78, 1207, tanto un vidente como un dictamen parapsicológico son completamente inidóneos como medios de prueba. Por otra parte, para comprobar si, ante la negativa a realizar el servicio social, existe una objeción de conciencia, no es inidóneo el dictamen de un perito psicólogo (BayObLG NStZ 85, 315). Es objetable el considerar completamente inidóneo a un medio de prueba, debido a que el tribunal, antes del juicio oral, se ha formado la opinión de que un testigo no estaría dispuesto a proporcionar informaciones útiles (sin embargo, así BGH MDR/H 82, 104). Por el contrario, un testigo puede ser inidóneo cuando debe declarar sobre un acontecimiento ocurrido hace mucho tiempo que, según la experiencia general, ya no puede recordar (BGH NStZ 93, 295).

bb) Un testigo es *inasequible* cuando no puede ser hallado. La incapacidad de varios meses para ser interrogado del único testigo de cargo no lo torna inasequible (BayObLG StrV 82, 412). El hecho de que un testigo haya hecho uso en otra oportunidad de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente o de responder determinadas preguntas, no lo torna inasequible –de manera distinta que en caso de negación de la autorización para declarar en razón del § 54 o de una prohibición de producción de prueba– (BGH NStZ 81, 32). Si un testigo no puede ser interrogado en el juicio oral, pero sí puede serlo por un juez comisionado o requerido de conformidad con el § 223, no puede ser considerado como inasequible sólo porque el tribunal no espera nada de un interrogatorio por comisión (BGH JR 84, 129, con comentario crítico de K. MEYER). Actualmente, el § 244, V, 2, en relación con el § 244, V, 1, posibilita el rechazo de requerimientos de prueba para interrogar a testigos que deben ser citados en el extranjero, aunque únicamente cuando el interrogatorio no es necesario para la averiguación de la verdad, según el poder discrecional, conforme a derecho, del tribunal (ver *infra* e).

Si la imposibilidad de interrogar al testigo en el juicio oral (o bien en interrogatorio judicial del testigo en general) se basa en que el testigo es un informante ("hombre de confianza") de los organismos de defensa o de la policía (sobre esto con más detalles *infra* § 44, B, IV), cuya declaración no está autorizada por la autoridad competente o cuyo nombre y dirección en la que se debe realizar la citación no es comunicada por la autoridad superior del servicio, el tribunal está obligado, en virtud de su obligación de esclarecer la causa (§ 244, II), a examinar los motivos para negar la autorización para declarar o para negarse a revelar los datos personales (BVerfGE 57, 250, 288; BGHSt 32, 115, 125 y s.; BGH NStZ 89, 282), a procurar que el informante declare en el juicio oral y público (BGHSt, *loc. cit.*; BGH NStZ 93, 248) y, dado el caso, a exigir de la autoridad la revisión de su decisión (BGHSt 32, 115, 126; detalladamente LÜDERSSEN, *Klug-FS*, 1983, 527). El testigo sólo es inasequible cuando el tribunal, a pesar de todos los esfuerzos, no puede conseguir la revocación del impedimento para decla-

[6] En sentido afirmativo, HERDEGEN, NStZ 97, 505; en contra de las explicaciones detalladas –pero que trabajan con criterios poco seguros– expuestas en BGH NStZ 97, 503, crítico también, WOHLERS, StrV 97, 570.

rar (BGHSt 36, 159). El único fundamento admisible para retener el nombre de un testigo y la dirección en la que se debe realizar su citación es la existencia de perjuicios para el bienestar del Estado Federal o de un Estado alemán federado (aplicación analógica del § 96); además, la autoridad debe explicar al tribunal por qué tales perjuicios están vinculados al interrogatorio del informante (BGHSt 30, 34; 32, 115; Celle NStZ 83, 570). Sobre el impedimento para declarar tiene que decidir; en última instancia, el ministro del interior; no es competente para ello el ministro de justicia (BGHSt 41, 36, con reseña de GÖSSEL, NStZ 96, 287). El interés en no desenmascarar a un informante es un motivo suficiente para impedir la declaración (Celle NStZ 91, 145). También la fiscalía puede rechazar la solicitud del tribunal que propone un interrogatorio testimonial completo únicamente bajo los presupuestos del § 96, BGH StrV 88, 45; Frankfurt NJW 82, 1408. El § 96 es aplicable analógicamente a los informantes que no son funcionarios policiales (BVerfGE 57, 250, 272). La autoridad administrativa debe partir del supuesto de que, en principio, un testigo tiene que declarar en juicio oral y público; ella debe tomar en cuenta, además de las funciones que le corresponden, el significado del descubrimiento judicial de la verdad y la importancia de la pretensión de libertad (BGHSt 32, 115, 124; cf. también BVerfGE 57, 250, 283). También se debe exponer los perjuicios concretos para el bienestar de Estado Federal o de un Estado alemán federado; criterios abstractos de la clase de que las actas reservadas son secretas por su naturaleza, no son suficientes para fundamentar el impedimento (BVerwG StrV 86, 523). El rechazo de la autorización para declarar puede ser impugnado ante los tribunales administrativos; la negación de los datos personales del testigo, ante los OLG (conforme al § 23, EGGVG)[7]. Sin embargo, según el BVerwG StrV 86, 523, la vía judicial administrativa está abierta también contra la reserva de actas por parte de una autoridad. Si el impedimento invocado por la autoridad para que el testigo declare es abusivo, el requerimiento de prueba para interrogar a esa persona no puede ser rechazado por inasequible y no se puede leer un acta extrajudicial o una declaración escrita del informante –en cualquier caso contra la voluntad del acusado– con arreglo al § 251, II; en un caso semejante también es inadmisible el interrogatorio de un "testigo de oídas" (sobre esto *infra* § 44, B, IV) cuando ello es contrario a la voluntad del acusado (BGHSt 31, 154 y ss.; 33, 92; en BGHSt 36, 162 y s., restringido a impedimentos arbitrarios y manifiestamente erróneos desde el punto de vista jurídico). Esto resulta del derecho del acusado a que el procedimiento sea llevado a cabo con lealtad[8]. Según Stuttgart MDR 86, 690, la promesa de confidencialidad hecha por la autoridad a un informante, que abre por sí sola la vía a medios de prueba con fuerza probatoria, es, en principio, admisible y vinculante (discutido). Si un informante es excluido con razón, de todos modos, el rechazo a responder una lista escrita de preguntas lesionará siempre el art. 6, III, d, MRK, y conducirá a la revocación de la sentencia (BGH NStZ 93, 292).

d) En caso de *intenciones dilatorias*.

El rechazo por intenciones dilatorias presupone la comprobación, sin lugar a dudas, de que el solicitante es consciente de la imposibilidad de obtener un giro favorable del procedimiento a través de la producción de la prueba; de esa imposibilidad también debe estar convencido el mismo tribunal (BGH NStZ 84, 230; 90, 350, con reseña de WENDISCH). Dado que también aquí existe una valoración anticipada de la prueba, la jurisprudencia (con mayores detalles SCHWENCKENDIECK, 1991) establece requisitos muy rigurosos para la comprobación de los motivos (cf. BGH NStZ 82, 391); en particular, un requerimiento no puede ser rechazado sin un examen del contenido (BGHSt 21, 118; BGHSt 29, 149; en sentido afirmativo TER VEEN, 1995, 290, 294). Además, sólo debe considerarse objetivamente la dilación del proceso, cuando es de esperar un retraso considerable del procedimiento (Köln NStZ 83, 90, con comentario de DÜNNEBIER)[9]. Pero el rechazo infundado de un requerimiento de prueba por dilación del proceso no constituye un vicio del procedimiento cuando, manifiestamente, existen los presupuestos para un rechazo conforme al § 244, V, 2 (BGH StrV 94, 635, con comentario crítico de E. MÜLLER).

e) *Motivos inadmisibles de rechazo*

Del § 244, III, 2, *a contrario sensu*, resulta que el *rechazo* de un requerimiento de prueba para la declaración de un testigo o para la incorporación de documentos es *inadmisible* con la siguiente fundamentación:

aa) El medio de prueba ha sido propuesto demasiado tarde (así expresamente el § 246; BGH NStZ 82, 41). Según la decisión del BVerfG StrV 92, 307, el rechazo de un requerimiento de prueba por demora lesiona, incluso, la prohibición de arbitrariedad (art. 3, I, GG) y el derecho a ser oído conforme a la ley (art. 103, I, GG). Un requerimiento debe ser aceptado aún en el momento fijado para el pronunciamiento de la sentencia (BGH NStZ 81, 311). Sin embargo, si él fue formulado demasiado tarde, con intenciones dilatorias, el requerimiento puede ser rechazado conforme al § 244, III, 2, pero, en ese caso, se debe excluir todo otro motivo para la presentación tardía del requerimiento de prueba (Karlsruhe StrV 93, 405).

bb) El tribunal ya está convencido de lo contrario (la causa ya está aclarada) y, por ello, no se daría crédito al testigo o al documento. Allí existiría una anticipación inadmisible del resultado de la prueba (BGH StrV 86, 418; 93, 621); la apreciación de un medio de prueba que todavía no se ha visto en absoluto está excluida debido a que, en general, sólo después de la producción de la prueba se puede decidir sobre el valor de un medio de prueba.

cc) Otro medio de prueba es tan digno de confianza como el solicitado (de otra opinión BGHSt 22, 347: el examen de mapas en lugar de la declaración testimonial solicitada; en definitiva, la sentencia sólo es correcta porque el hecho a probar era notorio, ver *supra* II, 1, b). En particular, la declaración de un testigo X no puede ser reemplazada por la declaración de Y, con el fundamento de que éste es igualmente confiable; según el BGH NStZ 83, 86, debe regir una excepción para el caso en que únicamen-

[7] Sobre esto, con mayores detalles HILGER, NStZ 84, 145, con otras informaciones; cf. también Stuttgart NStZ 85, 136, con comentario de HILGER; Hamm NStZ 85, 566; Stuttgart MDR 86, 690; KG StrV 96, 531.

[8] BGH StrV 83, 49; BRUNS, *Neue Wege zur Lösung des strafproz. "V-Mann-Problems"*, 1982, 60; BACKES, *Klug-FS*, 1983, 447; ver también *infra* § 44, B, I, 2, a, y B, IV.

[9] Sobre los presupuestos de la demora del proceso, resumidamente, con inclusión de estudios empíricos, RÖMBKE, 1995.

te se deba informar sobre el contenido de un documento igualmente accesible para X que para Y (sobre ello y sobre la problemática en su totalidad SCHULZ, StrV 83, 341).

dd) El requerimiento para producir prueba ha sido formulado con abuso del derecho (BGH JZ 80, 150). Sin embargo, el BGH admite el rechazo de un requerimiento de prueba para la declaración de un juez actuante, cuando el requerimiento es mantenido a pesar de que el juez manifiesta no poder declarar nada sobre el hecho afirmado que se debe probar; en ese caso, el requerimiento es considerado inadmisible en el sentido del § 244, III, 1 (BGH StrV 91, 99). Cuando, con el fin de impedir la conclusión del proceso en debida forma, el acusado formula de modo excesivo cientos de requerimientos de prueba, el tribunal puede ordenar, además, que en el futuro él sólo pueda presentar requerimientos de prueba a través de su defensor (BGHSt 38, 111, con comentario de SCHEFFLER, JR 93, 170). Sobre la cuestión del abuso de derechos procesales, cf. *supra* § 19, A, II, 5, a.

f) Un requerimiento de prueba para interrogar a un testigo también puede ser rechazado ahora, de conformidad con el § 244, V, 2, y V, 1, cuando la citación del testigo debiera realizarse en el extranjero y su declaración, según el poder discrecional conforme a derecho del tribunal, no es necesaria para la averiguación de la verdad. Las consideraciones decisivas para ello deben ser expuestas en su núcleo fáctico, por tanto, están sujetas a examen judicial en casación (BGHSt 40, 60, con reseña de KINTZI, NStZ 94, 448). Por otra parte, con respecto a la valoración anticipada de la prueba rigen las mismas reglas que para la inspección ocular, cf. *infra* C, II, 3 (BGH NStZ 94, 554; de otra opinión BGH StrV 94, 283). Según el BVerfG, StrV 97, 1 (con comentario crítico de KINZIG), la nueva regulación no lesiona el principio del *fair trial*, debido a que el tribunal permanece sujeto a la obligación de esclarecimiento.

2. Prueba de peritos

Más allá de ello, el requerimiento para la declaración de un *perito* también puede ser rechazado con los siguientes fundamentos (§ 244, IV):

a) El mismo tribunal posee la erudición necesaria; pero, en ese caso, esto debe estar explicado en el auto de rechazo o en la sentencia (Düsseldorf StrV 91, 553). Para ello no es necesario que todos los miembros de un tribunal colegiado sean igualmente expertos (BGHSt 12, 18; BGH NStZ 83, 325). Sin embargo, el tribunal no puede procurarse los conocimientos necesarios haciéndose asesorar por un perito fuera del juicio oral, porque, de ese modo, se elude las disposiciones legales sobre la prueba de peritos (de otra opinión Hamm NJW 78, 1210). Para la apreciación de la credibilidad de un testigo sólo se necesita consultar a un perito en casos excepcionales (p. ej., cuando se trata de niños, en caso de declaraciones de menores de edad púberes relacionadas con lo sexual y en caso de testigos perturbados psíquicamente)[10]. El juez también puede adquirir los conocimientos necesarios a través de un dictamen al que no se adhiere[11]. Si él consulta a un psicólogo o a un psiquiatra es algo que, en principio, debe ser confiado al juez: no obstante, si un testigo padece una enfermedad mental que puede repercutir en su actividad de declarar, necesita un psiquiatra (BGH NStZ 97, 199).

b) La causa ya ha sido aclarada por otro dictamen (en otras palabras, a través de otro dictamen se ha demostrado ya lo contrario al hecho afirmado –¡por consiguiente, distinto al caso de los testigos!–); pero en ese supuesto, para probar lo contrario, no pueden ser invocadas otras circunstancias adicionales (BGHSt 39, 49). El § 244, IV, 2, contiene excepciones a esta regulación. A pesar de la posibilidad de rechazo conforme al § 244, IV, excepcionalmente puede ser necesario llamar a otro perito en virtud de la obligación judicial de esclarecimiento (§ 244, II), cf. *supra* A, 4.

3. Prueba de inspección ocular

El tribunal puede rechazar un requerimiento de prueba para la realización de una *inspección ocular* en uso de un poder discrecional conforme a derecho (§ 244, V, 1). Se transgrede este poder discrecional cuando el tribunal rechaza un requerimiento para la realización de una inspección ocular, a través de la cual se quiere probar que el suceso no pudo haber ocurrido como se afirma en la acusación, sólo porque considera creíble una declaración testimonial de cargo (BGHSt 8, 177; NStZ 84, 565; StrV 94, 411); distinto es el supuesto cuando el lugar puede ser apreciado ya suficientemente en virtud de fotografías (BGH NStZ 88, 88).

D. Auto de rechazo; requerimientos eventuales

El *rechazo* de un requerimiento de prueba requiere un *auto* expreso *del tribunal* (§ 244, VI); si el tribunal hace caso omiso de un requerimiento de prueba, esta lesión del § 244, VI, conduce, en general, a la revocación (BGH NStZ 83, 422; 568). El auto de rechazo debe estar fundado (BGH NStZ 81, 309, 401) y se lo debe dictar antes de la conclusión de la recepción de la prueba para que los intervinientes, antes del pronunciamiento de la sentencia, tengan oportunidad, nuevamente, de manifestarse y de

[10] BGHSt 23, 1; BGH NStZ 81, 400; 82, 42, 170, 432; 85, 420; StrV 90, 8; 93, 567; 94, 173; 94, 634; 97, 60 (reseña de la jurisprudencia con sumarios de las sentencias en NACK, StrV 94, 555). Para niños que son testigos en casos de delitos sexuales Zweibrücken StrV 95, 293. Por el contrario, FISCHER, NStZ 94, 1, considera que la apreciación de la credibilidad de una declaración concreta, aun en los casos difíciles, es "tarea por excelencia" del juez y el BGH NStZ 97, 355, opina, de todos modos, que una Cámara de menores también posee conocimientos propios para tomar declaraciones a menores de edad relacionadas con delitos sexuales.

[11] BGH NStZ 84, 467, con reseña de BRUNNER y de EISENBERG, NStZ 85, 84.

formular otros requerimientos de prueba. En caso de rechazo por carencia de importancia, los fundamentos deben demostrar que la afirmación que se quiere probar es considerada irrelevante por motivos fácticos o jurídicos (BGH NStZ 82, 213); por tanto, no es suficiente una mera reproducción del texto de la ley (BGH StrV 93, 172). Según la jurisprudencia (RGSt 62, 76), los requerimientos formulados a modo de ayuda, los llamados *requerimientos eventuales* (p. ej.: en primer lugar solicito la absolución, eventualmente un dictamen conforme al § 81), deben ser contestados sólo en los fundamentos de la sentencia (distinto en el caso de rechazo por dilación del proceso: BGHSt 22, 124; BGH NStZ 86, 372; StrV 90, 394), a menos que el solicitante pida expresamente la notificación de la decisión antes de la sentencia (BGH StrV 89, 141; sobre esto también SCHEFFLER, NStZ 89, 158, y NIEMÖLLER, 1992, 889). Por tanto, en la práctica, ellos únicamente perjudican al solicitante, porque él sólo en los fundamentos toma conocimiento de que su requerimiento de prueba (formulado a modo de ayuda) ha sido rechazado y de las razones por las que se lo rechazó, en suma, en un momento en que ya no puede formular otros requerimientos de prueba.

E. Casación

El rechazo improcedente de un requerimiento de prueba funda la *casación* (§ 338, nº 5). Dado que este motivo absoluto de casación sólo se presenta cuando la defensa ha sido restringida en un punto esencial para la decisión, en definitiva, p. ej., en el caso de que no se le haya tomado declaración a un testigo, depende de si la sentencia se basa en esta circunstancia. El § 338, nº 8, en este punto, se asemeja a un motivo relativo de casación, cf. *infra* § 53, E, II, 2, d. Según el BGH StrV 1997, 170, no hay una regla jurídica general conforme a la cual en el caso de que no se haya interrogado a un testigo se deba excluir el motivo de casación; antes bien, depende de las circunstancias del caso particular.

F. Crisis del derecho de requerir prueba

En los últimos años, el Derecho alemán sobre requerimiento de prueba ha entrado en crisis. Se lo hace responsable de la larga duración de los procesos, con el fundamento de que la defensa, a través de la formulación constante de nuevos requerimientos de prueba que no pueden ser rechazados, podría dilatar el procedimiento a voluntad (cf., p. ej., BASDORF, StrV 95, 312). Sin embargo, los temores de esta índole, derivados de algunos procesos espectaculares, no se corresponden, en su totalidad, con la realidad del procedimiento penal. También el trabajo de habilitación de PERRON sobre "El derecho a requerir prueba del imputado en el proceso penal alemán" (*"Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß"*), 1995, que está complementado por un estudio de Derecho comparado sobre el tema, ha demostrado que no hay perspectivas aceptables de restringir de forma durarera el derecho a requerir prueba. Este derecho se deriva de la dignidad humana (con los dos aspectos: protección frente a sentencias erróneas y autoafirmación en la interacción procesal), de modo tal que su supresión o cercenamiento radical pondría en duda al Estado de Derecho mismo. Por ello, en caso de una eventual supresión de los §§ 244, III/V, la jurisprudencia estaría obligada a derivar nuevamente, en lo esencial, las mismas consecuencias, únicamente del § 244, II. PERRON realiza una exposición resumida de los resultados de su monografía en ZStW 108 (1996), 128; con informe sobre la discusión, BARTH, *loc. cit.*, 155. Crítico también, FEZER, StrV 95, 263.

§ 44. Oralidad e inmediación del juicio oral

Bibliografía: *Maas*, Der Grundsatz der Unmittelbark. in der Reichsstrafprozeßordnung, 1907; *Oetker*, Mündlichk. und Unmittelbark. im Strafverf., GerS 105 (1935), 1; *Krause*, Zum Urkundenbeweis im Strafprozeß, 1966; *Fezer*, Die Funktion der mündl. Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß, 1970; *Löhr*, Der Grundsatz der Unmittelbark. im dt. Strafprozeßrecht, 1972; *Schreiber*, Akteneinsicht für Laienrichter?, Welzel-FS, 1974, 941; *Mehner*, Die Vernehmung von Verhörspersonen im dt. Strafprozeß, 1975; *Kuckuck*, Zur Zulässigkeit von Vorhalten aus Schriftstücken in der Hauptverhandlung des Strafverf., 1977; *Fezer*, Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverbot im Strafprozeß, JuS 77, 234, 669, 813; JuS 78, 104; *Hanack*, Protokollverlesungen und Vorhalte als Vernehmungsbehelf, Schmidt-Leichner-FS, 1977, 83; *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbark. im dt. Strafverf., 1979; *J. Meyer*, "Die Gerichtssprache ist deutsch" - auch für Ausländer?, ZStW 93 (1981), 507; *Bruns*, Neue Wege zur Lösung des strafproz. "V-Mann-Problems", 1982; *Grünwald*, Der Niedergang des Prinzips der unmittelbaren Zeugenvernehmung, Dünnebier-FS, 1982, 347; *Rebmann*, Der Zeuge vom Hörensagen usw., NStZ 82, 315; *Backes*, Abschied vom Zeugen vom Hörensagen, Klug-FS, 1983, 447; *Bruns*, Präjudizierende Randbemerkungen zum "Vorlage"-Beschluß des BGH 2 StR 792/82 v. 4. 5. 83, StrV 83, 382; *J. Meyer*, Zur prozeßrechtl. Problematik des V-Mannes, ZStW 95 (1983), 834; *Schoreit*, Die kommissar. Vernehmung des anonym bleibenden Vertrauensmannes der Polizei usw., MDR 83, 617; *Wömpner*, Ergänzender Urkundenbeweis neben §§ 253, 254 StPO?, NStZ 83, 293; *Bruns*, Der Beschluß des Großen Senates zum strafproz. V-Mann-Problem, MDR 84, 177; *Herdegen*, Bemerkungen zum Beweisantragsrecht, NStZ 84, 97, 200, 337; *Krüger*, Rechtsfragen bei verdeckten Ermittlungen aus verfassungsrechtl. Sicht, JR 84, 490; *Miebach*, Der Ausschluß des anonymen Zeugen aus dem Strafprozeß, ZRP 84, 81; *Schäfer*, Das Ende des "V-Mannes"?, JR 84, 397; *Tiedemann/Sieber*, Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverf., NJW 84, 753; *J. Meyer*, Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergl. Sicht, Jescheck-FS, 1985, 1311; *Krainz*, Über den Zeugen vom Hörensagen, GA 85, 402; *Geerds*, Über Vorhalt und Urkundenbeweis mit Vernehmungsprotokollen, Blau-FS, 1985, 67; *Lüderssen* (comp.), V-Leute - Die Falle im Rechtsstaat, 1985; *Haas*, V-Leute im Ermittlungs- und Hauptverf., tesis doctoral, Freiburg, 1986; *Eisenberg*, Zur "besonderen Qualität" richterl. Vernehmung im Ermittlungsverf., NStZ 88, 488; *Geppert*, Das Beweisverbot des § 252 StPO, Jura 88, 305, 363; *Schulze*, Zur Mitwirkung blinder Richter, MDR 88, 736; *Kemmer*, Befangenheit von Schöffen durch Aktenkenntnis?, 1989; *Buchner*, Die Transformierung von Beweismitteln im Strafprozeß, tesis doctoral, Regensburg, 1991; *Geppert*, Der Zeuge vom Hörensagen, Jura 91, 538; *Joachim*, Der Hörensagenbeweis im Strafverf., 1991; *Geppert*, Die höchstrichterl. Rspr. zu beweisrechtl. Fragen bei behördl. geheimgehalt. V-Mann, Jura 92, 244; *Lesch*, V-Mann und HV..., StrV 95, 542; *Langkeit/Cramer*, Vorrang des Personalbeweises bei gemäß § 55 StPO schweigenden Zeugen, StrV 96, 230; *Weiler*, Befragung von Beschuldigten oder aussageverweigerungsberechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren durch V-Leute, GA 96, 101.

Para el juicio oral, particularmente para la recepción de la prueba, rigen los principios de oralidad e inmediación.

A. Concepto e importancia

I. El principio de *oralidad* indica que sólo el material procesal presentado y discutido oralmente –por regla general en idioma alemán (§ 184,

GVG, pero observando el art. 6, III, a, MRK)– puede constituir la base de la sentencia. Este principio encuentra su expresión en los §§ 261 y 264, porque cuando esos preceptos limitan al tribunal en la valoración de la prueba y en la obtención de la sentencia al resultado "del juicio", aluden, con ello, al juicio estructurado oralmente, con algunas restricciones (cf. §§ 226, 231, 243, 249, 257, 257a y 258).

II. El principio de *inmediación* implica dos cosas distintas:

1. El *tribunal* que dicta la sentencia debe *observar por sí mismo* (inmediación formal); en principio, no puede dejar la recepción de la prueba a cargo de otras personas, p. ej., a cargo de un juez comisionado o requerido (excepción: la recepción de prueba por comisión, conforme a los §§ 223/225; cf. *supra* § 41, C).

2. El tribunal debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, es decir que no puede utilizar *equivalente probatorio alguno* (inmediación material); sin embargo, cf. las limitaciones y excepciones enunciadas en el apartado B. En particular, él debe interrogar personalmente al acusado y a los testigos. La declaración de los testigos, en principio, según el § 250, 2ª frase, "no puede ser reemplazada por la lectura de un acta labrada sobre una declaración anterior o de una aclaración escrita". Empero, el BGH NStZ 94, 449, admite, en cambio, la lectura de declaraciones escritas de un acusado cuando éste no se opone a ella.

III. Los principios de oralidad e inmediación provienen de la legislación de reforma del siglo XIX (cf. *infra* § 70, C). Con su introducción se quiso suprimir los graves defectos que había causado la separación entre juez instructor y juez juzgador en el proceso inquisitivo escrito (¡envío de actas!) (enfáticamente sobre esto Eb. Schmidt, I, núms. margs. 426/428). Puesto que el tribunal, a través de la propia percepción, adquiere un concepto del acusado y de todas las personas y objetos de prueba, debe ser puesto en condiciones de juzgar, a partir de su impresión directa y en vivo acerca del hecho, tal "como él se presenta según el resultado del juicio" (§ 264). A este fin sirve la obligación de los intervinientes en el proceso de estar presentes ininterrumpidamente (§§ 226 y 231), así como la máxima de concentración (cf. § 229; *supra* § 16, C).

B. Consecuencias

En particular, los principios de oralidad e inmediación repercuten de la siguiente forma:

I. Exclusión general de declaraciones escritas como fundamento de la sentencia

1. El *contenido de las actas*, en principio, está *excluido* como fundamento de la sentencia. Sin embargo, el mero *conocimiento* de las actas está permitido a los jueces profesionales (indispensable para el presidente y para el relator) y, en cambio, está prohibido habitualmente a los jueces legos, a causa del gran peligro de que exista una influencia inconsciente[1]. En cambio, la opinión actualmente dominante sostiene que también el juez lego puede leer las actas porque tiene las mismas facultades que el juez profesional; y que se lo debe considerar absolutamente capaz de diferenciar entre el contenido de las actas y el juicio oral. Actualmente, el BGH[2] está inclinado a aceptar esta opinión. De todos modos, el tribunal considera admisible dar a leer las actas de cintas magnetofónicas a los escabinos, debido a que ellas no reflejan, como la acusación, una visión determinada de la autoridad de la acusación. No obstante, rige una excepción a los principios de oralidad e inmediación cuando, según el § 249, II, se prescinde de la lectura de un documento (sobre ello, con mayores detalles, *supra* § 28, B, 3). En este caso, los jueces y escabinos deben haber tomado conocimiento del texto. Es completamente inadmisible la comunicación de resultados probatorios del procedimiento preliminar, que exceda el límite de una mera aclaración del escrito de acusación (cf. RGSt 32, 318); sin embargo, en un caso en el que la acusación leída contenía valoraciones inadmisibles de la prueba, el BGH sostuvo que la sentencia no estaba afectada por ese error jurídico (NStZ 87, 181; con reseña de Rieß, JR 87, 389).

2. Las *personas* que sirven como medio de prueba deben *declarar por sí mismas* (§ 250). Sólo en algunos *casos excepcionales* es admisible la lectura (¡oralidad!) de *actas* sobre su declaración y otras *manifestaciones escritas*; en ese caso se debe dar a conocer el motivo de la lectura, § 251, IV, 2 (sobre los requisitos de la fundamentación BGH NStZ 93, 144).

a) En caso de *ausencia* inevitable de testigos, peritos o coimputados se puede leer las actas de una declaración judicial y, en ciertas circunstancias, también las actas no judiciales, o bien las manifestaciones escritas (ver, en particular, § 251, I, nº 1/3, II, 2). Sin embargo, para que tal lectura proceda es condición que la persona interrogada haya sido instruida en su anterior declaración, conforme a la ley procesal, sobre su derecho de abstenerse de prestar testimonio o de declarar (cf. BGHSt 10, 186, 190). Si la instrucción ha sido omitida, la declaración, conforme al § 251, StPO, no puede ser valorada (para un caso especial, cf. BGHSt 27, 139, con reseña de Hanack, JR 77, 433).

Se debe tener en cuenta que la lectura sólo está permitida cuando la ausencia del testigo, perito o coimputado es realmente *inevitable*. El § 251, I, nº 2, no puede ser interpretado ampliamente. De acuerdo con ello, se puede aceptar que existe imposibilidad de comparecer cuando, en caso de declarar conforme a la verdad, el testigo o su familia se ven amenazados

[1] RGSt 69, 120; BGHSt 13, 73; muy discutido.

[2] BGH NStZ 97, 506, con comentario de Katholnigg, con mayores detalles; comentario de Lunnebach, StrV 97, 452.

por un peligro para su integridad física y para su vida. Sin embargo, se debe comprobar cuidadosamente si la respectiva afirmación del testigo corresponde a la realidad (BGH NStZ 93, 350). Lo mismo rige para el § 251, I, nº 3; en las causas más importantes también es exigible la comparecencia de un testigo de los EE.UU. o de la India (BGH NStZ 81, 271; StrV 89, 468). También se debe verificar si se puede realizar un interrogatorio consular en el extranjero (BGH StrV 92, 548). Si la declaración del testigo es el único medio de prueba para demostrar la culpabilidad del acusado, en principio, su interrogatorio personal no puede ser reemplazado por la lectura de un acta de una declaración (Düsseldorf NJW 91, 2781).

No se puede leer el acta de la declaración judicial de un informante (sobre esto, con mayores detalles, *infra* B, IV) cuando en el interrogatorio se lesionó un precepto obligatorio del Derecho procesal, p. ej., si el defensor fue excluido de la declaración en contra de su voluntad, en violación del § 168c, II, o si se efectuó un blindaje óptico o acústico no previsto en la ley. Las medidas de esta naturaleza también son inadmisibles cuando la autoridad competente estaba dispuesta a otorgar la autorización para declarar o a dar a conocer el nombre del testigo al tribunal, sólo bajo tales condiciones[3]. En cambio, son admisibles si existen los presupuestos (cf. *supra* § 42, F, II, 3) para alejar al acusado durante la declaración del informante (BGHSt 32, 115; BGH StrV 85, 3; cf. también BVerfGE 57, 250, 286 y siguiente). En ese caso, el alejamiento se extiende también a la prestación de juramento del informante (BGH NStZ 85, 136).

En oposición a lo sostenido por algunos representantes de la literatura jurídica (Grünwald, StrV 84, 56; Bruns, MDR 84, 177), el BGH no ha extraído, hasta ahora, de la decisión fundamental de la Gran Sala Penal mencionada (BGHSt 32, 115) la conclusión de que sea absolutamente inadmisible introducir al juicio oral, de conformidad con lo establecido por el § 251, II, las declaraciones del informante excluido como testigo. Si la exclusión administrativa está fundada en la justificación de que existe un peligro para la vida o la integridad física del informante, se debe admitir la lectura de las actas de un interrogatorio policial[4]. Sin embargo, en los casos de exclusión administrativa de un testigo, el BGH exige un especial cuidado en la apreciación de los equivalentes probatorios (BGHSt 33, 83; 34, 15; crítico sobre la eficacia de este precepto regulador, Fezer, JZ 85, 496). Queda por ver si la jurisprudencia, en atención a la decisión fundamental, exigirá, en el futuro, que se compruebe la identidad del informante, cuyas declaraciones se pretende incluir en el juicio oral conforme al § 251, II[5]. Pero, en cualquier caso, la admisibilidad de tales equivalentes probatorios debe ser rechazada cuando ellos son contrarios a la voluntad del acusado y la exclusión del testigo por la autoridad fue abusiva (cf. *supra* § 43, C, II, 1, c). También se debe rechazar la valoración, en un procedimiento posterior, en el que se trata de la participación de otra persona en el mismo hecho punible, de un interrogatorio por comisión viciado (así, sin embargo, BGH NStZ 86, 231).

Las manifestaciones escritas que realiza el acusado en el procedimiento pueden ser leídas cuando, posteriormente, éste se niega a informar sobre ciertos datos. Pues la ley permite la prueba documental allí donde no

[3] BGHSt (GrS) 32, 115, con comentario de Engels, NJW 83, 1530; K. Schmid, DRiZ 83, 474; Fezer, JZ 84, 433; Frenzel, NStZ 84, 39, y Grünwald, StrV 84, 56; sobre esta decisión, cf. también Bruns, MDR 84, 177; Tiedemann/Sieber, NJW 84, 753; Herdegen, NStZ 84, 97, 200 y 337; Miebach, ZRP 84, 81, y Schäfer, JR 84, 397; cf., además, el auto de elevación de la Sala 2ª del BGH NStZ 84, 32, con comentario de Günther; sobre ello Bruns, StrV 83, 382.

[4] BGHSt 33, 70, con reseña de Bruns, JR 86, 215; Fezer, JZ 85, 496; J. Meyer, NStZ 86, 130; Taschke, StrV 85, 269; BGHSt 33, 83, con comentario de Arloth, NStZ 85, 280.

[5] A favor, con argumentación atendible, Tiedemann/Sieber, NJW 84, 753, 760; Engels, NJW 83, 1530, 1532; Frenzel, NStZ 84, 39, 40 y s.; en contra, BGHSt 33, 83; Herdegen, NStZ 84, 202 y s.; en BGH NStZ 86, 231, se deja abierta la cuestión.

la prohíbe de forma expresa (BGHSt 39, 305). En cambio, si el defensor reproduce en un escrito manifestaciones que el acusado ha hecho frente a él, su lectura es inadmisible; antes bien, el defensor debe ser interrogado como testigo, de acuerdo con el § 250 (BGH, *loc. cit.*).

b) Las actas judiciales sobre la declaración de un testigo, perito o coimputado *también* pueden ser leídas cuando el fiscal, el defensor y el acusado están *de acuerdo* con ello (§ 251, I, nº 4). Lo mismo rige para actas extrajudiciales, así como para documentos que contienen aclaraciones escritas de un testigo, perito o coimputado, cuando el acusado cuenta con un defensor (§ 251, II, 1); aunque también en ese caso, para ordenar la lectura, se requiere un auto judicial fundado (BGH NStZ 88, 283). La postura del BGH (StrV 83, 319), en cuanto a que la conformidad también puede ser prestada tácitamente, es objetable, porque transforma el requisito de consentimiento en una obligación de oponerse (Schlothauer, StrV 83, 320). No obstante, en todos los casos, la obligación judicial de esclarecimiento impide la lectura cuando para la averiguación de la verdad es necesaria una declaración personal (BGH NStZ 88, 37).

c) En caso de que los testigos o peritos *estén presentes*, la lectura de actas sólo está permitida para ayudarlos a recordar y para verificar o eliminar contradicciones (§ 253).

d) Para la recepción de la prueba sobre una *confesión del acusado* (sobre el concepto cf. BGH MDR/H 77, 984) y para verificar o eliminar *contradicciones* entre su nueva declaración y una anterior se puede leer actas judiciales (exclusivamente) sobre sus interrogatorios anteriores (§ 254; cf. BGH NStZ 95, 47). También están comprendidas en el § 254 las actas de un juez extranjero cuando ellas son comparables a un acta alemana de interrogatorio (BGH NStZ 94, 595, con reseña de Wholers, así como de Britz, NStZ 95, 45 y 607). Empero, en contra de la decisión del BGHSt 22, 372 y ss., la posibilidad de lectura en virtud del § 254 no rige para las confesiones de un coacusado; éste debe ser interrogado personalmente para que se le pueda oponer preguntas y objeciones.

El significado de los §§ 253 y 254 es discutido. De acuerdo con la jurisprudencia, se debe reconocer que se trata de casos de *prueba documental*, que constituyen una excepción al principio de inmediación. Claro está que, a través de una lectura admisible, según estas disposiciones, no se prueba la verdad de lo leído; únicamente se introduce al proceso la declaración anterior y se la convierte en objeto de la libre valoración de la prueba.

Por otro lado, algunos autores sostienen, con motivos atendibles, que sólo el § 254, I, regula un caso de prueba documental ("a efectos de la recepción de la prueba"), mientras que los §§ 253 y 254, II, únicamente permiten *presentar* la declaración anterior al interrogado, a través de la lectura. Según esta opinión, el contenido de las actas leídas no se puede incluir en los fundamentos de la sentencia, sino que para la obtención de la sentencia sólo es valorable lo que manifiesta el acusado o el testigo en virtud de la interpelación en el juicio oral (así Eb. Schmidt, II, § 253, núms. margs. 5 y ss.; § 254, núm. marg. 10; Krause, 1966, 188 y siguientes). Sin embargo, esta diferenciación no encuentra base suficiente en la ley; de la StPO no se puede inferir que la ley establezca una "interpelación a través de la lectura de actas" que deba ser diferenciada de la prueba documental. Incluso, la protocolización ordenada en el § 255 para todos los casos de los §§ 253 y 254 se pronuncia en contra de un trato diferente (cf. Sax, JZ 67, 229 y siguiente). Las disposiciones referentes a la lectura de los §§ 251/253 y 255 se aplican analógicamente a la exhibición de una declaración testimonial registrada en vídeo; en ca-

so de delitos sexuales u homicidios, así como en los de maltrato de menores, el interrogatorio de testigos menores de edad en el juicio oral, bajo ciertos presupuestos, puede ser reemplazado, incluso, por la valoración de la exhibición de un vídeo del testimonio (cf. § 255a).

e) Además, las manifestaciones escritas anteriores de un testigo (p. ej., la denuncia presentada por un funcionario de policía) pueden ser introducidas en el proceso sin limitación, *junto* a su declaración, a través de la prueba documental (el § 250, 2ª frase, sólo prohíbe el "reemplazo" de la declaración, cf. BGHSt 20, 160; detalladamente sobre esto WÖMPNER, 1983). Si el policía interrogado como testigo declara en un caso semejante que ya no recuerda el suceso discutido, pero que él suele hacer todas las denuncias penales únicamente con arreglo a la verdad, según la opinión del BGH el juez de mérito no está impedido de fundar su convicción acerca de la culpabilidad del acusado, según la libre valoración de la prueba, en la denuncia escrita y en la "afirmación en blanco" del denunciante (BGHSt 23, 213; BGH NJW 70, 1558; restrictivamente Köln NStZ 81, 76). Aun cuando un testigo invoca el § 55, negándose así a responder a ciertas preguntas, la lectura de una manifestación escrita del testigo sobre ese punto es admisible conforme al § 250, 2ª frase (BGH StrV 87, 140).

f) Fuera de ello, pueden ser leídos *en general* (§ 256):

aa) informes o dictámenes de *funcionarios públicos* (p. ej., certificados para admisión en un empleo, liquidaciones de impuestos, sumarios del registro penal, certificados de exámenes, diagramas de tacógrafos, cf. Celle, con comentario de PUPPE, JR 78, 122), así como de los médicos de un servicio médico forense, con exclusión de certificados de conducta. En estos casos, la ley considera innecesario el interrogatorio de la persona que informa, debido a la confiabilidad de tales manifestaciones. Sin embargo, si para la averiguación de la verdad es necesario oír personalmente a un perito, la declaración debe llevarse a cabo, cuando existen los presupuestos del § 256 (BGH NStZ 93, 397).

bb) *Certificados médicos* sobre lesiones corporales que no sean graves en el sentido del § 226, StGB. De este modo, se pretende evitar a los médicos el largo camino que implica todo juicio, en tanto la gravedad del delito no haga necesaria su presencia. No obstante, el § 256 rige sólo cuando el procedimiento penal se limita a la persecución de la lesión corporal (por más que la persecución se realice conforme al § 340, I, StGB, Oldenburg, MDR 90, 1135), pero no, en cambio, cuando otro hecho punible está acompañado de lesiones corporales[6]; tratándose de un acusado confeso, la sentencia (¡medida de la pena!), dado el caso, puede ser impugnada por la omisión de citar al médico.

cc) La 1. StVRG ha extendido, además, la posibilidad de lectura a los dictámenes sobre el análisis de un tacógrafo, a la determinación del grupo sanguíneo o del contenido de alcohol en la sangre, incluyendo un segundo examen de control, así como a los informes médicos sobre extracción de pruebas de sangre. Con frecuencia se trata de dictámenes de

[6] Por ej., violación (BGHSt 4, 155), § 176, III, versión anterior, StGB (BGH NJW 80, 651), robo [§ 249, StGB] (BGH StrV 82, 59), hurto con violencia [§ 252, StGB] (BGH NStZ 97, 199) o lesiones corporales seguidas de muerte (BGH StrV 86, 94).

rutina. La posibilidad de renunciar a la presencia personal del perito sirve al aceleramiento del proceso, porque en la fijación del término ya no se debe tener en cuenta otras obligaciones del perito. Sin embargo, en los casos más complicados, la obligación judicial de esclarecimiento (§ 244, II) exige citar al perito personalmente para que se le pueda formular preguntas y para poder disipar las dudas.

3. Más allá de los casos regulados en los §§ 251/254, la jurisprudencia considera admisible discrecionalmente la *lectura de actas*, además, cuando ella sólo se realiza con el fin de *interpelar* (con mayores detalles, FEZER 13 y 43/46; EISENBERG, BewR, núms. margs. 871 y siguientes). En ese caso, el fundamento de la sentencia "no podrá ser el contenido del documento leído con ese fin, sino únicamente la aclaración del interrogado provocada por la interpelación" (así, p. ej., BGHSt 3, 281; 5, 278; 11, 151; 14, 312; 21, 286). Empero, esta diferenciación es "artificial e irrealizable en la práctica" (NIESE, JZ 53, 518). Ante todo, al juez lego difícilmente le será posible distinguir, en cuanto a su significado, entre la lectura de actas para fines probatorios y la que tiene como fin la interpelación; por ello, tampoco se puede excluir la posibilidad de que los contenidos de las actas leídas para la interpelación influyan en forma inadmisible en la formación de la convicción de los jueces legos. Por esa razón se deberá aceptar que la lectura literal de actas sólo está permitida, en general, en tanto los §§ 251 y ss. lo admitan[7]. Si el juez quiere hacer interpelaciones más amplias para inducir al acusado a declarar, no puede servirse de la lectura, sino que debe presentarle al acusado comunicaciones informales de los elementos de las actas conocidos por él (de otra opinión HANACK, 1977, 83; KUCKUCK, 1977, 224 y ss., 241 y ss., quien también en la interpelación informal ve una prueba documental fáctica). Fuera de ello, la persona que ha tomado la declaración anterior puede ser interrogada como testigo (de otra opinión GRÜNWALD, JZ 68, 754; KUCKUCK, 1977, 196 y siguientes). Esto rige también cuando, en contra de lo dispuesto por el § 168b, II, que se debe aplicar analógicamente, no se ha redactado acta alguna sobre la conversación con el imputado quien, por cierto, debe haber sido instruido conforme al § 136 (BGH NStZ 95, 353).

II. Exclusión de otras fuentes de conocimiento fuera del juicio oral

1. El juez sólo puede introducir en el proceso su *conocimiento privado* acerca del hecho a través de su declaración como testigo (con la conse-

[7] Cf. NIESE, JZ 53, 518; EB. SCHMIDT, I, núm. marg. 442, con nota al pie nº 230; KRAUSE, 1966, 190 y ss., quienes, sin embargo, discrepando con la opinión aquí sostenida, en los casos de los §§ 253 y 254 pretenden distinguir la lectura con el fin de interpelar de aquella con fines probatorios; sobre esto *supra* B, I, 2, d.

cuencia de que, en adelante, está excluido como juez, § 22, nº 5; cf. *supra* § 26, A, III, 2), pero no puede, simplemente, utilizarlos en la obtención de la sentencia. Tampoco pueden ser valorados, sin más, los resultados probatorios de otro juicio oral (BGH NJW 84, 2172, con comentario de GOLLWITZER, JR 85, 126; StrV 84, 186). Asimismo, tampoco pueden ser utilizados en la obtención de la sentencia, sin indicación expresa, los conocimientos que el tribunal ha obtenido de la observación del público presente en la sala de audiencias; ellos deben ser introducidos en el juicio oral y deben ser discutidos allí (BGH NStZ 95, 609). Las observaciones que el tribunal hace en un interrogatorio por comisión en el extranjero sólo pueden ser valoradas si han sido introducidas en el juicio oral (BGH StrV 89, 142). Por el contrario, las observaciones del juez de carácter oficial, realizadas fuera del juicio oral, pueden ser introducidas al juicio a través de una declaración oficial (con mayores detalles *supra* § 43, C, II, 1, a).

2. El tribunal tampoco puede procurarse nuevos conocimientos *durante las deliberaciones*, p. ej., solicitando a un perito aclaraciones de su dictamen (RGSt 17, 287), haciéndose informar por un juez comisionado sobre sus impresiones personales durante la declaración de un testigo (BGH NStZ 83, 182) o pidiendo telefónicamente algunas informaciones complementarias a un testigo (RGSt 71, 326). Incluso es inadmisible el traslado de las deliberaciones al lugar del hecho, que sólo pretende mantener viva la impresión de una inspección ocular realizada anteriormente (RGSt 66, 28); el juez tampoco puede introducir en la sentencia el resultado de una inspección del lugar del hecho realizada en forma privada (Frankfurt StrV 83, 192).

III. Prohibición de lectura después de la abstención de declarar testimonialmente

1. No está aclarada definitivamente la cuestión acerca de qué significado le corresponde a la disposición del § 252, según la cual la declaración de un testigo interrogado en el procedimiento preliminar, que sólo en el juicio oral hace uso de su *derecho de abstenerse de declarar testimonialmente, no* puede ser *leída*. El RG, en virtud del tenor literal y de la ubicación sistemática de este precepto, lo ha interpretado como una mera prohibición de lectura y, en su lugar, ha permitido ilimitadamente el interrogatorio a la persona que tomó la declaración anterior sobre el contenido de esa declaración. La jurisprudencia, a partir de la sentencia del BGHSt 2, 99 (sobre esto FEZER 15 y 44/55), infiere del § 252 una prohibición general de valoración, tal como corresponde a la finalidad del precepto[8]; pero sólo la admite cuando el interrogatorio es llevado a cabo por una persona distinta del juez (fiscalía y funcionarios de la policía), así como por peritos (BGHSt 18, 107; BGH StrV 87, 328). En cambio, según esta opinión, es admisible la declaración del juez (también la del juez civil o la del juez lego, pero no la del actuario o la de un licenciado en derecho) sobre la declaración realizada ante él con anterioridad cuando el testigo había sido instruido sobre su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente (jurisprudencia permanente; cf. BGHSt 7, 195; 11, 338; 13, 394; 17, 324; 18, 146). Sin embargo, es dudoso que esta diferenciación esté justificada objetivamente, tanto más desde que la ley, en la versión de la StPÄG 1964, prescribe que el juez, el fiscal y la policía deben instruir al testigo (§§ 163a, III y IV, y 136, I); sería más consecuente que de la prohibición de valoración se concluyera la inadmisibilidad de toda producción de prueba sobre la declaración anterior[9]. Tampoco las investigaciones empíricas apoyan la hipótesis de que los interrogatorios judiciales tienen una cualidad especial (EISENBERG, NStZ 88, 488). Con todo, el BGH sigue aferrado a su opinión (BGHSt 21, 218; BGH NJW 79, 1722; 84, 621). Según el BGH NStZ 93, 294, un actuario tampoco puede ser interrogado como testigo cuando tiene que deponer sobre la inexactitud de la declaración realizada por el juez de investigación. Instructivo sobre todo ello, GEPPERT, Jura 88, 305, 363.

[8] Esta prohibición se extiende también a los documentos que presenta un testigo en su declaración ante la policía y que incluye como objeto de su declaración (BGH StrV 96, 196).

[9] Del mismo modo, HENKEL, 345, con nota a pie nº 31; PETERS, 321; EB. SCHMIDT, I, núms. margs. 454 y s.; HANACK, JZ 72, 238; discrepa por completo SCHLÜCHTER, StPR, 128 y siguientes.

2. Según la opinión dominante, el § 252 no se aplica cuando el testigo declara antes de un interrogatorio, por iniciativa propia, ante los funcionarios de la persecución penal (BGH NStZ 86, 232, con reseña de KIEHL, StrV 88, 48; FEZER, JuS 77, 815; establece una diferenciación Frankfurt StrV 94, 117); en estos casos sería más correcto aplicar analógicamente el § 252, debido a que los intereses en juego son idénticos. No obstante, también la jurisprudencia decide de otro modo cuando el funcionario de policía recibe en carácter oficial una declaración completa a iniciativa del testigo (BayObLG NJW 83, 1132). Al contrario, un testigo también ha sido "interrogado", en el sentido del § 252, cuando la policía le ha preguntado informalmente (a título informativo) o confidencialmente sobre el objeto de la investigación (BGHSt 29, 230; LG Lüneburg NJW 69, 442; de otra opinión Düsseldorf NJW 68, 1840).

3. El fundamento jurídico del § 252 prohíbe también la lectura y valoración de una declaración testimonial anterior, cuando el testigo da a conocer de otra manera (p. ej., debido a que se mantiene oculto) que no quiere declarar en el juicio oral (de otra opinión BGHSt 25, 176 y *SK*-SCHLÜCHTER, § 252, núm. marg. 31, con mayores detalles).

4. Según la jurisprudencia constante del BGH, el § 252 sólo rige para el derecho de abstenerse de declarar testimonialmente, según los §§ 52, 53 y 53a, pero no para el derecho de abstenerse de responder preguntas del § 55 (BGHSt 6, 209; 17, 245; discrepa EB. SCHMIDT, II, § 252, nº 3; HANACK, JZ 72, 238).

5. Aun cuando una relación de parentezco se ha originado con posterioridad (p. ej., compromiso matrimonial), de acuerdo con el § 252, la declaración no puede ser valorada (BGHSt 22, 219; 27, 231; FEZER, JuS 77, 814).

6. Si el autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente es interrogado no sólo como testigo contra el pariente, sino, al mismo tiempo, como imputado, esa segunda declaración tampoco puede ser valorada si en el juicio oral se abstiene de prestar testimonio conforme al § 252 (Koblenz NJW 83, 2342). Por el contrario, el § 252 no debe ser aplicado

analógicamente a coimputados: por tanto, si la prometida coimputada guarda silencio en el juicio oral, el funcionario policial que llevó a cabo su interrogatorio en el procedimiento preliminar puede ser interrogado como testigo sobre esa declaración (BGH NStZ-RR 96, 10).

Según el BGH NStZ 85, 36, la información conforme al § 52 en el procedimiento de investigación no debe comprender también la advertencia de que, ante una abstención posterior de prestar testimonio, el juez de investigación puede ser interrogado como testigo, a pesar del § 252 (discutible).

7. Si el testigo hace uso de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente en el juicio oral, tampoco pueden ser valoradas las declaraciones acerca de cómo sucedió el hecho, realizadas por él en un procedimiento por el derecho de tenencia del menor, frente a un perito al que se le encomendó el examen de su credibilidad (BGHSt 36, 384, con reseña de FEZER, JZ 90, 875; GEERDS, JuS 91, 199); el interrogatorio del perito, como testigo sobre ello, es inadmisible. En cambio, si en el transcurso del procedimiento el testigo ha sido informado por el juez sobre su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente, sus declaraciones también pueden ser tomadas como base del dictamen y, dado el caso, de la sentencia, cuando él se abstiene de prestar testimonio en el juicio oral (BGHSt 11, 97; NStZ 96, 145, con comentario de WOHLERS, StrV 96, 192). En cambio, según el BGH NStZ 92, 247, es susceptible de prueba testimonial una declaración espontánea realizada frente a los empleados de la clínica que tratan medicinal y terapéuticamente a la víctima infantil de un delito sexual.

8. Si un pariente del imputado formula declaraciones frente a un informante, éstas también son valorables cuando en el juicio oral el pariente hace uso de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente[10]. El caso muestra cuán adecuada es la admisión de los informantes para dejar sin efecto las reglas generales del Derecho procesal penal: ¡lo que sería inadmisible cuando se trata de un interrogatorio policial, está permitido, sin escrúpulos, cuando un informante interroga al pariente!

9. Una lectura que no está permitida por el § 252 tampoco es admisible por acuerdo de todos los intervinientes en el procedimiento. Pues la prohibición probatoria no está sujeta al poder de disposición de ninguno de ellos (BGH NStZ 97, 95).

IV. Testigos de oídas

Se discute vivamente la cuestión acerca de si es admisible el interrogatorio de testigos indirectos, los llamados *"testigos de oídas"*. Esto tiene significado práctico, en particular, en el caso del agente encubierto y de los informantes ("personas de confianza") de los servicios de defensa o de la policía, esto es, las personas (ya sean funcionarios encubiertos o personas que no son funcionarios, ciudadanos irreprochables o figuras marginales del ambiente criminal) que colaboran con los servicios de defensa o con la policía, no sólo en el caso particular, en la prevención y descubrimiento de acciones punibles, ante todo, en causas contra la seguridad del Estado y en el ámbito de los delitos de drogas y de la criminalidad asociada. Con frecuencia, el agente encubierto o el informante no está a disposición del tribunal, por sí mismo –debido a la falta de autorización para que declare por parte de la autoridad o a causa de que ésta se niega a dar a conocer su nombre y la dirección en que se debe practicar la citación (sobre esto *supra* § 43, C, II, 1, c)–, sino que únicamente lo está un funcionario quien, a su vez, ha interrogado al colaborador que queda en el anonimato. Del § 250 no se puede derivar la inadmisibilidad de la prueba de oídas,

[10] BGHSt 40, 211, con comentario de SCHLÜCHTER/RADBRUCH, NStZ 95, 354; GUSY, StrV 95, 449; STERNBERG-LIEBEN JZ 95, 844; sobre esta sentencia cf. también WEILER, GA 96, 101.

ya que esta norma sólo prohíbe reemplazar la prueba personal, articulada verbalmente, por una prueba material. A lo sumo se puede tratar de una lesión de la *obligación de esclarecimiento* (§ 244, II), si en lugar del testigo indirecto hubiera sido asequible el testigo directo (BGHSt 6, 209; 17, 382). Sin embargo, el BGH y el BVerfG hacen hincapié en que una declaración semejante, debido a su escaso valor probatorio, normalmente necesita ser confirmada por otros puntos de vista importantes, si se pretende basar la sentencia en ella (BGHSt 17, 382; 36, 166; BVerfG NStZ 95, 600). Además, independientemente de esa problemática particular, las declaraciones de los "testigos de oídas" siempre deben ser examinadas con especial cuidado (BGH NStZ 88, 144; BGHSt 36, 166; Köln NStZ 90, 557). Para ello no es suficiente invocar las declaraciones de otras personas que tampoco deponen en el juicio oral (BGH StrV 96, 583). No obstante, en contraposición con la jurisprudencia del BGH (E 17, 382; NStZ 91, 194) y del BVerfG (JZ 67, 570, con reseña de TIEDEMANN; E 57, 250; NStZ 91, 445), la doctrina jurídica deriva del derecho *a ser oído conforme a la ley*, art. 103, I, GG, y art. 6, III, d, MRK, y del principio del *fair trial*, con frecuencia, la total inadmisibilidad de la producción de pruebas con ayuda de testigos de oídas (cf. *supra* § 11, V); en parte, se sostiene también la existencia de una lesión al § 261 (totalidad del juicio oral), debido a que se trataría de la valoración inadmisible de una declaración de una persona ausente (SEEBODE/SYDOW, JZ 80, 506).

En este sentido se han pronunciado también las 46ª Jornadas de los Juristas Alemanes, 1966. Sin embargo, toda esta cuestión es singularmente controvertida; ver, en particular, AD. ARNDT, NJW 62, 1192; *idem*, NJW 63, 433; EB. SCHMIDT, JZ 62, 760; *idem*, I, núm. marg. 452, con nota al pie nº 248; TIEDEMANN, MDR 63, 456; 65, 870; JuS 65, 14; GRÜNWALD, JZ 66, 494; PETERS, *Gutachten für den 46.DJT*, t. I, 3a, 108, 138 y s.; SCHROEDER, ROW 69, 200; LÖHR, 1972, 50, 159; GEPPERT, 1979, 216; Grünwald, 1982, 347; Körner, StrV 82, 382; Backes, 1983, 447; HERDEGEN, 1984, 202; TIEDEMANN/SIEBER, 1984, 760; KRAINZ, 1985; GEPPERT, 1991; JOACHIM, 1991; StrV 92, 245.

Después de la decisión fundamental del BGH (GrS) sobre el interrogatorio por comisión de un informante (BGHSt 32, 115; cf. sobre esto *supra* I, 2, a), la jurisprudencia no ha extraído, p. ej., la consecuencia de que la admisibilidad del "testigo de oídas" presupone el conocimiento de la identidad del informante (en contra BGHSt 33, 178; 34, 15; HERDEGEN, NStZ 84, 202; a favor, con una propuesta equilibrada, TIEDEMANN/SIEBER, NJW 84, 761). En efecto, el BGH exige un especial cuidado en la apreciación del medio de prueba menos próximo al hecho (E 33, 178; 34, 15; crítico sobre la eficacia de este precepto regulador FEZER, JZ 85, 496). En cualquier caso, el interrogatorio del "testigo de oídas" es inadmisible cuando es contrario a la voluntad del acusado y cuando se trata de introducir en el juicio oral, a través del testigo indirecto, las declaraciones de un informante excluido de forma abusiva por las autoridades (sobre esto *supra* § 43, C, II, 1, c). LESCH, StrV 95, 542, sostiene convincentemente la opinión de que, a partir de la entrada en vigor de los §§ 68, III, y 110b, III, StPO, y 172, nº 1a, GVG, el Ejecutivo ya no está autorizado a mantener en secreto la identidad de los informantes ante el tribunal; pero también que, en general, pretender la comparecencia del informante al juicio oral representaría exigir demasiado de este último.

Acerca de la relación entre la fiscalía y la policía en la utilización de informantes, GEIßER, GA 83, 385.

Si un agente provocador, de modo contrario al Estado de Derecho, induce a cometer hechos punibles, según la jurisprudencia anterior se pierde la pretensión penal contra el inducido, de modo tal que el procedimiento debe ser sobreseído; con mayores detalles sobre esto *supra* § 10, B, II, 1, f.

V. Copias de documentos

El BGH (NStZ 86, 519), de manera similar al interrogatorio de testigos de oídas, ha permitido también que la fotocopia de un documento sea objeto de recepción de la prueba, en lugar de su original; por cierto, el tribunal debería ser consciente del escaso valor probatorio de una fotocopia tal, de modo que, en ciertas circunstancias, se podría considerar que existe una lesión a la obligación judicial de esclarecimiento.

VI. Reducción de la capacidad de observación del juez

Por último, el juez siempre debe estar en condiciones de seguir los acontecimientos del proceso, dado que, de lo contrario, él no formará su convicción a partir de la totalidad del juicio. Por ello, *la reducción de la plena capacidad de percepción de un juez*, tanto orgánica como temporaria, lesiona, en general, los principios de inmediación y de oralidad.

1. Esto es indiscutible en el caso de un *juez sordo*; la falta del sentido del oído lo hace absolutamente inidóneo para el juicio oral. También es inadmisible la participación de un *juez enfermo mentalmente*, ya que, en su caso, no es posible una formación de la convicción en debida forma. En ambos supuestos existe un motivo de casación, conforme al § 338, nº 1, 1ª frase, 2ª parte.

2. Se discute si la actuación de un *juez ciego* lesiona el principio de inmediación. Por de pronto, la jurisprudencia más reciente (BGHSt 4, 191; 5, 354; 18, 51; cf. BVerfGE 20, 55) lo ha permitido, en principio, en tribunales colegiados, debido a que generalmente la facultad visual faltante está compensada por un estímulo de los demás sentidos; pero ello no debería regir, únicamente, cuando el tribunal realiza, por sí mismo, observaciones ópticas (inspección ocular, boceto del lugar del hecho). Sin embargo, no se puede negar que, de este modo –prescindiendo de los inconvenientes prácticos–, se limita objetivamente las exigencias de la inmediación; por ello, sería preferible restringir la participación de jueces ciegos a la instancia de casación. Actualmente, también el BGHSt 34, 236 (con comentario de FEZER, NStZ 87, 335) está inclinado a aceptar esta opinión; la sentencia considera que en caso de que actúe un juez ciego, el tribunal se inclinaría a prescindir de una inspección ocular necesaria, para evitar una interrupción del juicio. El BGHSt 35, 164, ha excluido ahora, de forma definitiva, la actuación de un juez ciego como presidente del tribunal: pero los convincentes motivos de la sentencia rigen igualmente, en su mayoría, para los jueces vocales; a pesar de ello, el BGH StrV 89, 143, ha declarado, nuevamente, la posibilidad de que un juez ciego actúe como vocal. En oposición a ello, actualmente Zweibrücken (NStZ 92, 50; MDR 91, 1083), en referencia a SCHULZE, MDR 88, 736, ha declarado admisible, incluso, que un juez ciego sea presidente en una cámara de apelación[11].

[11] Sigue esta posición WOLF, ZRP 92, 15; como aquí, en cambio, FEZER, NStZ 88, 375, quien, acertadamente, señala la existencia de "procesos de apreciación... que requieren una observación óptica de una clase particular".

El BVerfG (NStZ 92, 246) ha decidido que la actuación de un juez ciego no atenta contra el principio del juez establecido por la ley (art. 101, I, 2, GG), contra el derecho a ser oído conforme a la ley (art. 103, I, GG), contra el derecho a que el procedimiento sea llevado a cabo con lealtad, ni contra el principio de igualdad.

3. También la *reducción temporal* de la atención puede atentar contra los principios de inmediación y de oralidad.

a) Un *juez que duerme* no extrae su convicción de la totalidad del juicio oral, sino sólo de una parte de él; por ello, el quedarse dormido constituye un motivo de casación según los §§ 337 y 261 (así también BEULKE, núm. marg. 408; de modo más amplio RGSt 60, 63; BGH NStZ 82, 41: § 338, nº 1). Sin embargo, según la opinión de la jurisprudencia (RGSt 60, 63; BGHSt 2, 14) ello sólo debe regir cuando el juez "se ha dormido profundamente por un espacio de tiempo importante, de modo tal que no pudo seguir sucesos fundamentales..." (BGHSt 2, 15).

b) Si un juez redacta la parte resolutiva de la sentencia ya durante los informes finales, no se puede excluir la posibilidad de que no los tome en cuenta en la formación de su convicción; por ello, existe en este caso un motivo de casación, conforme a los §§ 261 y 337 (discutido; de otra opinión BGHSt 11, 74, según el cual sólo se trata allí de proyectos de la sentencia).

C. Posibilidad de valoración de las grabaciones en bandas magnetofónicas

A tal efecto, cf. *supra* §§ 24, D, IV, 2, V; 28, C; *infra* § 49, VI.

§ 45. La publicidad del juicio oral

Bibliografía: *v. Campe*, Die Öffentlichk., GA 73 (1927), 242; *Bockelmann*, Öffentlichk. und Strafrechtspflege, NJW 60, 217; *Wettstein*, Der Öffentlichk.grundsatz im Strafprozeß, 1966; *Eb. Schmidt*, Justiz und Publizistik, 1968; *Roxin*, Aktuelle Probleme der Öffentlichk. im Strafverf., Peters-FS, 1974, 393; *Alber*, Die Geschichte der Öffentlichk. im dt. Strafverf., 1974; *Kleinknecht*, Schutz der Persönlichkeit des Angekl. durch Ausschluß der Öffentlichk. in der HV, Schmidt-Leichner-FS, 1977, 111; *Schmidthals*, Wert und Grenzen der Verf.öffentlichk. im Strafprozeß, 1977; *Fraube*, Die Bildberichterstattung über den Angekl. und der Öffentlichk.grundsatz im Strafverf., 1978; *Scherer*, Gerichtsöffentlichk. als Medienöffentlichk., 1979; *Kohlmann*, Die öffentl. HV - überflüssig, zweckmäßig oder geboten?, JA 81, 581; *Gössel*, Über die revisionsrichterl. Nachprüfbarkeit von Beschlüssen, mit denen die Öffentlichk... ausgeschlossen wird, NStZ 82, 141; *Beulke*, Neugestaltung der Vorschriften über die Öffentlichk. des Strafverf.?, JR 82, 309; *Rüping*, Strafverf. als Sensation, Dünnebier-FS, 1982, 391; dictamen de *Zipf* y ponencias de *Dahs* y *Volk* en las 54ª Jornadas de los juristas alemanes, 1982, t. I, II; *Jung*, Öffentlichk. - Niedergang eines Verf.grundsatzes? H. Kaufmann-GS, 1986, 891; *J. Wagner*, Strafprozeßführung über Medien, 1987; *Odersky*, Die Öffentlichk. der HV nach dem Opferschutzgesetz, Pfeiffer-FS, 1988, 325; *Mösl*, Der Beschluß über die Ausschließung

der Öffentlichk. im Strafverf., *ibidem*, 339; *Stutz*, Zurückdrängung des Öffentlichk. prinzips zugunsten der Privatsphäre im Strafverf., 1992; *Lilie*, Augenscheinseinnahme und Öffentlichkeit der HV, NStZ 93, 121; *Weyand*, Ausschluß der Öffentlichk. bei Steuerstrafverf., wistra 93, 132; *Witzler*, Die personale Öffentlichk. im Strafverf., 1993; *Wolf*, Die Gesetzwidrigkeit von Fernsehübertragungen aus Gerichtsverhandlungen, NJW 94, 681; *Wolf*, Gerichtsberichterstattung - künftig "live" im Fernsehen?, ZRP 94, 187; *Detter*, Der von der Verteidigung geladene Sachverständige, Salger-FS, 1995, 231; *Ranft*, Verfahrensöffentlichkeit und "Medienöffentlichkeit" im Strafprozeß, Jura 95, 573; *Roxin*, Strafprozeß und Medien, FS zum 30jährigen Bestehen der Münchener Jurist. Gesellschaft, 1996, 97.

A. El significado

El principio de publicidad está establecido en el § 169, 1ª frase, GVG. De acuerdo con él, sólo el juicio oral es público, no así el procedimiento de investigación, ni el procedimiento intermedio[1]. A través del § 169, GVG, también está garantizada la *publicidad indirecta*, en tanto se trate de la difusión de informes orales o escritos del juicio. Por el contrario, el § 169, 2ª frase, GVG, veda las grabaciones magnetofónicas, televisivas y radiofónicas, así como las grabaciones de sonido y fílmicas que tengan por fin la transmisión pública o la publicación de su contenido. Sin embargo, esto rige únicamente para el juicio, incluido el pronunciamiento de la sentencia, pero no para las grabaciones realizadas durante una pausa de la audiencia (BGHSt 23, 123).

Las grabaciones fílmicas en la sala de audiencias antes del comienzo del juicio, y una vez que él ha finalizado, están amparadas por el art. 5, I, 2, GG (BVerfG NStZ 93, 89; caso "Honecker"; de otra opinión, con motivos atendibles, RANFT, Jura 95, 580 y siguiente). Las situaciones caóticas pueden ser prevenidas a través de la "solución *pool*", según la cual sólo tiene acceso a la sala de audiencias un grupo de camarógrafos que se compromete a poner a disposición de todas las estaciones de televisión y de radiodifusión interesadas el material filmográfico de manera gratuita. En una decisión posterior sobre el caso "Honecker", el BVerfG juzgó como desproporcionado y como una violación al art. 5, I, 2, GG, el hecho de que las grabaciones previas al comienzo del juicio oral hayan sido permitidas sólo durante cinco minutos (BVerfG NStZ 95, 40, con comentario a favor de SCHOLZ).

Recientemente el § 169, 2ª frase, GVG, ha sido objeto de una controvertida discusión porque los medios, invocando el art. 5, I, 2, GG, aducen un interés prevaleciente en informar directamente también desde el juicio[2]. Tal pretensión debe ser rebatida decididamente ya que, p. ej., las grabaciones televisivas someterían al acusado a la vergüenza de exponerse ante un público de varios millones de personas y harían considerablemente más difícil su resocialización; además, también se perjudica así el descubrimiento de la verdad, ya que no se puede descontar que las declaraciones de los testigos y el mismo fallo del tribunal se vean afectados por las expectativas de una opinión pública masiva[3]. De modo objetable, el BVerfG ha considerado que no era manifiestamente infundado un recurso de queja constitucional dirigido contra el § 169, 2ª frase, GVG (NStZ 96, 143).

[1] Cuando un juez es recusado por parcialidad, para el procedimiento de recusación no rige el principio de publicidad, tampoco en el juicio oral (BGH NStZ 96, 398).

[2] Cf. GERHARDT, ZRP 93, 377; EBERLE, NJW 94, 1637; WOLF, ZRP 94, 187; SCHWARZ, AfP 95, 353; Hamm, NJW 95, 760; ZUCK, NJW 95, 2082.

[3] Con mayores detalles ROXIN, 1996.

El principio de publicidad proviene del procedimiento reformado del siglo XIX y "es una de las bases del procedimiento penal", sobre todo, una de "las instituciones fundamentales del Estado de Derecho" (BGHSt 1, 335; 2, 57; 9, 281). Su significado esencial reside en consolidar la confianza pública en la administración de justicia (cf. BGHSt 3, 387; RGSt 70, 109), en fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia y en evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y, con ello, en la sentencia (BGHSt 9, 282; ver, en particular, HENKEL, 324 y siguiente). Esta "falta de afectación del fallo judicial por influencias ajenas a la causa" no está amenazada únicamente por restricciones contrarias a la ley, sino, también, por ampliaciones inadmisibles de la publicidad. Por ello, en el § 169, GVG, sólo está garantizada la "publicidad directa de las salas de audiencias" (crítico SCHERER, 1979, 88), porque la publicidad masiva del público de televisión o de radio no sólo puede modificar de forma imprevisible el comportamiento del acusado y de los testigos, sino también convertir al tribunal, con mucha más facilidad, en víctima de los prejuicios y expectativas extendidos. Es por ello que el fundamento jurídico del § 169, 2ª frase, GVG, se deberá trasladar a otros casos de ampliación de la publicidad y se deberá considerar inadmisible que, debido a la aglomeración de público, los juicios penales sean trasladados a salas masivas fuera del tribunal, sean transmitidos en la calle a través de altoparlantes o en el despacho del presidente del tribunal a través de una instalación de sonido (en sentido afirmativo KISSEL, § 169, núms. margs. 26 y siguiente). Sobre la posibilidad de que en tales casos proceda el recurso de casación cf. *infra* C, II, 2.

Por otra parte, no se debe desconocer que la publicidad no siempre es conveniente para el acusado. El juicio *coram populo* puede discriminarlo y ser perjudicial para su resocialización. Por ello, el Proyecto Alternativo de una "ley complementaria de la StPO" (1980) propone un juicio oral sin publicidad para el procedimiento ante el juez penal, cuando el imputado se haya declarado culpable en lo esencial, el resultado de las investigaciones coincida con ello y el imputado esté de acuerdo. Sin embargo, en ese procedimiento no se puede imponer penas privativas de libertad a cumplir. La reforma de los preceptos sobre publicidad fue el tema tratado por las Jornadas de los Juristas Alemanes de 1982, quienes, a pesar de los esfuerzos, no se decidieron por ninguna propuesta importante de modificación. Sobre el Proyecto Alternativo cf., en especial, BAUMANN, *Die Reform der Vorschriften über die Öffentlichk. der Strafverf.*, NJW 82, 1558; ENGELS-FRISTER, ZRP 81, 111; SCHÜLER-SPRINGORUM, MEHLE, HILGER, NStZ 82, 305, 309, 312; ZIPF, *Gutachten*; BEULKE, JR 82, 309; MEYER-GOßNER, ZRP 82, 237; MOOS, *Das Geständnis im Strafverf. und in der Strafzumessung*, tesis doctoral, Göttingen, 1983; resumidamente sobre el nuevo desarrollo, JUNG, 1986.

B. Limitaciones

El principio de publicidad no rige ilimitadamente. En primer lugar, un juicio público sólo puede realizarse en el marco de las posibilidades de espacio existentes (a continuación, I); además, en casos particulares la publicidad puede ser excluida por completo (a continuación, II) y, por últi-

mo, con mayor amplitud, es admisible la exclusión de la audiencia de ciertas personas (a continuación, III).

I. Limitaciones fácticas

Naturalmente se deduce la *limitación* de la publicidad a las *posibilidades de espacio* a disposición del tribunal; pero una oficina que sólo puede permitir la presencia de un (!) oyente no es suficiente (BayObLG NJW 82, 395; Köln NStZ 84, 282). En caso de excesiva concurrencia de público, la jurisprudencia permite la elección imparcial (!) de oyentes (RGSt 54, 226). Además, el principio de publicidad tampoco está lesionado cuando una inspección ocular, a causa del limitado espacio del lugar a examinar, sólo puede ser realizada, en debida forma, sin el estorbo del público (BGHSt 5, 75, 82). Sin embargo, la audiencia no puede continuar, simplemente, en ese mismo lugar (BGH, *loc. cit.*); si ella debiera ser concluida en el edificio del tribunal del lugar donde se ha realizado la inspección ocular, ello debe ser anunciado previamente en el tribunal de la audiencia originaria (de otra opinión BGH GA 82, 126). En cambio, estamos ante una limitación inadmisible de la publicidad cuando el tribunal, que teme que se produzcan perturbaciones en el juicio, para evitarlas, reduce el auditorio sacando sillas a su arbitrio; en un caso semejante, se debe aguardar a que se produzcan las perturbaciones y sólo después de que ellas se presentan deben ser eliminadas a través de las medidas previstas en los §§ 176 y ss., y 172, GVG (a favor KISSEL, § 169, núm. marg. 28). Del mismo modo, la limitación es inadmisible cuando la puerta de la sala de audiencias permanece cerrada durante una parte del procedimiento, para evitar las perturbaciones vinculadas necesariamente al cambio de oyentes, porque el legislador ya ha tenido en cuenta tales menoscabos de la tranquilidad y del orden en el juicio oral, que resultan inevitablemente del principio de publicidad (cf. ROXIN, 1974; de otra opinión BGHSt 24, 72, 73 y siguiente). Si el interrogatorio de un testigo debe ser llevado a cabo en un establecimiento penitenciario, debido a que él no está en condiciones de ser transportado, también aquí se debe permitir la publicidad (BGH JR 79, 261, con comentario a favor de FOTH, JR 79, 262; BOTTKE, JA 79, 587). Por el contrario, la publicidad del procedimiento encuentra un límite en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en virtud del art. 13, GG; por consiguiente, cuando se realiza una inspección ocular en un departamento o en una empresa, quien tiene derecho a excluir puede prohibir el acceso al público (BGHSt 40, 191; RANFT, Jura 95, 575 y s.; de otra opinión LILIE, 1993). En general, las audiencias que son realizadas fuera del tribunal deben ser anunciadas a través de un cartel; en caso de ausencia por un lapso breve, es suficiente el anuncio en la audiencia pública[4]. Según el BGH

[4] Cf. BGH NStZ 81, 311; BayObIG NJW 80, 2321; Celle StrV 87, 287; Köln StrV 92, 222; THYM, NStZ 81, 293, con mayores informaciones; FEZER, StrV 84, 277.

NStZ 84, 134, el principio de publicidad no comprende la confianza en los anuncios del día y hora de realización de la audiencia; ello es objetable porque, entonces, el tribunal tiene la posibilidad de evitar la publicidad realizando un anuncio falso del momento en que se llevará a cabo la audiencia. Con razón, Zweibrücken StrV 96, 138, considera que hay una violación al § 338, nº 6, cuando un juicio oral se realiza un viernes por la tarde, a pesar de que en la entrada del tribunal cuelga el cartel que anuncia: "El Tribunal Municipal está cerrado a partir de las 13 horas".

Los intervinientes en el procedimiento no pueden renunciar a la publicidad. Por lo tanto, si ellos manifiestan que no interpondrán recurso de casación por violación del § 169, GVG, ello no puede conducir a la pérdida del motivo de casación, si, no obstante, ésta es interpuesta con posterioridad (Frankfurt JR 87, 81, con reseña de SCHLÜCHTER).

II. La exclusión general de la publicidad

1. Ella es *admisible* en los siguientes casos:

a) Cuando el objeto del procedimiento está constituido por la internación del imputado en un establecimiento (§ 171a, GVG).

b) Cuando se discute determinadas circunstancias del ámbito personal de la vida de un interviniente en el proceso, de un testigo o del ofendido por un hecho antijurídico (§ 171b, GVG). Sin embargo, se debe ponderar entre el interés en resguardar la esfera privada, digno de protección, y el interés en la publicidad (al respecto ODERSKY, 1988). Si se presentan los presupuestos del § 171b, I, 1, la exclusión, en esos casos, es, incluso, obligatoria si el afectado la solicita; esta regulación va más allá del art. 6, I, 2, MRK, que siempre deja la exclusión a arbitrio del tribunal. El § 171b, III, impide toda impugnación de las decisiones tomadas de conformidad con los párrs. 1 y 2, de modo tal que ante la exclusión de la publicidad, el juez no debe temer la casación de la sentencia según el § 338, nº 6.

También se puede excluir la publicidad en la realización de una inspección ocular relacionada con el interrogatorio del testigo (BGH NStZ 88, 190, contrariamente a la jurisprudencia sobre el § 247; cf. *supra* § 42, F, II, 3, d; cuestionable).

c) Cuando sea de temer una amenaza para la seguridad del Estado, del orden público o de las buenas costumbres (§ 172, nº 1, GVG).

Es de especial importancia la exclusión de la publicidad por *"amenaza para el orden público"*. El BGH ha aceptado la existencia de tal amenaza cuando, en caso de declarar conforme a la verdad, existe un peligro para la vida o la integridad física del acusado o de un testigo, o de un pariente cercano a ellos (BGHSt 3, 344; 9, 284: sobre las medidas de persecución que se espera en la ex RDA). También puede constituir un motivo de exclusión el peligro de que un informante sea desenmascarado (BGHSt 32, 115, 125); sin embargo, sólo cuando el desenmascaramiento no pueda ser evitado de otro modo (BGH NStZ 84, 522). Por el contrario, para admitir la existencia de amenaza para el orden público no es suficiente la mera expectativa de que el acusado únicamente dirá la verdad si se excluye la publicidad (BGHSt 9, 280), como tampoco lo es el anuncio de un testigo de que en caso de que haya público presente hará uso de su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente (BGHSt 30, 193). Tampoco es una perturbación del orden público una posible afectación de la salud del testigo como consecuencia de su intensa agitación (BGH NStZ 87, 86).

La existencia de una *"amenaza para las buenas costumbres"* sólo es aplicable en casos aislados, en vista de la liberalización de la opinión general. No obstante, ella puede ser aplicada,

tanto hoy como antes (p. ej., en caso de acciones homosexuales masivas contra niños), BGHSt 38, 248. En la aplicación del § 172, nº 1, GVG, al juez le corresponde un margen de apreciación (BGH NStZ 86, 179, con comentario de GÖSSEL y BÖTTCHER, JR 86, 216); así, también se puede aplicar el § 172, nº 1, GVG, en lugar del § 171b, GVG, igualmente posible (BGHSt 38, 248, con reseña de KATHOLNIGG, JR 93, 297).

d) Cuando se deba temer una amenaza para la vida, la integridad física o la libertad de un testigo o de otra persona (§ 172, nº 1, a, GVG).

e) Cuando se trata un secreto profesional importante, a través de cuya discusión pública se lesionaría intereses preponderantes y dignos de protección, o cuando se discute un secreto privado cuya revelación sería punible según el § 203, StGB (§ 172, nº 2 y 3, GVG).

f) Por último, cuando se interroga a una persona menor de 16 años (§ 172, nº 4, GVG).

2. Está *ordenada obligatoriamente* para todo el procedimiento de menores, con inclusión del pronunciamiento de la sentencia (§ 48, I, JGG).

3. En caso de exclusión de la publicidad a causa de una amenaza para la seguridad del Estado existe una *prohibición* absoluta *de informar* sobre el objeto del juicio para la prensa, la radio y la televisión. Si la publicidad es excluida porque existe una amenaza para la seguridad del Estado o en virtud de los §§ 171b, 172, nº 2 y 3, GVG, queda al arbitrio del tribunal la decisión acerca de en qué medida se les impone a los participantes el deber de guardar silencio (§ 174, II y III, GVG). La violación de esta prohibición de publicar o del deber de guardar silencio está sometida a pena por el § 353d, StGB.

III. La exclusión de personas determinadas

1. *Ciertas personas* pueden ser excluidas de la audiencia debido a la falta de decoro:

a) desde un principio, en los casos del § 175, I, GVG (ofensa a la dignidad del tribunal);

b) en caso de desobediencia (§ 177, GVG) y falta de decoro (§ 178, GVG: arresto inmediato), así como por la comisión de acciones punibles en la audiencia (§ 183, GVG: detención provisional). El concepto de *falta de decoro* está poco claro. No se puede considerar como indecoroso, sin más, el llevar ropa de trabajo, leer el periódico durante la audiencia (sobre esto Karlsruhe JR 77, 392) o el permanecer sentado al ingresar el tribunal (de otra opinión Koblenz NStZ 84, 234), durante el pronunciamiento de la sentencia o el juramento de un testigo (de otra opinión Koblenz GA 85, 328), pero sí las exclamaciones perturbadoras, las injurias y los actos de violencia[5].

GREISER, JA 83, 429, ofrece una síntesis sobre las posibilidades jurídicas en caso de alteraciones e intentos de sabotaje en el juicio oral.

[5] Cf., para ello, Stuttgart NJW 69, 627; Hamm NJW 69, 1919; NJW 75, 942; un trabajo detallado sobre los casos posibles en SCHWIND, JR 73, 133.

2. En tanto las posibilidades de una exclusión total de la publicidad están reguladas de forma taxativa en la ley, la jurisprudencia admite la exclusión de ciertas personas, más allá de los casos mencionados expresamente en la ley, en virtud también de criterios procesales genéricos y de orden superior. Así, el BGHSt 3, 386, ha admitido el alejamiento de una persona, contra la cual estaba pendiente un procedimiento de investigación por encubrimiento por receptación, del juicio oral seguido contra el ladrón de la cosa, debido a que, según la opinión del tribunal, el principio de secreto que rige en el procedimiento preliminar merece preeminencia frente a la publicidad del juicio principal; asimismo, los potenciales testigos pueden ser excluidos como oyentes (arg. § 58, I, BGH MDR/H 83, 92). Sin embargo, no está permitido prohibir, desde un principio, el acceso a la sala de audiencias a personas "sospechosas de causar alteraciones" (así, empero, RGSt 54, 226). Aquí rigen únicamente las facultades de policía del tribunal previstas en los §§ 176 y ss., GVG, que no pueden ser ampliadas a través de una limitación anticipada de la publicidad (cf. también *supra* I, al final). También existe una lesión al principio de publicidad cuando el presidente del tribunal excluye a ciertas personas, excediendo sus poderes de policía de la audiencia (BGHSt 17, 204: asesor oficial en cuestiones criminales; BGHSt 18, 179: asistente de abogado que tomaba notas taquigráficas; BVerfGE 50, 234: reportero poco estimado; BGH NStZ 82, 389: oyente que escribía, vestido llamativamente, con reseña de DECKERS, StrV 82, 458). En cambio, es admisible la "invitación" a abandonar la sala de audiencias a dos testigos (BGH NStZ 88, 467, con comentario en contra de SIEG, MDR 90, 69; antes bien a favor SCHNEIDERS, StrV 90, 91). Por otro lado, existe siempre una violación al § 169, GVG, cuando *todos* los oyentes abandonan la sala del tribunal "voluntariamente", a petición del presidente. Allí no se respeta, de manera indirecta, el principio de publicidad (BGH NStZ 93, 450).

Como protección jurídica contra tales disposiciones judiciales, el § 181, GVG, prevé la queja ante el OLG, sólo para el caso de que un tribunal inferior haya impuesto medidas de corrección en el sentido del § 178, GVG. Contra las disposiciones según los §§ 176 y 177, GVG, que muchas veces pueden contener injerencias en derechos fundamentales, no está prevista la posibilidad de queja, conforme al mero texto legal, pero a estos casos se puede aplicar analógicamente el § 181, GVG (AMELUNG, NJW 79, 1687; de otra opinión Zweibrücken NStZ 87, 477; Hamburg NStZ 92, 509).

IV. Competencia para la exclusión

1. Sobre la exclusión *total* de la *publicidad* decide el *tribunal*, por auto (§ 174, I, GVG). A pedido de un interviniente, o cuando el tribunal lo considere conveniente, se debe proceder al respecto en una audiencia que no sea pública. En general, el auto debe ser comunicado públicamente, excepto en caso de que sean de esperar alteraciones importantes del orden (§ 174, I, 2, GVG). Si en un primer momento la publicidad es excluida sólo mientras dure la declaración del acusado sobre el hecho, existe una violación al § 174, I, cuando durante la audiencia que no es realizada públicamente, sin auto complementario, también se toma declaración a

testigos (BGH StrV 91, 199). Siempre se debe indicar de manera inequívoca el motivo de exclusión que se invoca (§ 174, I, 3, GVG; BGHSt 27, 117, 187; BGH StrV 96, 134). Si una norma tiene varias alternativas (como sucede con el § 172, nº 1 y 2, GVG), se debe decir claramente cuál de ellas se aplica (BGH NStZ 83, 324). Además, se puede hacer referencia, a través de una indicación expresa, a un auto de exclusión dictado con anterioridad (BGHSt 30, 298) o a un pedido de exclusión fundado suficientemente conforme al § 171b, GVG (BGH NStZ 94, 591); ello no puede realizarse de manera tácita (BGH GA 82, 275). Según el BGHSt 41, 145, en caso de una exclusión conforme al § 172, nº 1, a, GVG, es suficiente la mención de esta cláusula legal; evidentemente, los peligros allí enumerados se entienden sólo como ejemplificación del criterio de amenaza a personas. Si la cláusula que conduce a la exclusión no es mencionada expresamente, el auto debe permitir reconocer el motivo de exclusión "por sí mismo y claramente" (BGH NStZ 89, 442). Si el motivo de exclusión no es dado a conocer en audiencia pública, existe un motivo de casación conforme al § 338, nº 6[6]. En cambio, los hechos de los que resulta el motivo de exclusión no necesitan ser comunicados, de modo que la casación no puede estar fundada en su incorrección (BGHSt 30, 212; con mayores detalles GÖSSEL, NStZ 82, 141).

2. En caso de que se excluya a *ciertas personas* por falta de decoro y de que se les imponga una pena de arresto o una pena disciplinaria en dinero, la ley *diferencia* (§§ 177 y 178, GVG): con respecto a personas que no participan en la audiencia (¡oyentes!) decide el presidente del tribunal, en los demás casos (por tanto, ante todo cuando se trata del acusado y de testigos), el tribunal (sobre esto BGH NStZ 88, 85).

3. A la *autorización* para excluir a personas que alteran el orden corresponde una *obligación* de exclusión, motivo de casación cuando la perturbación permanente afecta al acusado en su defensa o pone en peligro, de otro modo, el descubrimiento de la verdad (cf. ROXIN, 1974).

V. Pronunciamiento público de la sentencia

El *pronunciamiento* de la parte dispositiva de la sentencia se realiza siempre públicamente (§ 173, I, GVG). Sin embargo, para el pronunciamiento de los fundamentos de la sentencia se puede excluir nuevamente la publicidad. Pero esta exclusión de la publicidad requiere un auto "especial" (§ 173, II, GVG).

C. Casación

I. Principio: motivo absoluto de casación

El legislador consideró que el principio de publicidad es de tal importancia que en el § 338, nº 6, estableció su lesión como un *motivo absoluto de casación*. Por consiguiente, en caso de lesión de los preceptos relativos a la publicidad, la sentencia debe ser anulada sin otra comprobación. Por ello, en contra de la opinión del BGH, la anulación no puede depender del hecho de que la restricción de la publicidad sea provocada por una infracción culpable del tribunal (así, sin embargo, BGHSt 21, 72; 22, 297; opinión dominante; p. ej., KISSEL, § 169, núm. marg. 57; como aquí, en cambio, BEULKE, núm. marg. 400; ver *infra* § 53, E, I, 3).

[6] BGHSt 1, 334; 2, 56; 30, 212; NJW 79, 276; NStZ 96, 202.

II. Cuestiones particulares discutidas

1. Al "juicio oral", en el sentido del § 338, nº 6, pertenece también el *pronunciamiento de la sentencia* (cf. § 169, 1ª frase, GVG); de lo contrario, una lesión al § 173, I, GVG, a pesar de que la ley le atribuye evidentemente a esta disposición un rango especial (cf. *supra* B, V), no podría ser impugnada en caso alguno a través del recurso de casación, dado que la sentencia nunca puede fundarse, en el sentido del § 337, en la falta de publicidad de su pronunciamiento (así, acertadamente, BGHSt 4, 279, en contra de RGSt 69, 175; 71, 377).

2. Se discute si el § 338, nº 6, sólo comprende la *restricción* inadmisible de la publicidad (así la opinión dominante) o si esta disposición también abarca su *ampliación* contraria a la ley. Su texto autorizaría una interpretación semejante, y su finalidad y la historia de su origen hablan a favor de esta última posición, pues una publicidad masiva (¡simulacro de proceso!) no amenaza la imparcialidad del fallo del juez en menor medida que el secreto del procedimiento[7]. En un principio, el BGH había dejado abierta la cuestión en un caso de lesión del § 169, 2ª frase, GVG, y había decidido que, en general, el § 337 exige ya la anulación porque no se puede descartar que en la sentencia hayan influido las grabaciones no autorizadas –p. ej., con motivo de una posible irritación de los participantes en el procedimiento– (BGHSt 22, 83). En sus resoluciones posteriores[8], el BGH, en consonancia con la jurisprudencia más antigua, ha vuelto a rechazar la casación, tanto según el § 338, nº 6, como según el § 337, en los casos de ampliación inadmisible de la publicidad (p. ej., presencia de público a pesar de lo dispuesto por el § 48, JGG). Con ello, el tribunal se priva de toda posibilidad de oponerse a las ampliaciones de la publicidad contrarias a la ley (sobre todo esto ROXIN, 1974, 400).

3. El controlar, secuestrar o, incluso, el sacar fotocopias de *documentos de identidad* representa una restricción inadmisible de la publicidad, debido a la intimidación que provoca en los oyentes, y constituye motivo de casación conforme al § 338, nº 6[9]. Lo mismo rige (en contra, BGH NJW 80, 249) cuando la policía criminal toma fotografías del público. Por el contrario, el registro en busca de *armas y materiales explosivos* está admitido por el § 176, GVG (BVerG NJW 78, 1048; Koblenz NJW 75, 1333). En caso de medidas de control permitidas sólo se puede comenzar con el juicio cuando todos los oyentes que concurrieron a su debido tiempo hayan ingresado; en cambio, en el caso de oyentes que concurren con retraso o después de la reanudación de la audiencia suspendida no se necesita considerar medida alguna de control (cf. BGHSt 28, 341; 29, 258; BGH StrV 95, 116).

[7] Cf. EB. SCHMIDT, *Justiz und Publizistik*, 1968, 38; ROXIN, JZ 68, 803; NStZ 89, 376; MEURER, JR 90, 389; GÖSSEL, § 20 B V; KISSEL, § 169, núm. marg. 59; FR.-CHR. SCHROEDER, 19; FEZER, 14/81; BEULKE, núm. marg. 576; SCHLÜCHTER, StPR, 112; *LR*-HANACK, 24ª ed., § 338, núm. marg. 106; RANFT, Jura 95, 579.

[8] BGHSt 23, 82, con comentario de EB. SCHMIDT, JZ 70, 35, y reseña de ZIPF, JuS 73, 350; BGHSt 23, 176; 36, 119.

[9] En forma distinta la opinión dominante; p. ej., KISSEL, § 169, núms. margs. 40 y s.; BGHSt 27, 13; Karlsruhe NJW 75, 2080, con comentario crítico de ROXIN, JR 76, 385; en definitiva, coincidentemente ROXIN, BÄUMLER, 1978.

Capítulo 9
Sentencia, acta de la audiencia y cosa juzgada

§ 46. Concepto y clases, objeto y formación de la sentencia

Bibliografía: *Binding,* Die Beschlußfassung im Kollegialgericht, Ensayos II, 141 (1915); *Haymann,* Die Mehrheitsentscheidung, Stammler-FG, 1926, 395; *Kern,* Die qualifizierten Mehrheiten im Strafverf., DJ 38, 1386; *Mellinghoff,* Fragestellung, Abstimmungsverf. und Abstimmungsgeheimnis im Strafverf., 1988; *Niebler,* Beratungsgeheimnis und abw. Meinung, Tröndle-FS, 1989, 585; *Michel,* Beratung, Abstimmung und Beratungsgeheimnis, DRiZ 92, 263; *Sternberg-Lieben,* Einstellungsurteil oder Freispruch, ZStW 108 (1996), 721.

A. Concepto y clases

Sentencia es la decisión que pone fin a la instancia, dictada por el tribunal decisor sobre la base de un juicio oral (cf. sobre esto *supra* § 23, A).

La decisión de absolución anticipada, conforme al § 371, según la opinión correcta, se dicta a través de un auto (ver *infra* § 55, C, III, 2); por tanto, ella no contradice nuestra definición.

Al igual que en el proceso civil, se diferencia entre sentencia procesal y sentencia material. A través de la *sentencia procesal* el procedimiento es declarado inadmisible ("el procedimiento es sobreseído"). A través de la *sentencia de mérito* se decide sobre si existe o no una pretensión sancionatoria del Estado; por ello, estas sentencias versan sobre la condena, la absolución o la orden de aplicar una medida de seguridad y corrección.

B. Objeto

El *objeto* de la sentencia es el *objeto del proceso*, por consiguiente, el hecho designado en el auto de apertura como acontecimiento histórico, tal como se presenta según el resultado del juicio oral (§ 264, I); sobre el concepto de hecho cf. *supra* § 20. En particular, de ello se deriva lo siguiente:

I. Limitación de la sentencia al hecho de la acusación

Se debe salvaguardar la *identidad del objeto del proceso* y, por cierto, tanto la identidad material como la personal (sobre esto cf. *supra* § 20).

Esto significa que el tribunal, también en la sentencia, sólo puede juzgar sobre el "hecho" circunscripto por el auto de apertura. Si, p. ej., durante el juicio oral el acusado confiesa que ha cometido otros hechos no mencionados en el auto de apertura, el tribunal no está autorizado a juzgar inmediatamente por esos hechos. Antes bien, para ello necesita de una nueva acusación de la fiscalía.

II. Acusación suplementaria para ampliar el objeto del proceso

Sin embargo, en este caso, el § 266 prevé una forma simplificada para promover la acción (la llamada *acusación suplementaria*). De acuerdo con ello, durante el juicio oral el fiscal puede extender oralmente la acusación a otros hechos cometidos por el acusado (a pesar del empleo del concepto "hechos punibles", que induce a error, también en el § 266 se alude al hecho en sentido procesal, cf. ACHENBACH, MDR 75, 20). Por ello, el § 266 no constituye una excepción al principio acusatorio, sino, antes bien, su confirmación. Tal *"ampliación de la acusación"*, con frecuencia, es de interés para el acusado, quien, en caso de que exista un estado de cosas claro, pretenderá evitar varios procesos y, en su lugar, tratará de que toda la culpabilidad sea comprobada de una sola vez.

La acusación suplementaria tiene cuatro *particularidades*, que serán explicadas a continuación:

1. Ella puede ser interpuesta oralmente (§ 266, II, 1), en contraposición con la usual forma escrita de la acusación (§ 200) (ver *supra* § 38, E, IV).

2. El *acusado* debe *consentirla* (§ 266, I). Este requisito pretende poner a salvo de sorpresas al acusado. El consentimiento debe ser claro y expreso; una aceptación tácita no es suficiente[1]. El consentimiento, como formalidad esencial (§ 273, I), debe ser protocolizado.

3. La ampliación del procedimiento requiere un *auto de inclusión*, sujeto a la libre apreciación del tribunal (§ 266, I), que corresponde, en gran medida, al auto de apertura. Por consiguiente, debe ser pronunciado en el juicio oral y se debe registrar en el acta (BGH StrV 96, 5); de lo contrario, existe un impedimento procesal, como cuando falta el auto de apertura, que conduce al sobreseimiento. Sin embargo, según la sentencia del BGH NStZ 90, 137, la falta de un auto de inclusión pronunciado expresamente no constituye un impedimento procesal cuando la voluntad de inclusión es expresada claramente y el acusado se declaró conforme con el juzgamiento. Se discute si la acusación suplementaria puede ser rechazada debido a la falta de sospecha suficiente, con la consecuencia de que proceda el impedimento limitado del § 211 (a favor HILGER, JR 83, 441; en contra MEYER-GOßNER, JR 84, 53; FEZER 9/28).

4. El acusado puede requerir la suspensión del juicio; el presidente también puede ordenarla por sí mismo (§ 266, III, 1).

5. Sobre la posibilidad de que se produzca una acusación suplementaria en la instancia de apelación, FEZER, 9/40.

III. Libre apreciación jurídica del hecho de la acusación

Mientras en la obtención de la sentencia el tribunal está vinculado al hecho descripto en el auto de apertura y, en todo caso, se puede incluir

[1] BGH NJW 84, 2172, con comentario de GOLLWITZER, JR 85, 126; Hamm StrV 96, 532.

nuevos grupos de hechos al juicio, a través de una acusación suplementaria, el tribunal es completamente *libre* en las *cuestiones jurídicas*. El tribunal no está vinculado a la apreciación jurídica del auto de apertura (§ 264, II). Antes bien, él tiene el derecho y el deber de examinar el hecho, por sí mismo, según todos los puntos de vista jurídicos. P. ej., si no hay dolo, dado el caso, se debe analizar la posibilidad de que el hecho haya sido cometido culposamente. En consecuencia, el tribunal puede apreciar el hecho de manera distinta que como lo hizo el auto de apertura. Con más detalles sobre la unidad del hecho *supra* § 20, B, I, 2.

Empero, el acusado debe ser advertido sobre la modificación del punto de vista jurídico para que tenga oportunidad suficiente de defenderse (§ 265; en particular sobre ello, *supra* § 42, D, V, 2).

C. Formación de la sentencia a través de la deliberación y de la votación

I. Conclusión del juicio oral

El juicio oral finaliza con el pronunciamiento de la sentencia (§ 260, I). En un tribunal colegiado, el pronunciamiento está precedido por la *deliberación* y la *votación*. Para preservar la decisión judicial de influencias externas, el § 192, en principio, sólo permite la presencia de los jueces intervinientes; conforme al § 193, GVG, rige una excepción para las personas que trabajan en el mismo tribunal para su formación jurídica, en tanto el presidente autorice su presencia. Estas personas no son únicamente licenciados en Derecho, sino también estudiantes que realizan sus pasantías durante las vacaciones[2]. La duración (supuestamente demasiado breve) de la deliberación de la sentencia no puede ser objeto de un examen jurídico en casación (BGHSt 37, 141, con comentario crítico de RÜPING, NStZ 91, 193).

Si el tribunal, después de que ya se había retirado para la deliberación, reabre la audiencia (p. ej., para realizar una advertencia de conformidad con el § 265, para contestar un requerimiento o para formular otra pregunta), la sentencia no puede ser dictada inmediatamente, a continuación, sino que se debe deliberar por segunda vez (cf. § 260, I, 1, según el cual el pronunciamiento sigue "a la deliberación"). En casos totalmente sencillos es suficiente que los integrantes del tribunal, sin abandonar la sala de audiencias, se pongan de acuerdo, de forma reconocible externamente, sobre si pueden permanecer en el resultado de la deliberación ob-

[2] A favor de la limitación a licenciados en derecho: BGHSt 41, 119; Karlsruhe NJW 69, 628; SCHLÜCHTER, núm. marg. 581, y la opinión dominante; como aquí KREFT, NJW 69, 1784; KISSEL, § 193, núm. marg. 22; RÜPING, núm. marg. 528, nota a pie nº 5. La inadmisibilidad de estudiantes es poco convincente desde que en la deliberación de la sentencia también pueden ser admitidos los asistentes científicos que trabajan en el tribunal e, incluso, los pasantes extranjeros (§ 193, I y II, GVG). Tampoco se puede comprender por qué la sentencia estaría afectada en el sentido del § 337, por la presencia de un único estudiante en la deliberación. En contra de la nueva sentencia, convincentemente, SPEIERMANN, NStZ 96, 397.

tenido hasta el momento (BGHSt 19, 156; 24, 170; BGH NStZ 92, 552 y 601, sobre esto Hamm, NJW 92, 3147); pero, es conveniente hacer constar ese acuerdo en acta (BGH NStZ 87, 472). Sin embargo, la mayoría de las veces será necesario llevar a cabo una nueva deliberación formal en la sala de deliberaciones (BGH NStZ 91, 595). La violación de estos principios fundamentales conduce, en general, a la anulación de la sentencia, pues no se puede excluir la afirmación de que la omisión de una nueva deliberación no haya influido en la sentencia.

II. Realización de la deliberación y de la votación

La deliberación y la votación son dirigidas por el presidente del tribunal; las divergencias de opiniones en cuanto a la realización las decide el tribunal (ver, en particular, § 194, GVG). En primer lugar emite su voto el relator; luego votan los escabinos (y, por cierto, siempre el más joven antes que el mayor); sigue el segundo juez profesional y, por último, vota el presidente (§ 197, GVG). Cuando actúan más jueces profesionales (OLG, BGH) se vota según la antigüedad en el cargo, en caso de igual antigüedad siempre vota primero el más joven. Sin embargo, el presidente vota siempre en último lugar. El sentido de esta regla detallada es preservar siempre la independencia de la decisión del más joven, del que tiene grado inferior o del que posee menos experiencia.

III. Objeto de la votación

El § 197, GVG, regula sólo el orden de la votación. Sobre el *método* de la votación la ley guarda silencio.

1. Sin embargo, se puede establecer los siguientes principios generales: lo que lógicamente se debe comprobar en primer lugar, también debe ser objeto de la votación en primer lugar, por tanto, en general, la existencia de los presupuestos procesales precede a la cuestión de la culpabilidad, y la cuestión de la culpabilidad precede a la cuestión de la punibilidad. Por otra parte, cuando están prescriptas distintas mayorías (mayoría simple o mayoría de dos tercios), también es necesario realizar una discusión separada. De ello resulta lo siguiente:

a) Primero se debe votar sobre los *presupuestos procesales* y, por cierto, con mayoría simple (p. ej., sobre el sometimiento del acusado a la jurisdicción alemana o sobre la competencia; § 196, I, GVG). Entre los presupuestos procesales se cuenta también la inexistencia de prescripción (cf. § 263, III).

b) Después se debe votar sobre la *cuestión de la culpabilidad* –en caso de una decisión desfavorable para el acusado, con una mayoría de dos tercios– (§ 263, I). La cuestión de la culpabilidad comprende mucho más que la pregunta por la culpabilidad en el sentido del Derecho material. Ella abarca también la existencia de condiciones objetivas de punibilidad (discutido) y los motivos que excluyen, atenúan o agravan la punibilidad (§ 263, II; por tanto, p. ej., la pregunta por la legítima defensa, por la demencia o por el desistimiento de la tentativa) y, además, las cuestiones referidas al concurso.

c) Luego, con mayoría de dos tercios, se vota sobre la *cuestión de la punibilidad*, esto es, sobre las consecuencias jurídicas del hecho (§ 263, I). A partir del EGStGB, a la cuestión de la punibilidad pertenece también la cuestión de la negación de la suspensión condicional de la pena.

d) Finalmente, con mayoría simple, se vota sobre las *costas*.

2. Sobre las diferentes consecuencias jurídicas no se debe votar según los fundamentos, sino según el resultado (las llamadas *votación por el resultado, votación total o votación por el dispositivo*). Por tanto, dentro de la cuestión de la culpabilidad no se debe preguntar por los fundamentos (p. ej.: ¿Es el acusado el autor? ¿Actuó en legítima defensa? ¿Estaba enfermo mentalmente? ¿Obró dolosamente?), sino según el resultado (¿Se debe condenar a A por robo, por hurto, por utilizar un vehículo sin autorización?).

Sólo la votación total garantiza "que se lleve a cabo la votación, de manera tal que respalde la voluntad de decisión judicial, según la mayoría exigida por la ley" (cf. Eb. Schmidt, III, § 194, núm. marg. 12); de lo contrario, se podría arribar a una condena a pesar de que, p. ej., uno de los tres jueces niega la autoría, otro afirma la legítima defensa, mientras que el tercero considera al acusado incapaz de culpabilidad.

La corrección de la votación por el resultado, para la cuestión de la culpabilidad, es hoy reconocida en general; en cambio, ella es cuestionada en la votación sobre los presupuestos procesales (cf. Eb. Schmidt, III, § 194, núms. margs. 10 y siguientes).

En el procedimiento de casación rigen ciertas particularidades para el caso de la votación sobre cuestiones jurídicas (sobre ello cf. *infra* § 53, J, IV).

§ 47. El pronunciamiento de la sentencia y las decisiones accesorias

Bibliografía: *Willms*, Zur Fassung der Urteilsformel in Strafsachen, DRiZ 76, 82; *Römer*, Anspruch auf Urteilsübersetzung im Strafverf., NStZ 81, 474.

A. El pronunciamiento

I. Objeto del pronunciamiento

La sentencia es pronunciada al final del juicio oral (sobre el plazo ver *supra* § 42, C, I) en nombre del pueblo (§ 268, I), por el presidente, a través de la lectura de la parte dispositiva de la sentencia (el llamado *tenor*, que contiene el resultado de la decisión; ver *infra* B) y comunicando los *fundamentos de la sentencia* (§ 268, II, 1). La lectura del tenor, establecida por escrito con anterioridad, debe realizarse antes de la comunicación de los fundamentos de la sentencia, debido a su importancia y por consideración al acusado (§ 268, II, 3). Empero, el pronunciamiento sólo está concluido con la comunicación completa de los motivos de la sentencia, de modo tal que, hasta ese momento, la sentencia todavía puede ser corre-

gida o completada por el tribunal de juicio; p. ej., el presidente, según su poder discrecional, puede aceptar aún nuevos requerimientos de prueba, durante el pronunciamiento de la sentencia, y puede reabrir el juicio. Por ello, la comunicación de los motivos no representa, en verdad, una parte indispensable para la existencia de la sentencia (arg. § 338, nº 7; sin embargo, cf. la decisión, en definitiva dudosa, del BGHSt 8, 41, y *supra* § 42, F, II, 3, a), pero, en oposición a BGHSt 15, 264, sí es una parte esencial del juicio oral. El pronunciamiento de un auto según los §§ 268a y 268b, ya no forma parte del pronunciamiento de la sentencia (BGHSt 25, 333).

II. Fundamentos de la sentencia

En el proceso penal, a diferencia de aquello que sucede en el proceso civil (§ 311, III, ZPO), la *comunicación de los fundamentos de la sentencia* está ordenada *obligatoriamente*. Ella se lleva a cabo, excepcionalmente, a través de la lectura (cf. § 268, II, 2, y IV) y, normalmente, por exposición oral, sintética y rápida. Su comunicación incompleta configura una lesión al § 268, II, 1, pero, sin embargo, no constituye un motivo de casación conforme al § 338, nº 7 (porque allí está presupuesta la falta de completación), ni según el § 337 (porque la sentencia no puede fundarse en esa lesión posterior de la ley, BGHSt 8, 42).

III. Información sobre la interposición de recursos y decisiones accesorias

1. Después del pronunciamiento de la sentencia, se debe *informar* al acusado *sobre los recursos* admisibles (§ 35a). Sin embargo, la obligación judicial de asistencia ordena no exigirle una declaración sobre la interposición o renuncia de los recursos mientras se encuentra en el estado de conmoción que le produce el pronunciamiento de la sentencia y apreciar las eventuales manifestaciones que haga al respecto, averiguando cuál es su verdadera voluntad (ver *infra* § 51, B, V, 4, b). En determinados casos, la información también puede ser realizada por escrito, a través de la entrega al acusado de una hoja informativa (Stuttgart MDR 90, 74).

2. Si en la sentencia se suspende condicionalmente una pena privativa de libertad o una medida de seguridad, se ordena la vigilancia del condenado según reglas de conducta o el acusado es amonestado con reserva de pena, el tribunal toma las decisiones necesarias según los §§ 56a/56d, 59a, 68a/68c, StGB, a través de un auto que debe ser pronunciado simultáneamente con la sentencia (§ 268a, I y II). En tales casos, sobre la información al acusado por parte del presidente, ver § 268a, III.

3. Si el acusado se encuentra en *prisión preventiva* o había sido internado provisionalmente, al dictar sentencia se debe decidir, de oficio, sobre la continuación de estas medidas y, por cierto, por auto que debe pronunciarse con la sentencia (§ 268b). Asimismo, también es posible que sólo en el pronunciamiento de la sentencia se dicte una orden de detención (cf. § 125, II), p. ej., cuando, debido a la imposición de una pena elevada, existe peligro de fuga.

4. Si al condenado se le impone una *inhabilitación para conducir*, él debe ser informado sobre el comienzo del plazo de la inhabilitación (§ 268c).

B. La parte dispositiva de la sentencia (tenor)

El dispositivo de la sentencia (también llamado fallo de la sentencia) es su parte más importante, dado que es el fundamento de la cosa juzgada y de la eventual ejecución de la pena. El fallo de la sentencia puede representar una *decisión formal* (decisión procesal), cuando a causa de un impedimento procesal se dicta una sentencia de sobreseimiento (§ 260, I y III; cf. V subsiguiente), o una *decisión de mérito*, para lo cual existen, nuevamente, las tres posibilidades de condena (I, subsiguiente), absolución (II, subsiguiente) y la imposición de una medida de seguridad y corrección (IV, subsiguiente).

I. Condena

En caso de *condena*, la parte dispositiva debe indicar el fundamento jurídico (como base de la cosa juzgada) y las consecuencias jurídicas (como base de la ejecución).

1. a) El hecho comprobado debe ser indicado en la parte dispositiva según su *designación jurídica*, para lo cual, en tanto sea posible, se debe utilizar el título oficial del tipo penal (§ 260, IV, 1 y 2; p. ej.: "El acusado es culpable por la puesta en peligro culposa de la circulación"). Desde 1975, los preceptos penales aplicados ya no forman parte del tenor, sino que integran la lista de disposiciones legales (*infra* VI). Por lo demás, el texto de la parte dispositiva está sujeto, en gran parte, al poder discrecional del tribunal (§ 260, IV, 5). No obstante, a través de la parte dispositiva, el tribunal debe caracterizar el ilícito cometido en un "lenguaje comprensible y conciso", así como comunicar las disposiciones tomadas en la sentencia (BGHSt 27, 287). Por ello, las reglas legales sobre la medición de la pena no pueden ser tratadas como tipos penales independientes, de modo que el § 243, nueva versión, StGB, no puede ser designado como "hurto especialmente grave"[1]; se discute si el § 248a, StGB, es un tipo penal autónomo que deba ser incluido en la parte dispositiva (en contra Düsseldorf NJW 87, 1958; a favor NAUCKE, NStZ 88, 220). También es superflua la clasificación como crimen o delito y otros detalles (BGH NStZ 86, 40).

b) La redacción del tenor provoca dificultades en la determinación alternativa (sobre su admisibilidad y presupuestos, en particular, BLEI, § 11). Según el BGHSt 1, 302, puede, por regla (restrictivamente BGH MDR/HERLAN 54, 531), dejar de mencionarse la ley penal más grave (p. ej., en caso de hurto y encubrimiento por receptación), debido a que el § 260, IV, 1, sólo se refiere a los fallos de culpabilidad, con fundamento en constataciones unívocas. Pero, de conformidad con el § 260, IV, 5, el texto del tenor "por hurto o encubrimiento por receptación" es, en todo caso, admisible.

c) En caso de condena por varios tipos penales, éstos deben ser mencionados por separado, con indicación de su relación de concurso, p. ej., si se trata de una pluralidad de hechos: "El acusado es condenado por hurto con fractura y por resistencia a la autoridad ejecutiva";

[1] Sobre los problemas de la parte dispositiva en los §§ 242 y ss., StGB, en particular, BGHSt 23, 254; NJW 70, 2120; BÖRTZLER, NJW 71, 682; en caso de motivos agravantes, en general, GRANDERATH, MDR 84, 988.

o, en caso de unidad de hecho: "El acusado es culpable de haber falsificado un documento y de haber cometido una estafa, a través de la misma acción".

2. a) Fuera del hecho comprobado, la parte dispositiva debe indicar las *consecuencias jurídicas establecidas*, esto es, las penas principales y accesorias, las consecuencias accesorias y, dado el caso, las medidas de seguridad y corrección, según su clase y medida, p. ej.: "El acusado es condenado a una multa de 90 días-multa de 80 DM cada uno (discrepa NAUCKE, NJW 78, 407). Él no puede ejercer el oficio de comerciante por el plazo de tres años, contado a partir de que esta sentencia pase en autoridad de cosa juzgada". En la parte dispositiva también se debe expresar la suspensión condicional de la consecuencia jurídica o la amonestación con reserva de pena (§ 260, IV, 4); no así sus particularidades (§ 268a). Si, conforme al § 57a, I, 1, nº 2, o al § 57b, StGB, la gravedad de la culpabilidad debe excluir la suspensión posterior de una pena perpetua, esta circunstancia debe ser incluida por el tribunal de jurados en el fallo de su sentencia (BVerfGE 86, 288; BGHSt 39, 121, con comentario a favor de MEURER, JR 93, 251). La negación de la la existencia de una culpabilidad especialmente grave puede quedar reservada a los fundamentos de la sentencia (BGH NStZ 93, 448). Si la sentencia no se pronuncia en absoluto al respecto, en caso de que el acusado interponga recurso de casación, la prohibición de la *reformatio in peius* impide el reenvío al juez de mérito para que adopte posteriormente la decisión acerca de la culpabilidad grave (BGH NStZ 93, 449).

b) En caso de pluralidad de hechos, en la parte dispositiva sólo se incluye la pena total, mientras que las penas individuales resultan sólo de los fundamentos. Sin embargo, su incorporación en la parte dispositiva sería, de todos modos, admisible (§ 260, IV, 5).

c) También está incluida entre las consecuencias jurídicas que deben ser ordenadas en la parte dispositiva la obligación del condenado de soportar las costas (§§ 464 y 465).

d) La parte dispositiva no contiene ninguna consecuencia jurídica (fuera de las reglas referidas a las costas, ver § 465, I, 2) cuando se prescinde de la pena (cf. §§ 60, 157 y s.; 174, IV; 175, II; 233, StGB) o cuando el acusado es eximido de pena (cf. § 199, StGB), es decir, p. ej.: "El acusado es culpable de haber cometido una lesión corporal dolosa. Se prescinde de la pena" (sobre esto, detalladamente, WAGNER, GA 72, 33). En estos casos no se trata de una absolución, sino de una condena (de otra opinión PETERS, 471; sin embargo, ver los §§ 260, IV, 4; 465, I, 2).

II. Absolución

En una sentencia absolutoria, la parte dispositiva sólo dice *absolución*; observaciones como "a falta de prueba" o "por inocencia comprobada" no pertenecen a esta parte, sino que deben ser desarrolladas, únicamente, en los fundamentos (§ 267, V). Tampoco pertenece a la parte dispositiva la mención del delito reprochado en la acusación, dado que la absolución abarca el hecho desde todo punto de vista jurídico. Por ello, el tenor reza: "El acusado es absuelto. Las costas del procedimiento y los gastos necesarios del acusado recaen sobre la Caja Estatal" (ver § 467).

III. Absolución parcial

Surgen dificultades para redactar el tenor cuando el acusado no es completamente inocente, pero las apreciaciones hechas en la sentencia no coinciden con el auto de apertura. Aquí rige el principio de que ante un acontecimiento histórico único (esto es, dentro del mismo objeto del proceso) sólo se puede condenar o absolver, mientras que un fallo en parte condenatorio y en parte absolutorio sólo es posible cuando se trata de distintos hechos en sentido procesal (de otra opinión la postura dominante, cf. SCHÄFER, Praxis, 419 y s., con el argumento de que, de lo contrario, se perjudica al acusado, por lo menos en lo referente a las costas; más detalles en *SK*-SCHLÜCHTER, § 260, núm. marg. 12).

1. Si el acusado, erróneamente, supuso cometer un hurto en lugar de un robo, sólo resulta una condena por hurto, mientras que únicamente los fundamentos se pronuncian sobre la imposibilidad de comprobar los elementos del robo (§ 267, III). Por cierto, la falta de absolución puede conducir, fácilmente, a una impresión falsa (ver HENKEL, 413), p. ej., en caso de una acusación por asesinato y de una condena por portación de arma sin licencia (§§ 53, III, y 35, WaffG).

2. Tampoco tiene lugar una absolución parcial cuando los hechos subsiguientes en caso de un delito de estupefacientes son sustituidos (BGHSt 13, 223), pues, de ese modo, no se afecta la identidad del objeto del proceso. Algo distinto rige sólo cuando la apreciación de la independencia procesal de dos hechos cambia entre el auto de apertura y la sentencia y uno de esos hechos no puede ser comprobado (cf. BGH NJW 52, 433). Dado que aquí las partes separables ya no son abarcadas por el fallo de condena, en lo que a ello respecta debe resultar una absolución (parcial).

IV. Imposición de medidas

Una *medida de seguridad y corrección* no puede ser impuesta únicamente junto a la condena (ver *supra* I, 2, a), sino que, de conformidad con el § 268a, también puede serlo junto a una absolución cuando del juicio oral resulta que el acusado es incapaz de culpabilidad. En el procedimiento de seguridad es posible una parte dispositiva que sólo ordena una de estas medidas (ver *infra* § 64).

V. Decisión de sobreseimiento

Mientras que el *sobreseimiento* por ínfima culpabilidad siempre se dicta por auto (§§ 153, II, 3, y 153a, II, 3), el sobreseimiento necesario a causa de un *impedimento procesal* (p. ej., en caso de falta de instancia de persecución penal, prescripción o amnistía del hecho) sólo es pronunciado por auto fuera del juicio oral (cf. § 206a); en cambio, en el juicio oral, se dicta por *sentencia* (§ 260, III). En ese caso, la parte resolutiva reza: "El procedimiento es sobreseído". Si, simultáneamente, no está comprobada la autoría del acusado, también en caso de que exista un impedimento procesal debe decidirse la absolución (en contra RGSt 20, 46; 42, 399)[2]. Si un hecho doloso no fue comprobado y el culposo está prescripto, se debe absolver (BGHSt 36, 340).

VI. Lista de disposiciones legales

Las disposiciones aplicadas deben ser mencionadas después de la parte dispositiva, en una *lista de disposiciones legales* independiente "según parágrafo, inciso, número, letra y con la indicación de la ley" (§ 260, V, 1; p. ej., "§ 315c, inc. 1, nº 1a, 2a, inc. 3, nº 2, StGB"). La lista, que sirve como base para el ingreso informático de los datos en el Registro Central Federal (§§ 20, 5, I, nº 6, BZRG), no es leída (§ 268, II, 1).

[2] RGSt 66, 51; 70, 193; BGHSt 7, 256; dado el caso, esta absolución puede ser atacada por la vía de la casación, BGH GA 59, 17; Oldenburg NJW 85, 1177.

§ 48. El documento de la sentencia

Bibliografía: *Rieß,* Die Urteilsabsetzungsfrist (§ 275 I StPO), NStZ 82, 441; *Michalke-Detmering,* Die Mindestanforderungen an die rechtl. Begründung des erstinstanzl. Strafurteils, 1987; *Löffler/Rieß,* Die Berechnung der Urteilsabsetzungsfrist nach § 275 StPO, NStZ 87, 318; *Huber,* Grundfragen des Strafurteils, JuS 89, 728, 983; 90, 38, 112, 204, 555, 732; *Meyer-Goßner,* Der Aufbau des Strafurteils, Jura 90, 253; *M. Huber,* Das Strafurteil, 1993; *Wagner,* Die Beweiswürdigungspflicht im tatrichterl. Urteil im Falle der Verurteilung, ZStW 106 (1994), 259.

La sentencia es *consignada por escrito*. La finalidad del documento de la sentencia consiste en registrar la decisión del tribunal y los fundamentos determinantes para ella. En el tribunal de escabinos, el redactor de la sentencia es el presidente, en la Cámara Penal y en otros tribunales colegiados, el relator. En un Estado de Derecho democrático los tribunales están obligados a hacer que su decisión sea accesible al público, en forma adecuada. Por ello, un solicitante que quiere publicar la decisión en una revista especializada y comentarla bajo la perspectiva jurídico-científica, tiene derecho, por regla, a que se le entregue una copia del texto de la sentencia (Celle NStZ 90, 553).

I. El depósito de la sentencia

La mayoría de las veces la sentencia es depositada sólo después del pronunciamiento; esto debe suceder de inmediato, pero, en general, a más tardar cinco semanas después del pronunciamiento de la sentencia (§ 275, I, 1 y 2). Para los procesos extensos están previstas prórrogas, que dependen del número de días de audiencia. Por cada período de diez días de juicio comenzado, se prorroga el plazo de depósito en dos semanas; del mismo modo, si el juicio oral se ha llevado a cabo durante más de tres días. Por tanto, en el caso de un juicio oral de 4 a 10 días de duración, el plazo de depósito asciende a siete semanas; en un juicio de 11 a 20 días de duración, a nueve semanas[1]. En determinadas circunstancias, estos plazos pueden ser superados "si –y en la medida en que– el tribunal se haya visto impedido de observarlo por una circunstancia no previsible en el caso particular" (§ 275, I, 4); por consiguiente, la superación del plazo estaría justificada, p. ej., en caso de enfermedad imprevisible del juez (BGH NStZ 82, 80; 86, 564), pero no por una mera sobrecarga de trabajo (BGH NStZ 92, 398) o por vacaciones. Sin embargo, la incapacidad temporal del relator para ejercer su función no legitima una prórroga del plazo, si la redacción de la sentencia puede ser encargada, de manera exigible, a otro juez del tribunal que decide (BGHSt 26, 249; BGH NStZ 88, 513). Si la sentencia no es agregada a los autos dentro del plazo que resulta del § 275, I, 2/4, esto es, si no es llevada a la secretaría en forma completa y firmada por todos los jueces, entonces, según el § 338, nº 7, existe un motivo absoluto de casación; por consiguiente, ante un requerimiento adecuado, que también puede ser formulado por la fiscalía (BGH NStZ 85, 184), la sentencia será anulada, sin excepción (BGHSt 26, 247; una firma posterior no modifica en nada esta situación, BGH StrV 84, 275; StrV 92, 98). La superación del plazo no puede justificarse, tampoco, por un error referido a la duración del juicio oral (BGH StrV 97, 402). Si dentro del plazo se agrega a los autos un proyecto que después de su vencimiento aún debe ser reelaborado, tampoco se ha cumplido con el plazo del § 275, aunque ya no se efectúe modificación material alguna (BGH NStZ 93, 200); en ese caso, tampoco se trata de la rectificación de la sentencia (cf. *infra* § 51, A, I, 2). Los tribunales de casación, hasta ahora, han aplicado criterios bastante rigurosos en el examen (Rieß, NStZ 82, 441). Para posibilitar al tribunal de casación el examen referido a si el plazo para el depósito de la sentencia ha sido observado, la secretaría, conforme al § 275, I, 5, debe señalar por escrito la fecha de ingreso de los fundamentos y de una eventual modificación posterior, que según el § 275, I, 3, sólo puede ser realizada dentro del plazo. Según la sentencia del BGHSt 29, 203 (comentario en contra de Peters, JR 80, 520), la protesta por la lesión del plazo previsto en el § 275 debe contener la indicación de cuándo fue pronunciada la sentencia y cuándo fue agregada a los autos.

La redacción escrita de la sentencia completa, con los fundamentos, antes del pronunciamiento, es admisible siempre, y ello es especialmente oportuno cuando el pronunciamiento de la sentencia fue suspendido (§ 268, IV).

II. Estructura de la sentencia penal

La sentencia penal está estructurada de la siguiente manera:

1. *introducción* –el *título* que anteriormente se escribía con tinta roja– (§ 275, III). En ella se incluye la designación del acusado, la indicación del hecho punible, la designación del tribunal de juicio, así como la mención del día de la audiencia;
2. parte dispositiva (tenor, fallo; sobre esto cf. *supra* § 47, B);
3. lista de disposiciones legales (*supra* § 47, B, VI);
4. fundamentos;
5. firma.

III. Fundamentación de la sentencia

1. La fundamentación de la sentencia tiene varios significados:

a) Debe mostrar a los participantes que se ha administrado justicia.

b) Coloca a las personas autorizadas para impugnar en condiciones de emitir un juicio correcto sobre la interposición de recursos.

[1] BGHSt 35, 259, en contra Löffler, NStZ 87, 318; 89, 284, quien del giro "por *cada* etapa comenzada de diez días de juicio oral" cuenta once semanas, lo que según el texto legal es posible, pero absurdo, cf. Rieß, NStZ 87, 318 y siguiente.

c) Hace posible que la instancia superior examine la sentencia.

d) A través de una descripción clara del hecho, garantiza el *ne bis in idem* (art. 103, III, GG; ver *infra* § 50, B).

e) Proporciona a las autoridades de la ejecución puntos de apoyo para el tratamiento del condenado.

2. La sentencia penal sólo contiene una parte denominada *"Fundamentos"* y no se divide –como la sentencia civil– en hechos controvertidos (esto es, una exposición breve del estado de los hechos y del pleito, de acuerdo con los alegatos de las partes, recalcando los requerimientos formulados –§ 313, ZPO–) y fundamentos de la decisión. El capítulo de los hechos controvertidos, en el sentido de la ZPO, es una consecuencia del principio dispositivo; y dado que éste no rige en el proceso penal, un capítulo tal no está previsto aquí.

3. Si los fundamentos de la sentencia pronunciados oralmente no coinciden con los escritos, únicamente son decisivos los fundamentos escritos. Pero no es relevante si la divergencia concierne a un fundamento más importante o menos importante. Por ello, la discrepancia tampoco es un motivo de casación (BGHSt 2, 63; 7, 363).

4. Los *fundamentos de la sentencia de condena deben* contener (cf. § 267; sobre la estructura y organización, cf. BGH NStZ 94, 400):

a) los hechos comprobados;

b) la decisión sobre las "circunstancias especiales" del § 267, II (p. ej., legítima defensa);

c) la ley penal aplicada;

d) los fundamentos para la decisión sobre las circunstancias de atenuación, en caso de que se haya aceptado sus presupuestos o se haya rechazado un requerimiento en ese sentido;

e) los fundamentos de la medición de la pena (ver sobre esto § 267, III, 1/3);

f) el fundamento de la decisión sobre la suspensión condicional de la pena, en caso de que se suspenda una pena o de que no se acceda a un requerimiento de suspensión de la pena; esto rige analógicamente para la amonestación con reserva de pena y para cuando se prescinde de la pena;

g) el fundamento para la imposición de una pena privativa de libertad de corto plazo (§ 47, StGB).

En general, la ley sólo exige la indicación de los hechos comprobados (sobre los requisitos para los hechos punibles cometidos en serie BGH NStZ 92, 602, con reseña de MOLKETIN; BGH NStZ 94, 352). Por tanto, no es necesario mencionar los medios de prueba, ni los motivos decisivos para la convicción del juez. Incluso se puede hacer una remisión a fotos que se encuentran en las actas (§ 267, I, 3; con más detalles sobre esto BHGSt 41, 376). Únicamente cuando se trate de prueba indiciaria, los fundamentos también deben indicar, por lo menos, los hechos que constituyen su punto de partida (§ 267, I, 2).

Esta regulación es errónea. No obstante, en la práctica toda sentencia contiene –en tanto sea necesario– una valoración de la prueba; es que, de lo contrario, el tribunal de casación anularía la sentencia a partir de la protesta por el incumplimiento del deber de esclarecer o de la afirmación sobre la incorrección de la valoración de la prueba, dado que el tribunal de casación no podría obtener seguridad alguna acerca de si la valoración de la prueba se realizó sin errores jurídicos o contuvo errores de ese tipo (sobre esto, JEROUSCHEK, GA 92, 507 y siguiente). De este modo se ejerce presión sobre los tribunales inferiores, para que en sus sentencias efectúen una valoración detallada de la prueba (cf. *infra* § 53, D, II, 3, c, bb).

5. El § 267, IV, prevé una *sentencia de condena abreviada*: si todos los autorizados a recurrir desisten del recurso o dejan vencer el plazo para interponerlo, es suficiente la indicación de los hechos que se estima probados, es decir, los elementos legales de la acción punible, y de la ley penal aplicada; además, en determinadas sentencias se puede hacer referencia a la hipótesis acusatoria, a la acusación conforme al § 418, III, 2, o al mandato penal, así como al requerimiento de mandato penal. El restante contenido de los fundamentos de la sentencia puede determinarlo el tribunal, de acuerdo con su apreciación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular (p. ej., según las necesidades de la ejecución penal o de la ejecución de la medida de seguridad). Si el plazo para recurrir no ha sido observado de modo inculpable y, en virtud de ello, a los autorizados para recurrir se les concede la reposición del plazo, los fundamentos de la sentencia pueden ser completados con posterioridad, dentro del plazo del § 275.

6. En caso de *absolución*, los fundamentos deben evidenciar si el acusado es absuelto por motivos fácticos (p. ej., porque su autoría no está suficientemente probada) o por motivos jurídicos (p. ej., porque una esterilización solicitada no está castigada según el Derecho vigente) (§ 267, V, 1). Con más detalles sobre los requisitos que debe cumplir la fundamentación BGH NJW 80, 2423; NStZ 90, 448. En los casos del § 267, IV, a partir de la introducción del § 267, V, 2, por la 1. StVRG, se puede seguir con la fundamentación abreviada.

7. La ley no dice nada sobre la fundamentación de una *sentencia de sobreseimiento*. Sin embargo, los fundamentos deben incluir lo suficiente como para posibilitar al Tribunal de Casación la comprobación ulterior de si el sobreseimiento se ha dictado de acuerdo a derecho (cf. RGSt 69, 157).

8. Por consiguiente, en cuanto a los fundamentos, una *sentencia condenatoria* se *estructura* normalmente de la siguiente manera:

a) Información sobre la persona: en los fundamentos de la sentencia siempre será necesario abordar la cuestión de la personalidad del acusado, por una parte, porque ello es importante para fundar la medida de la pena, pero, además, porque el concepto sobre la personalidad es esencial para el personal encargado de la ejecución y, en caso de eventuales hechos punibles posteriores cometidos por el mismo acusado, es indispensable para apreciar totalmente su personalidad.

b) Determinación de los hechos.

c) Formulaciones del acusado sobre las comprobaciones y sobre la valoración de la prueba.

d) Explicaciones jurídicas.

e) Medición de la pena.
f) Fundamento de las decisiones accesorias.

IV. Firma

La sentencia debe ser firmada por los jueces profesionales que han participado en la decisión (§ 275, II, 1). Si un juez está impedido de firmar, esta circunstancia debe ser señalada por uno de los jueces actuantes, con indicación del motivo (§ 275, II, 2); la cita del impedimento por un juez que no participó en la sentencia no es suficiente y constituye un motivo de casación conforme al § 338, nº 7 (BGH NStZ 93, 448). Las meras líneas y puntos que no permiten reconocer letra alguna no cumplen los requisitos de una firma (Oldenburg NStZ 88, 145). La firma se debe estampar con pleno conocimiento del contenido de la sentencia. Las firmas en blanco dadas con anticipación son ineficaces (BGHSt 27, 334). Asimismo, la sentencia debe ser anulada cuando un juez que no la firmó manifiesta su aprobación después del vencimiento del plazo del § 275, I (BGH StrV 95, 454). En cambio, no afectan su validez las añadiduras a la firma que exteriorizan una opinión meramente discrepante en cuanto al contenido (BGHSt 26, 92). Acerca de si un vocal se halla impedido por motivos reales, decide el presidente en uso de un poder discrecional conforme a derecho (BGH NStZ 93, 96). Los jueces honorarios no firman la sentencia (§ 275, II, 3), debido a que ellos ya no están presentes al momento de la redacción escrita de la sentencia. Sobre el momento de emisión de la sentencia, cf. *supra* § 23, II.

V. Ejemplo

Registro nº 7 a Ls 36/98

¡En nombre del pueblo!

En la causa penal que se sigue contra el enfermero K.-B. N., de Bremen-Osterholz, calle Wiesen 5, nacido el 25/3/1965 en Oyterdam, distrito Verden, alemán, casado,

por lesiones corporales culposas y por poner en peligro la circulación vial

el tribunal de escabinos en Herzberg am Harz, en la sesión del 18/8/1998, en la que tomaron parte:

el Juez ante el Tribunal Municipal R., como presidente,
el ama de casa L. G., de Herzberg, y
el encargado de edificio B. H., de Herzberg, como escabinos,
el Fiscal Dr. E., como funcionario de la fiscalía,
y el licenciado en derecho S., como actuario de la Secretaría,

ha resuelto:

El acusado es culpable de haber cometido el delito de lesiones corporales culposas en unidad de hecho con el delito de puesta en peligro culposa de la circulación.

Se lo condena a una pena de multa por el monto de 30 días-multa de 80 DM cada uno.

El acusado asume las costas.

Disposiciones aplicadas: §§ 229, 315c, párr. 1, nº 2a, párr. 3, nº 2, 52, I y II, StGB.

Fundamentos:

El acusado, no penado hasta el momento, está casado desde hace tres años, sin hijos, y tiene un ingreso mensual neto de 2.400 DM. Desde hace seis años tiene un permiso para conducir clase III, desde hace cuatro años posee su propio automóvil.

En el juicio oral resultó comprobado el siguiente estado de cosas, en virtud de las declaraciones del acusado –en cuanto se las pudo seguir–, así como de la declaración jurada del testigo G. y de las declaraciones no juradas de los testigos I., K., St. y G. K. y de los bosquejos de la policía sobre el accidente, que fueron objeto del juicio oral (Bl. 3 d.A.):

El 3 de mayo de 1998, hacia las 18:25 hs., en Herzberg, el acusado circulaba con su automóvil Opel, matrícula HB-EZ 430, por la calle Heide en dirección oeste. Cuando llegó a la calle Göttinger, en la que los vehículos que circulan tienen privilegio de paso, dobló en ella hacia la izquierda sin antes detenerse ni disminuir considerablemente su velocidad, de cerca de 40 km/h, a pesar de que por la calle Göttinger venía el testigo I., con su ómnibus, en dirección sur, por consiguiente, desde la derecha, para el acusado, a una velocidad de aproximadamente 45 km/h y estaba alejado tan sólo unos 10 a 15 m de la desembocadura de la calle Heide. Para no chocar con el automóvil del acusado, el testigo I. debió frenar repentina y bruscamente. Así, el camión de L., que circulaba detrás del ómnibus y que ya no pudo frenar a tiempo, chocó con la parte trasera del autobús. Como consecuencia de este choque resultaron heridos los testigos K., G. K. y St. que iban sentados en los asientos traseros del ómnibus. La testigo G. K. sufrió heridas en los labios, contusiones en la tibia y lesiones en el hombro, la testigo St. y el testigo K. resultaron heridos en la tibia. Las lesiones tuvieron que ser tratadas ambulatoriamente; no tuvieron como consecuencia incapacidad laboral. Los daños materiales ocasionados al ómnibus ascendieron a 6.500 DM, aproximadamente, mientras que los costos de reparación del camión, también dañado, ascendieron a 8.780,32 DM.

El acusado sostuvo que el ómnibus del testigo I. todavía estaba lejos del cruce cuando él –el acusado– dobló en la calle Göttinger; que de ningún modo el testigo I. se vio obligado a frenar tan bruscamente por su causa. Esta declaración es desvirtuada por las declaraciones de los testigos I. y G., independientes una de otra y coincidentes objetivamente, y el tribunal considera merecedora de credibilidad en su totalidad, ante todo, a la declaración jurada del testigo ocular G, no inmiscuido en el accidente. Ambos testigos han declarado que el acusado dobló en la calle Göttinger directamente antes del ómnibus que se acercaba a una velocidad considerable, y que por tal motivo, si el testigo I. no hubiera frenado en seguida y enérgicamente, el ómnibus hubiera chocado con el automóvil del acusado. Dado que el cruce es tan complicado –como es conocido para el tribunal y como lo han manifestado también todos los testigos, de manera coincidente– que sólo entrando poco a poco a la calle Göttinger se puede ver a tiempo el tráfico con prioridad de paso, el acusado actuó groseramente de modo contrario a las normas de la circulación cuando, como él mismo lo admitió, dobló en la calle Göttinger sin disminuir considerablemente la velocidad. Como a causa de la complejidad del cruce, en ese momento él todavía no podía saber de modo alguno si –y a qué distancia– se acercaba un vehículo con prioridad de paso, también actuó desconsideradamente, pues, desde un principio, no se planteó objeción alguna sobre su comportamiento –ya sea por motivos egoístas o por indiferencia–, a pesar de que era evidente que la línea de visibilidad sólo podía ser cruzada muy lentamente. Como automovilista versado, el acusado no pudo tener dudas sobre la grosera contrariedad a las normas de la circulación de su conducta, y también podría y debería haber contado con que se acercaba un vehículo con prioridad de paso, lo mismo que con el peligro así causado para el vehículo con prioridad de paso y para sus ocupantes. De este modo, para convicción del tribunal, están comprobados los elementos del tipo penal del § 315c, III, nº 2, en relación con el I, párr. 1, nº 2a, StGB; por el contrario, no se pudo probar la existencia de dolo completo, conforme al § 315c, párr. 1, ni del limitado, según el párr. 3, nº 1, con la seguridad necesaria para una condena. La declaración del acusado acerca de que antes de entrar a la calle Göttinger, en virtud de un acto fallido repentino, confió en que ya no había ningún vehículo con prioridad de paso, parece creíble; por lo menos, no se la puede refutar.

Además de la puesta en peligro de la circulación, a través de la misma acción, el acusado es culpable de tres lesiones corporales culposas en perjuicio de los testigos K., St. y G. K. (§§ 229 y 230, StGB), para las que se han ejercido todas las instancias necesarias de persecución penal. En virtud de la experiencia se sabe que la frenada violenta del ómnibus provocada por el acusado condujo a un accidente por choque a través de un vehículo que venía detrás y que, de ese modo, algunas personas resultaron heridas. Una eventual culpa del conductor del camión L. no tiene importancia alguna, dado que de tal manera no se excluye la previsibilidad del accidente. La sucesión de los acontecimientos fue también previsible para el acusado, como automovilista versado, y evitable (a través de una detención a su debido tiempo), de modo tal que a él también se le debe reprochar la culpabilidad por imprudencia con respecto a las lesiones corporales.

El acusado provocó las lesiones de los tres testigos a través de la misma acción (§ 52, StGB) y, de ese modo, infringió a la vez el § 315c, III, nº 2, en relación con I, nº 2a, StGB.

En la medición de la pena se debió considerar que el acusado no fue penado hasta el momento y que causó en el tribunal la impresión de ser una persona honrada y meticulosa, de forma que el hecho que se presenta debe ser considerado como un descuido, que puede sucederle alguna vez a todo automovilista. Dado que también el automovilista más cuidadoso comete alguna vez un error grosero semejante, para la medición de la pena no podía ser decisiva, únicamente, su considerable culpa en la comisión del hecho; antes bien, la pena debió ser medida en forma relativamente leve, en virtud de sus antecedentes irreprochables y del pronóstico favorable que resulta de ellos. Por tanto, a pesar de los importantes daños causados por el acusado, fue suficiente imponer una multa de 30 días-multa, cuyo monto, conforme al § 40, II, StGB, se debía fijar de acuerdo al ingreso diario neto del acusado, es decir en 80 DM. Se pudo prescindir de una inhabilitación para conducir, dado que ya la multa debería ser suficiente para el acusado como escarmiento ejemplar. La privación del permiso para conducir no entró en consideración ya que, según la convicción del tribunal, el acusado sigue poseyendo la idoneidad necesaria para conducir automóviles, a pesar de su único descuido. La decisión sobre las costas resulta del § 465, StPO. Juez

§ 49. El acta de la audiencia

Bibliografía: *v. Stenglein*, Das Prot. der Hauptverh., GS 45 (1891), 81; *Bohne*, Berichtigung des Hauptverh.prot. und Verf.rüge, SJZ 49, 760; Jornadas de los juristas alemanes, 1956, t. II, Sitzungsberichte, Parte G, ponencias de *Dünnebier, Glanzmann, v. Stackelberg*, Discusión, 65 y ss.; *W. Schmid*, Haben die Verf.beteiligten in der Hauptverh. Anspruch auf Protokollierung von Verf.fehlern?, GA 62, 353; *Ott*, Die Berichtigung des Hauptverh.prot. im Strafverf. und das Verbot der Rügeverkümmerung, tesis doctoral, Göttingen, 1970; *Ulsenheimer*, Die Verletzung der Protokollierungspflicht usw., NJW 80, 2273.

En el juicio oral se debe levantar un acta (la llamada *acta de la audiencia*). Los §§ 271 a 274 establecen disposiciones acerca de ello.

I. Contenido del acta

1. El § 272 determina qué datos referidos al *marco externo* del procedimiento deben ser asentados: lugar y día de la audiencia, la acción punible por la que se acusa, los nombres de todos los intervinientes en el procedimiento y la publicidad o no publicidad del juicio oral.

2. El § 273 regula, en cambio, la protocolización del *desarrollo de la audiencia*.

a) Según el § 273, I, el acta debe contener todos los acontecimientos de importancia para la legitimidad del procedimiento, por tanto, "tiene que reproducir, en lo esencial, el desarrollo y los resultados del juicio oral y poner de manifiesto la observancia de todas las formalidades esenciales". A ello pertenece, también, la indicación de todos los requerimiento formulados, de todos los documentos leídos o cuyo contenido se ha dado a conocer conforme al § 249, II, de las decisiones tomadas y de la parte resolutiva de la sentencia.

Por consiguiente, la anotación "Fue pronunciada la sentencia adjunta" no es suficiente. Pero sí se puede asentar la sentencia completa, con los fundamentos pronunciados, en el acta de la audiencia (§ 275, I). Dado que el encabezamiento del acta de la sentencia contiene, en parte, los mismos datos que el acta de la audiencia, este procedimiento ahorra trabajo escrito, de diversas maneras; él es recomendable cuando se trata de sentencias sencillas. En caso de contradicciones entre el documento de la sentencia y el acta de la audiencia, prevalece la sentencia (RGSt 49, 315).

Si se subsana vicios procesales a través de la repetición de los actos viciados del procedimiento, ello constituye, igualmente, una formalidad esencial que sólo puede ser probada por el acta (Köln NStZ 87, 244). También es una formalidad esencial el restablecimiento de la publicidad después de su exclusión conforme a derecho; si en el acta no consta nada sobre ello, está probado que la publicidad no fue restablecida (BGH StrV 94, 471). Existe una formalidad esencial, además, cuando un acusado, que primeramente guardó silencio, hace declaraciones sobre el hecho, sin embargo, durante el transcurso del juicio oral (BGH NStZ 95, 560). Según la sentencia del BGHSt 36, 354 (con comentario crítico de KAHLO, StrV 91, 52), el debate sobre hechos notorios judiciales en el juicio oral no es una "formalidad esencial", de modo tal que el § 274 no es aplicable con referencia a ellos (cf. *infra* III) (de otra opinión, con fundamentos atendibles, Frankfurt StrV 89, 97; MEYER-GOßNER, *Tröndle-FS*, 1989, 560 y siguientes).

b) Según el § 273, II, deben constar en el acta, además, los *resultados esenciales* de las declaraciones realizadas ante el juez penal (juez único) y ante el tribunal de escabinos (por tanto, las declaraciones del imputado y de los testigos), pero esto no rige cuando todos los autorizados para impugnar renunciaron al recurso o no lo interpusieron dentro del plazo. Ante el LG y el OLG no existe, en ningún caso, esta obligación de hacer constar en acta, ya que, debido a la falta de otra instancia de mérito, ello le pareció superfluo al legislador, que aspiró a aliviar el trabajo (crítico sobre esto, con razón, SAILER, NJW 77, 24).

c) Conforme al § 273, III, la protocolización de un acontecimiento o del texto de una declaración debe ser ordenada obligatoriamente, cuando de ello depende la decisión. No obstante, sólo existe el derecho a que una declaración sea asentada literalmente cuando el texto mismo (¡y no únicamente el contenido!) es esencial para la sentencia (así SCHMID, NJW 81, 1353; SIEß, NJW 82, 1625, en contra ULSENHEIMER, NJW 80, 2273). En tanto exista un derecho semejante, también la casación se puede fundar en su negación (ULSENHEIMER, *loc. cit.*; cf. también Bremen NJW 81, 2827, con comentario crítico de FOTH, JR 82, 253). Si se ha realizado una protocolización de conformidad con el § 273, III, 1, el tribunal debe ocuparse de ella; de lo contrario, la protesta procedimental conduce a la anulación (BGHSt 38, 14, con reseña de FEZER, JZ 92, 107).

II. Redacción del acta, firma y conclusión

El acta es llevada por el actuario de la secretaría o por un licenciado en derecho. Ella debe ser firmada por el presidente y por el encargado de levantar el acta (cf. § 271). En esta actividad, ambos tienen los mismos derechos; por tanto, el presidente no está facultado para impartir órdenes

materiales al encargado de levantar el acta (actuario) sobre la configuración del contenido del acta. No es necesaria la presencia ininterrumpida del mismo actuario (ver *supra* § 42, E, II); por consiguiente, varios actuarios se pueden alternar entre sí, y, en ese caso, siempre deben firmar la *parte* del acta realizada por ellos. Para garantizar a la defensa el examen necesario del acta, especialmente para fundar la casación, el § 273, IV, dispone obligatoriamente (BGHSt 27, 80) que la sentencia no puede ser notificada antes de que el acta esté terminada.

III. Fuerza probatoria del acta

1. El § 274 establece que la observancia de las formalidades previstas para el juicio oral sólo puede ser probada por el acta. En este precepto hay tanto una presunción probatoria positiva (todo lo que consta en el acta vale como sucedido), como negativa (vale como no sucedido aquello que no está asentado en el acta). Contra el contenido del acta relativo a esas formalidades únicamente es admisible la demostración de falsedad (§ 274, 2ª frase).

2. La fuerza probatoria amplia del acta sólo se refiere a los §§ 272 y 273, I (formalidades esenciales); no se refiere, en cambio, a aquello que debe constar en acta conforme al § 273, II y III. Tal fuerza probatoria no puede ser aplicada analógicamente al acta del juez de investigación conforme al § 168a, sino que rige únicamente para el acta del juicio oral (BHGSt 26, 281, en contra RGSt 5, 266, 268; 55, 1, 5); la fuerza probatoria formal sólo pretende facilitar la casación. Además, la presunción probatoria es válida sólo para el procedimiento al que se refiere el acta.

3. Rigen los principios de la prueba libre, cuando no se trata del contenido del acta conforme a los §§ 272 y 273, I; pero también (como excepción al § 274) cuando el acta presenta vicios (concernientes a las formalidades esenciales), p. ej., contradicciones manifiestas o vacíos evidentes (cf. BGHSt 16, 306; 17, 220) o no está firmada (BGH NStZ 84, 181). Lo mismo rige cuando, como lo demuestran las actas, el presidente y el actuario no se pusieron de acuerdo sobre la redacción de determinados puntos del contenido del acta. Según el BGHSt 4, 364 (con mayor alcance BayObLG MDR 74, 331), se debe hacer excepción a la regla probatoria del § 274, incluso, cuando sólo una de las personas fedatarias declara posteriormente que el acta es falsa.

IV. Corrección del acta

La corrección posterior del acta es posible cuando ambas personas fedatarias (juez y actuario) manifiestan, de manera concordante, que lo escrito hasta el momento estaba incompleto o era incorrecto. Sin embargo, según la jurisprudencia, tal corrección, en sí permitida, es inadmisible si es efectuada sólo después de la recepción de la fundamentación de la casación y, de este modo, le quita su fundamento (la llamada prohibición de *respuesta a la crítica*: BGHSt 2, 125; básico RGSt 43, 1; no obstante, esto rige, únicamente, cuando la corrección suprime el fundamento de un motivo *admisible* de casación, BGHSt 34, 11). Para reconstruir el acta de una audiencia que ha sido extraviada rigen también las reglas para la corrección del acta (KG NStZ 90, 405).

V. Acta y casación

1. La importancia práctica de la regla probatoria del § 274 consiste en que el defensor sólo necesita probar si se ha omitido la protocolización de una formalidad esencial o si se ha protocolizado como sucedido un vicio del procedimiento. Si la formalidad ha sido observada en realidad o si el vicio procesal ha ocurrido efectivamente, no tiene importancia. Sin embargo, se debe tener presente que "la existencia de un motivo procesal exige la afirmación categórica de que el vicio que se ha hecho valer ha sucedido". Por el contrario, no es suficiente la alusión a una mera apariencia provocada por el acta (cf. BGHSt 7, 162).

2. Cuando, directamente, no existe acta alguna (p. ej., porque se extravió), esta única circunstancia no constituye un motivo de casación; pues la casación sólo se puede fundar en que no se ha llevado a cabo un acto esencial del procedimiento o en que una formalidad no ha sido observada, pero no se puede basar solamente en la omisión de levantar el acta. Además, la sentencia tampoco puede ser afectada por la falta del acta (BGH NStZ 91, 502). Por ello, la mera *protesta sobre la protocolización*, esto es, la alusión a la falta de registro, no contribuye a ganar la casación.

VI. Registro en cintas magnetofónicas

Los §§ 271 y ss. sólo prevén el registro escrito del juicio oral. Los registros en cintas magnetofónicas no están previstos, a diferencia de aquello que se previó, recientemente, fuera del juicio oral (§ 168a), así como para el proceso civil (§§ 159, 1ª frase, y 160a, ZPO).

No obstante, es admisible registrar todo el juicio oral en una banda magnetofónica, en tanto esto pretenda servir, exclusivamente, como ayuda mnemotécnica para el juez durante la deliberación. Empero, el que habla (por tanto, en especial el acusado) debe aprobar este procedimiento en cada caso. Además se le debe asegurar que la utilización de la banda magnetofónica no persigue ninguna otra finalidad (cf. BGHSt 19, 193; Schleswig NStZ 92, 399, con reseña de MOLKETIN, NStZ 93, 145; RUD. SCHMITT, JuS 67, 19). El registro del juicio oral en un receptor de sonidos, solicitado por el defensor, no está permitido si los jueces se oponen a ello (Düsseldorf NStZ 90, 554, con reseña de KÜHNE, StrV 91, 103). En cambio, el registro de la fundamentación oral de la sentencia en una banda magnetofónica, realizado por el tribunal sin consentimiento de los demás participantes en el procedimiento, es admisible y no es necesario que la defensa tenga acceso a él (Koblenz NStZ 88, 42). Acerca de la admisibilidad de grabaciones en bandas magnetofónicas con fines defensivos, cf. MARXEN, NJW 77, 2188.

§ 50. La cosa juzgada

Bibliografía: *Binding,* Das rechtskräft. Strafurteil pp., Ensayos II, 1915, 301; *Sauer,* Zum Streit um die materielle Rechtskr., Rich. Schmidt.-FG, 1932, 308; *Niese,* Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1951, en especial 107 y ss.; *Sauer,* Allg. Prozeßrechtslehre, 1951, 231 y ss.; *Busch,* Zum Verbrauch der Strafklage bei späterer Erkenntnis anderweitiger Tatgestaltung, ZStW 68 (1956), 3; *Vogler,* Die Rechtskr. des Strafbefehls, 1959; *Bruns,* Teilrechtskr. und innerproz. Bindungswirkung des Strafurteils, 1961; *idem,* Zur Feststellungswirkung des rechtskräft. Strafurteils, Eb. Schmidt-FS, 1961, 602; *Geerds,* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, 397; *Grünwald,* Die Teilrechtskr. im Strafverf., 1964; *Jescheck,* Die internationalen Wirkungen der Strafurteile, ZStW 76 (1964), 68; *Gerh. Schmidt,* Schuldspruch und Rechtskr., JZ 66, 89; *Eb. Schmidt,* Materielle Rechtskr. - materielle Gerechtigkeit, JZ 68, 681; *Grunsky,* Zur Bindungswirkung der materiellen Rechtskr. im Strafverf., Kern-FS, 1968, 223; *Tiedemann,* Entwicklungstendenzen der strafproz. Rechtskr.lehre, 1969; *Bertel,* Die Identität der Tat, 1970; *Herzberg,* Ne bis in idem - Zur Sperrwirkung des rechtskräft. Strafurteils, JuS 72, 113; *Grünwald,* Die materielle Rechtskr. im Strafverf. der BRD, ZStW-Beiheft Teheran, 1974, 94; *Peters,* Fehlerquellen im Strafprozeß, t. 3, 1974, §§ 1 y ss.; *Schöneborn,* Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafproz. Tatbegriffs, MDR 74, 529; *Achenbach,* Strafproz. Ergänzungsklage und materielle Rechtskr., ZStW 87 (1975), 74; *Loos,* Probleme der beschränkten Sperrwirkungstrafproz. Entsch., JZ 78, 592; *Müller,* Zur Frage des Strafklageverbrauchs bei dem Verleih ... illegaler Arbeitnehmer, NStZ 85, 397; *Krauth,* Zum Umfang der Rechtskr.wirkung bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller und terrorist. Vereinigungen, Kleinknecht-FS, 1985, 215; *Zaczyk,* Bindungswirkungen eines rechtskräft. Strafurteils für das materielle Strafrecht, GA 88, 356; *Salger,* Zur Bedeutung der Teilrechtskr. eines Freispruchs bei der Revision gegen eine Unterbringungsanordnung, Meyer-GS, 1990, 413; *Göhler,* Zur Rechtskr.wirkung von Bußgeldentsch., wistra 91, 91, 131; *Kemper/Lehner,* Überprüfung rechtskräft. Strafurteile der DDR, NJW 91, 329; *Arnold,* Die Kassation im Strafprozeßrecht Deutschlands, en: 15. Strafverteidigertag [Jornada de los defensores penales] 1991, 1992, 137; *M. Mayer,* Ne-bis-in-idem-Wirkung europäischer Strafentsch., 1992; *Jung,* Zur "Internationalisierung" des Grundsatzes "ne bis in idem", Schüler-Springorum-FS, 1993, 493; *Radtke,* Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verf.erledigender Entsch. im Strafprozeß, 1994; *Trepper,* Zur Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse, 1996; *Schlehofer,* Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat, GA 97, 101.

Cf., además, las indicaciones bibliográficas al § 20.

Con los conceptos de cosa juzgada formal y material son descriptos los diferentes efectos de la sentencia. La *cosa juzgada formal* se refiere a la inimpugnabilidad de una decisión en el marco del mismo proceso (*efecto conclusivo*); junto a ello acarrea la ejecutabilidad de la sentencia (*efecto ejecutivo*). La *cosa juzgada material* provoca que la causa juzgada en firme no puede ser nuevamente objeto de otro procedimiento; el derecho de perseguir penalmente está agotado (*efecto impeditivo*).

A. La cosa juzgada formal

I. La cosa juzgada formal se origina:

1. inmediatamente, con la finalización del pronunciamiento de la sentencia del tribunal de casación (§§ 121, 135, GVG),

2. después del transcurso del plazo para recurrir, si no se ha recurrido (§§ 319, I, 322, I, 346, I, y 349, I),

3. en los casos de renuncia a recurrir o de desistimiento del recurso (cf. §§ 316 y 343),

4. con el transcurso del día del dictado de la resolución (§ 34a), en el caso de decisiones inimpugnables (§ 81c, III, 4; correspondientemente para la queja, según los §§ 322, II, y 346, II, o el rechazo de la casación, de acuerdo al § 349, II).

II. En relación a la *extensión* de la cosa juzgada, se distingue entre cosa juzgada absoluta y relativa:

1. Hay *cosa juzgada absoluta* cuando una decisión ya no puede ser impugnada en ninguna de sus partes.

2. La *cosa juzgada relativa* es

a) *objetivamente relativa*, si sólo una parte de la decisión ha quedado firme, p. ej., en caso de pluralidad de hechos, cuando la sentencia no es impugnada en relación a todas las acciones, o si sólo es recurrida la medida de la pena o una medida de seguridad (*"cosa juzgada parcial"*, ver *infra* § 51, B, III);

b) *subjetivamente relativa*, si la decisión sólo puede ser atacada todavía por una de las partes, cuando, p. ej., el acusado, después del juicio oral, ha declarado que renuncia al recurso de casación, mientras que la fiscalía no se ha manifestado al respecto: aquí la sentencia está firme para el acusado; en cambio, para la fiscalía aún no. A pesar de ello, la sentencia no es todavía ejecutable, pues cualquier recurso que interponga la fiscalía podría tener el efecto de modificar la decisión impugnada, incluso a favor del imputado (§ 301).

III. La cosa juzgada se produce separadamente para cada autor (una excepción rige para el recurso de casación, § 357, cf. *infra* § 53, K).

IV. En particular, la cosa juzgada formal tiene *importancia* por lo siguiente:

1. Es presupuesto de la ejecución (§ 449). En contraposición con el proceso civil, en el proceso penal no hay una ejecución "provisional", esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada.

2. Además, es presupuesto para la inscripción de las decisiones judiciales penales en el Registro Central (§ 4, nº 1, BZRG) y en el Registro Central de Contravenciones en el Tránsito (§ 28, StVG); cf. sobre ello, *infra* § 56, C.

3. Finalmente, es requisito para que se origine la cosa juzgada material.

B. La cosa juzgada material

I. Importancia

1. El agotamiento de la acción penal, originado por la cosa juzgada material, repercute como un impedimento procesal amplio (jurispruden-

cia constante desde la sentencia RGSt. 2, 347; cf. BGHSt 5, 328; BVerfGE 3, 251); un nuevo procedimiento es inadmisible, una nueva sentencia de mérito está excluida: *ne bis in idem* (= *bis de eadem re ne sit actio*). Si, no obstante, se dicta una segunda sentencia de mérito, ella es nula, según la opinión dominante (cf., sin embargo, *infra* C, II, 3). Es indiferente para ello que el fallo firme sea condenatorio o absolutorio. El art. 103, II, GG, prohíbe también la realización simultánea de dos procesos por el mismo hecho; por consiguiente, también es inadmisible una duplicación de la orden de detención por el mismo hecho y contra el mismo imputado (BGHSt 38, 54).

Con esta extensión amplia, el principio *ne bis in idem* ha sido promovido, a través del art. 103, III, GG, a la categoría de precepto de Derecho constitucional. Esta disposición se refiere a la "imagen completa" del Derecho procesal "previa al derecho constitucional" (BVerfGE 9, 96); yendo más allá de su estrecho tenor literal, que prohíbe sólo la doble punición, esta disposición garantiza "al autor ya penado o absuelto en firme la protección contra la renovación de la persecución y condena por el mismo hecho" (así BVerfGE 12, 66; fundamental, sobre todo, BVerfGE 3, 248; BGHSt. 5, 323 [GrS]). El principio *ne bis in idem* rige, no obstante, sólo la pena criminal y *no* rige, en cambio, en relación a la *pena disciplinaria* (BVerfGE 21, 378, 391; de otra opinión FRISTER, StrV 87, 520); según sostiene el BVerfG, del principio del Estado de Derecho surge, de todos modos, que en la pena privativa de libertad a imponer en el proceso penal deba ser *computada* la pena de arresto impuesta con anterioridad en un proceso militar disciplinario.

2. La cosa juzgada material sirve a la *protección del acusado*, como ya lo demuestra su aseguramiento a través de un derecho básico (cf. art. 103, III, y 93, I, nº 4a, GG); con ello se reconoce jurídico-fundamentalmente su interés a ser dejado en paz después del dictado de una decisión de mérito que ya no es más impugnable (sobre las excepciones a la cosa juzgada, ver *infra* IV). La cosa juzgada cumple, a la vez, una *función sancionatoria*: el riesgo de que quede excluida la posibilidad de un esclarecimiento posterior de los hechos a través de investigaciones complementarias debe llevar a los órganos de la persecución penal a una realización realmente meticulosa y a una valoración correcta del hecho (cf. ACHENBACH, 1975, 87 y ss.; crítico, LOOS, 1978, 592 y s. y nota al pie nº 9).

3. Varias teorías discuten sobre la *naturaleza* de la cosa juzgada material. La teoría, antes mayoritariamente defendida, de la *cosa juzgada sustantiva*, según la cual la cosa juzgada, con independencia de la corrección objetiva de la sentencia, debe crear una pretensión penal, es hoy, en general, rechazada. Según la teoría de la *conformación procesal*, la sentencia no logra, en verdad, punibilidad material alguna, sino que coloca al imputado "en la posición jurídica de quien ha sido declarado culpable y condenado", así que también la ejecución de una sentencia incorrecta es ajustada a derecho (*LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Introducción, Cap. 12, núm. marg. 54; similar, PETERS, 503, con más información). Dominante es la *teoría de la cosa juzgada procesal* (NIESE, 1951, 121 y ss.; EB. SCHMIDT, I, núms. margs. 275 y ss.), que concede a la cosa juzgada efectos exclusivamente procesales, de modo que considera antijurídica la ejecución de una sentencia defectuosa. La importancia práctica de esta discusión de teorías es, sin embargo, *menor*; pues la teoría de la cosa juzgada procesal tampoco le otorga al inocente condenado un derecho de reacción contra la ejecución, sino que lo remite a los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios (cf. EB. SCHMIDT, I, núm. marg. 286).

II. La extensión de la cosa juzgada material

1. Sólo la parte dispositiva de la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada (acerca de ello, cf. BRUNS, *Eb. Schmidt-FS*, 602 y ss.; GRÜNWALD, 1974, 117 y siguientes). Las sentencias penales firmes tampoco atan al juez penal que debe juzgar a otra persona en otro proceso. Si, p. ej., "A" ha sido absuelto de la acusación de robo, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, puede a la vez "B", que ha permanecido oculto, ser condenado por encubrimiento (RGSt 58, 290; opinión completamente dominante; de otro punto de vista, ZACZYK, 1998, quien observa a la sentencia penal como "sentencia conformadora de una situación jurídica" y deriva de ello la obligatoriedad posterior de lo resuelto por la primera sentencia. Si, por el contrario, "A" ha sido condenado por sentencia firme, puede "B", a su vez, resultar absuelto con la fundamentación de que "A" no ha cometido el hurto (así también ZACZYK, en este caso apelando a la presunción de inocencia). Así, tampoco existe una prejudicialidad, prescindiendo de las sentencias constitutivas, de las sentencias de los tribunales civiles y administrativos (ver *supra* § 15, C, II, 3).

2. La cosa juzgada abarca tanto como el objeto mismo del proceso (discutido, ver *supra* § 20, A, II). El concepto *el mismo hecho* del art. 103, III, GG, designa, del mismo modo que los §§ 155 y 264, "el suceso histórico que el tribunal estaba jurídicamente en condiciones de juzgar, de acuerdo con el auto de apertura del juicio" (BGHSt 6, 95: jurisprudencia constante); acerca de la identidad de hecho decide el sentido normal de la vida (sobre los detalles, ver *supra* § 20, B, I, 2 y 3).

3. La cosa juzgada abarca el *objeto procesal en su totalidad*. Abarca también las *sanciones accesorias* y las *consecuencias accesorias*. Si, p. ej., el tribunal ha olvidado imponer la inhabilitación para ocupar cargos públicos (cf., p. ej., §§ 45 y 92a StGB), ello, de acuerdo con la cosa juzgada, ya no puede ser reparado, aunque la ley penal prevea obligatoriamente esa consecuencia.

4. La cosa juzgada abarca el hecho bajo *todos los puntos de vista jurídicos*.

a) Si, p. ej., alguien es condenado a pena de multa por caza furtiva (§ 292, StGB), porque ha perseguido a un animal en el bosque y le ha disparado sin éxito, siendo que, en verdad, con el disparo había matado al marido de su amante, el efecto de clausura de la sentencia firme por caza furtiva se opone a toda sospecha de asesinato. Si alguien es condenado por conducir sin licencia y la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, entonces ya no es posible otro proceso a causa de que durante ese viaje en coche se cometieron también robos y delitos sexuales (BGH NStZ 84, 135). Dado que consecuencias de esta naturaleza son sentidas, la mayoría de las ve-

ces, como escandalosas, desde hace tiempo se ha hecho el esfuerzo por determinar de otro modo el ámbito de la cosa juzgada material. Acerca de las nuevas tendencias divergentes de la jurisprudencia sobre delitos continuados, cf. *supra* § 20, B, I, 3, a.

Así, HENKEL (387, 389 y s.) no tiene en cuenta la posibilidad, abstracta e hipotética, de fijar los hechos, sino, antes bien, la posibilidad concreta de determinarlos y ve traspasados los límites de la cosa juzgada cuando el contenido esencial de injusto del hecho no pudo ser percibido por el tribunal, a pesar del cumplimiento escrupuloso de su deber de conocimiento (similar, en los resultados, VOGLER, 1959, 91 y siguientes). PETERS (508 y s.) pretende comprender la identidad del hecho por el "sentido del acto". Diversos autores[1] pretenden que sea decisiva la identidad parcial del acto de ejecución o de la *unidad de acción*, en el sentido de la teoría del concurso del Derecho material, y otros hacen depender la cosa juzgada de la concordancia con el *contenido disvalioso* del hecho (SCHWINGE, ZStW 52 [1932], 228 y ss., 236; HRUSCHKA, JZ 66, 703; BAUMANN, *Grundbegriffe*, 178) o del bien jurídico lesionado (BERTEL, 1970).

Algunos autores proponen, para ese contexto, la llamada *"acusación complementaria"* bajo la forma de la *rectificación de la acusación* (acerca de ello, cf. ACHENBACH, 1975, 77, con más detalles expresos), esto es, un procedimiento en el cual la primera condenación no resulta anulada, sino que debe ser rectificada en relación a la primera pena.

Según la mayoría de estas teorías sería admisible, en el primer caso señalado, la renovación del proceso por la sospecha de asesinato. Esta conclusión puede afectar el sentimiento jurídico de modo mucho más fuerte que la solución defendida por la opinión dominante; por lo demás, no es compatible con la ley. De los §§ 155, II, 207, II, nº 3, y 264, II, resulta indudablemente que el hecho, con independencia de su calificación jurídica, puede ser establecido en su identidad y valorado jurídicamente por el tribunal en todos los aspectos y de una manera libre. Además –y ante todo– la StPO misma ha establecido, en el instituto de la revisión del proceso (§§ 359 y ss.), dentro de qué límites un proceso judicial penal terminado puede ser hecho objeto de una nueva persecución y, con ello, se establece directamente la exclusión de la revisión en contra del acusado, fundada en nuevos hechos o pruebas (con las excepciones de los §§ 362, nº 4, y 373a).

Esta decisión valorativa inequívoca no puede ser eludida por vía de un concepto de hecho restringido[2].

b) Sin embargo, rige una limitación para el caso de que un resultado más grave del hecho, que conduzca a una calificación jurídica distinta, sólo sea producida después del último acto procesal (p. ej., la muerte de la víctima que al tiempo del dictado de la sentencia únicamente estaba lesionada [§ 227 en lugar del § 224, StGB, homicidio consumado en lugar de tentado]). Dado que la sentencia no pudo considerar, en modo alguno, esas consecuencias, aquí puede ser admitida –en contra de la opinión impuesta en la doctrina– una acusación ampliatoria en forma de *acusación complementaria* (ACHENBACH, 1975, 76)[3].

[1] Así OEHLER, *Rosenfeld-FS*, 1949; HERZBERG, 1972; en parte también SCHWINGE, ZStW 52 (1932), 221 y ss., 236; TIEDEMANN, 1969, 16 y siguiente.

[2] Cf. *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Int. al Cap. 12, núm. marg. 40; GRÜNWALD, 1974, 112 y ss.; ACHENBACH, 1975, 83 y ss.; crítico GÖSSEL, § 33, A, II, a.

5. Se debe admitir que el concepto de hecho de la StPO, en los casos límite, no siempre muestra contornos precisos. Para conseguir más precisión se propone, frecuentemente, hacer depender la identidad de hecho de la "alternatividad de los procesos de acción" (SCHÖNEBORN, 1974), o sea, de si, pensados dos procesos en paralelo por un hecho concretamente determinado, podría existir el peligro de decisiones incompatibles desde el punto de vista del Derecho material (GRÜNWALD, 1974, 108). Así, en el tan discutido caso RGSt 21, 78 (absolución por la imputación de omitir la denuncia de asesinato; nuevo proceso por instigación al mismo delito) debería afirmarse la existencia de *un* hecho, porque el acusado sólo hubiera podido ser penado o bien por omisión de denuncia o bien por instigación[4]. Esta fórmula de la alternatividad conduce, sin embargo, a limitaciones inaceptables de la cosa juzgada allí donde procesos de acción independientes uno de otro, que realizan diferentes tipos penales, forman acumulativamente un proceso vital unitario, a causa de su estrecha relación fáctica o temporal (p. ej., puesta en peligro en el tránsito y fuga del lugar del accidente, cf. BGHSt 23, 141; con limitación también SCHÖNEBORN, 1974, 535, en tanto una mayor cantidad de procesos de acción son unidos por el delito continuado). Por otra parte, el razonamiento que subyace en las consecuencias de la fórmula de la alternatividad conduce a que el llamado "reflejo negativo" de un hecho sea un componente del mismo hecho, en el sentido de la StPO, y que pueda, por ello, ser juzgado en el mismo proceso, provocando frecuentemente, también, la expansión indebida de la cosa juzgada a procesos muy distanciados desde el punto de vista fáctico o temporal, según las circunstancias (p. ej., Celle NJW 79, 228: el autor sería punible o por adquirir y poseer estupefacientes, o por encubrimiento de esos hechos, de acuerdo con el § 145d, StGB; Zweibrücken NJW 80, 2144: el autor sería punible por homicidio imprudente o por falsa autoincriminación para encubrir al verdadero autor; similar Hamm NJW 81, 237; StrV 84, 15). También en los casos de alternatividad lo correcto sería aceptar una identidad de hecho sólo si se trata de procesos de acción con relación temporal y local estrecha (BGH StrV 84, 99; BayObLG StrV 84, 14; NJW 89, 2828). Por ello, la nueva jurisprudencia ha vuelto a apartarse, con razón, de la teoría de la imagen refleja (BGHSt 32, 146; BayObLG NStZ 84, 569; Celle JZ 85, 147; Frankfurt GA 88, 374).

6. Según la jurisprudencia (BVerfGE 23, 191; LG Duisburg StrV 85, 53; 86, 99), en el caso de la negativa a prestar servicios civiles por motivos de conciencia, debería considerarse solamente *un* hecho, en el sentido del art. 103, III, de la GG, también en el supuesto de varias negativas separadas temporalmente, en razón de que se trata de la acción permanente del autor de no prestarse al servicio. Sin embargo, con ello se amplía artificialmente el concepto de hecho. Antes bien, cada nuevo acto de negarse es procesalmente también un nuevo hecho. Igualmente, la prohibición constitucional de la irrazonabilidad permite que sólo pueda ser castigada la primera negativa a prestar servicio, dado que los actos de negación posteriores representan únicamente la concreción de una decisión de vida fundamental (así, GRÜNWALD, 1974, 117). Deben ser rechazados los intentos, contrarios a la jurisprudencia del BVerfG, de posibi-

[3] De acuerdo con lo afirmado en el texto, p. ej., *LR*-SCHÄFER, 23ª ed., Int. al Cap. 12, núm. marg. 32, nota 6; RÜPING, núm. marg. 568, en contra, BVerfGE 65, 377, con comentario de SCHNARR, NStZ 84, 325; ACHENBACH, 1975, 95; *Kl/M*, Introducción, núm. marg. 171; *KMR*-SAX, Introducción, XIII, núms. margs. 28 y 34; SCHLÜCHTER, núm. marg. 604.2; *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Introducción, cap. 12, núm. marg. 36, a.

[4] Cf. también BGH JZ 55, 343; BGHSt 36, 167; más detalles *supra* § 20, B, I, 3, c.

litar varias condenas en el caso de quienes "se niegan a todo", en razón de que sus obligaciones de conciencia serían ostensiblemente menos atendibles que las de los miembros de una secta (Celle, con comentario de STRUENSEE, JZ 85, 955 y Düsseldorf StrV 86, 8; cf. FRIEDECK, StrV 86, 9).

III. Funcionamiento de la cosa juzgada material

1. En consideración a la *clase* de las decisiones, se debe distinguir en la forma siguiente:

a) En la *cosa juzgada absoluta* ingresan:

aa) todas las sentencias definitivas y los autos de sobreseimiento del § 260, III, si declaran la existencia de un impedimento procesal insuperable, como, p. ej., la prescripción (discutido; como aquí *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Introducción al Cap. 12, núm. marg. 43; de otra opinión, *Kl/M*, Int., núm. marg. 172);

bb) todas las resoluciones que sólo puedan ser impugnadas por vía de la queja inmediata. A este grupo pertenecen las decisiones que, sobre todo, representan materialmente "sentencias sin juicio oral" (p. ej., las resoluciones que aplican la pena única, según el § 460, que conducen a una modificación de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y que conforman el único fundamento de la ejecución penal)[5];

cc) las resoluciones procesales de clausura del § 349, II (acerca de ello, detalladamente, GEFFERT, GA 72, 165).

b) Los sobreseimientos del tribunal en el procedimiento para obligar a acusar (§ 174, II) y en el procedimiento intermedio (§ 211) sólo adquieren calidad de *cosa juzgada limitada*: en ambos casos se admite un procedimiento nuevo sólo a causa de nuevos hechos o medios de prueba. Aunque la ley calla, lo mismo debe regir para el sobreseimiento judicial del § 153, II; a veces, en contra de ello, se acepta que, en ese supuesto, sólo el descubrimiento posterior de una grave lesión de la ley justifique la puesta en marcha renovada del caso (RGSt 67, 315; BayObLG NJW 65, 828). No obstante, contra esto habla, junto a la aplicación analógica de los §§ 47, III, en relación con los §§ 47, I, nº 2 y 45, II, nº 2, JGG, la idea de que la resolución de sobreseer según el § 153, II, a diferencia de la orden penal (§ 410), no es comparable con una sentencia (como aquí KLEINKNECHT, JR 65, 350; ver también *supra* § 14, B, II, 4, c). Si un tribunal ha declarado su incompetencia territorial con autoridad de cosa juzgada, entonces no es posible volver a presentar ante él, en ningún caso, una nueva acusación por el mismo hecho (BGH NStZ 88, 371). Si un proceso es sobreseído provisionalmente de acuerdo con el § 154, II, ello forma un impedimento procesal frente a la renovación de la acusación por ese hecho y en tanto la causa no sea reabierta por resolución judicial según el § 154, V (BGHSt 36, 361).

c) Adquieren carácter de *cosa juzgada general*:

aa) las resoluciones judiciales contra las cuales está prevista únicamente la queja simple (no sometida a plazo); ellas pueden ser modificadas por el tribunal en todo momento e incluso de oficio (arg. § 306, II);

bb) las disposiciones de sobreseimiento de la fiscalía; ella puede retomar a voluntad la persecución de los procesos por ella sobreseídos (LG Gießen StrV 84, 327; con dudas LOOS, 1978).

2. En principio, sólo las decisiones de los *tribunales internos* pueden agotar la pretensión penal (cf. §§ 51, III, StGB y 153, c, I, StPO). Sin embargo, las sentencias de los tribunales extranjeros tienen el efecto de impedir la jurisdicción alemana, si ello está dispuesto expresamente por un tratado internacional (acerca de ello GRÜTZNER, NJW 69, 345).

[5] De acuerdo, en los resultados, TREPPER, 1996, 57, quien, sin embargo, analiza, como criterio para determinar la cosa juzgada de las resoluciones, si ellas contienen una decisión sobre el hecho (cit., 174).

Tribunales extranjeros eran también los tribunales de las fuerzas de ocupación, p. ej., el Tribunal de Nuremberg; por ello sus sentencias no han agotado la pretensión punitiva alemana (BGHSt 6, 176). No obstante, desde que entró en vigencia el tratado de traspaso del 26/5/1952 (BGBl. 1955, II, 405), los tribunales alemanes están obligados a tratar a las sentencias de las fuerzas de ocupación occidentales como pasadas en autoridad de cosa juzgada (art. 7, I), en tanto no hayan sido dictadas por crímenes de guerra o contra la humanidad (art. 6, XI; cf. sobre ello BGHSt 12, 36). En cambio, el tribunal de la *Comunidad Europea* no es un tribunal extranjero, de modo que contra sus decisiones, en principio, no se puede oponer la prohibición de la doble persecución (BGHSt 24, 54 y 57). Acerca del *Ne-bis-idem-Wirkung europäischer Strafentscheidungen* ["Efecto *ne bis in idem* de las decisiones penales europeas"], M. MAYER, 1992. Sobre el *ne bis in idem* "parcial europeo" que ha creado el art. 54 del tratado de Schengen, LAGODNY, NStZ 97, 265.

IV. Quebrantamientos de la cosa juzgada

Una prohibición estricta de modificar las sentencias que rigiera sin excepciones le serviría tan poco al aseguramiento de la paz jurídica como la realización sin barreras del Derecho penal. Por ello, el orden jurídico debe admitir el quebrantamiento de la cosa juzgada.

1. El derecho vigente prevé los siguientes *quebrantamientos de la cosa juzgada*:

a) el procedimiento de revisión (§§ 359 y ss.; ver *infra* § 55);

b) la reposición al estado anterior (§§ 44 y ss.; ver *supra* § 22, B, V, 1);

c) la extensión de la casación a los demás condenados (§ 357; ver *infra* § 53, K);

d) la revocación de la sentencia por el BVerfG a través de una acción de inconstitucionalidad exitosa (§ 95, II, BVerfGG).

2. Una *acción de nulidad*, con la que se pueda hacer valer graves errores jurídicos de la sentencia también después de su paso en autoridad de cosa juzgada, es extraña al Derecho vigente (con excepción, ahora, de la rehabilitación de acuerdo con la *ley de rehabilitación penal* -StrRehaG- del 29/10/92, BGBl. I, 1814; más detalladamente sobre ello, RICHTER, NStZ 93, 174). Frecuentemente, ayudará aquí la acción de inconstitucionalidad por violación de los arts. 2, 3, o 101 y 103, GG (acerca de ello, LAMPE, GA 68, 41). En cambio, tanto la admisibilidad general de la acción de inconstitucionalidad contra decisiones groseramente injustas, propuesta por LAMPE, como también la reintroducción de la acción de nulidad son objetables dado que, a causa de la ausencia de medida objetivable, conducirían a una inseguridad jurídica considerable (así también EB. SCHMIDT, JZ 68, 681, con réplica de LAMPE, JZ 69, 287).

3. Por el contrario, los autos pasados en autoridad de cosa juzgada (cf. *supra* B, III, 1, a), cuando ya no son impugnables, pueden ser modificados excepcionalmente, según la jurisprudencia, si sólo de esa manera puede ser corregido un ilícito procesal de extrema gravedad (BayOLG JR 70, 391, con comentario de PETERS; *LR*-GOLLMITZER, 24ª ed., núms. margs. 39 y s., previo al § 304). Entre ellos están comprendidos únicamente los casos de inobservancia manifiesta de normas procesales (RGSt 37, 112), como, p. ej., la lesión del principio del juez establecido por la ley (Düsseldorf NStZ 82, 395), y los errores sobre los fundamentos fácticos de la decisión, como p. ej. la declaración de inadmisibilidad de un recurso por la suposición errónea de una renuncia (Hamburg MDR 76, 511; RGSt 59, 419; BGH NJW 51, 771). Por el contrario, la mera aplicación errónea de las leyes no es suficiente (BGHSt 17, 94; MDR 56, 52); lo mismo rige para el dictado de un auto de apertura a juicio después de que el caso había sido sobreseído por error (Köln NJW 81, 2208).

C. Sentencias sin efecto de cosa juzgada formal ni material

I. Son sentencias sin efectos jurídicos, indiscutiblemente, las llamadas *"no sentencias"*, que no son dictadas por un tribunal (sino, p. ej., por la policía política), o decisiones que no han sido dictadas, esto es, decisiones que no han sido pronunciadas, aunque ya están tomadas.

II. Tampoco tienen efectos jurídicos las *sentencias nulas*, esto es, las decisiones de un tribunal que han sido pronunciadas como sentencias, pero que, de todos modos, carecen de validez.

1. Es muy discutible si –y en qué medida– debe ser reconocida la nulidad de las sentencias, dado que la ley no dice nada al respecto. Por cierto, lo objetable de esta construcción es que permite la eliminación de decisiones judiciales sin proceso alguno, a pesar de que el § 338 estipula que ni siquiera los errores jurídicos groseros tornan nula la sentencia, sino que, únicamente, la tornan recurrible en casación. Pero, por otra parte, la exigencia de justicia prohíbe la efectividad (ejecución) de las sentencias que lesionan gravemente el Derecho. Este conflicto debe ser resuelto a través de la limitación de los casos de nulidad a un ámbito muy reducido[6]. También la sentencia BGH NStZ 84, 279 pretende reconocer la nulidad sólo en casos excepcionales e infrecuentes en los que la subsistencia de una sentencia "fuera directamente intolerable por violar el espíritu de la StPO y principios elementales de nuestro orden jurídico". Sólo impugnable, pero no nula, es una sentencia en la cual han participado jurados sorteados (en lugar de elegidos, como estaba mandado; BVerfG NJW 85, 125; BGHSt 33, 126, con comentario de KATHOLNIGG, JR 85, 346).

2. De este modo, deben ser reconocidas como *nulas*:

a) las decisiones de un tribunal de excepción (cf. art. 101, I, 1, GG; § 16, GVG) o de un "tribunal revolucionario";

b) las decisiones con un contenido manifiestamente inadmisible (p. ej., la condena de un menor, la condena a ser apaleado o a una pena privativa de libertad de una semana);

[6] Cf., sobre todo el problema, EB. SCHMIDT, I, núms. margs. 253 y ss.; GRÜNWALD, ZStW 76 (1964), 250; del mismo, 1974, 123; *KMR*-SAX, Introducción, X, núms. margs. 7 y ss.; ROEDER, ZStW 79 (1967), 250; *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Introducción al Cap. 16; para los autos, cf. GEFFERT, GA 72, 165.

c) las decisiones que son dictadas contra una persona distinta de aquella que realmente compareció ante el tribunal.

Si, entonces, en el lugar del acusado "A" ha comparecido ante el tribunal su amigo "B", la sentencia no tiene efectos contra "A" ni contra "B", según la opinión dominante. Este resultado es independiente de la cuestión previa, también discutida, acerca de contra quién, ante todo, ha sido dictada la sentencia: si se refiere a quien compareció, entonces la sentencia no es concerniente en absoluto al objeto procesal determinado por la acusación (§ 155, I) y no tiene efectos porque la acusación y el auto de apertura del juicio fueron pronunciados contra el acusado "equivocado" (así, HENKEL, 386; EB. SCHMIDT, I, núm. marg. 293, *KMR*-PAULUS, § 230, núm. marg. 9); si, por el contrario, la sentencia se refiere a la persona realmente acusada, entonces, dado que esa persona no ha comparecido, falta toda relación personal entre el tribunal y el acusado y la decisión es, por ello, nula (así PETERS, 523). En cambio, una posición minoritaria sostiene que la sentencia, sea contra el verdadero imputado (así, LG Lüneburg MDR 49, 768, con comentario de GROBLER; *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Introducción al Cap. 12, núm. marg. 62), sea contra quien compareció, es eficaz, de modo que después de pasar en autoridad de cosa juzgada sólo puede ser atacada con la revisión. Por el contrario, si el verdadero acusado toma parte en el juicio oral sólo con nombre falso, entonces la sentencia es eficaz contra él y el nombre falso puede ser posteriormente rectificado (BGH NStZ-RR 96, 9).

d) las decisiones contra una persona muerta (SCHLESWIG NJW 78, 1016; cf. *supra* § 21, B, III).

3. Finalmente, según la opinión dominante son también nulas las decisiones dictadas en una causa ya decidida con autoridad de cosa juzgada (a favor, BGH NStZ 84, 279; en contra Düsseldorf NStZ 89, 44). Sin embargo, dado que en la práctica podría tratarse aquí difícilmente de constelaciones inequívocas, sino, antes bien, de cuestiones directamente complejas en la mayoría de los casos (inclusión de un hecho en una serie de delitos independientes, exclusión de un comportamiento por el recorte del hecho efectuado en la acusación), podría ser más adecuado aclarar estas cuestiones a través de actos judiciales, con los medios de impugnación generales.

III. La invalidez de una sentencia puede ser *hecha valer* en diversas formas. No necesita ser impugnada; sin embargo, por exigencias de claridad jurídica, su impugnabilidad por los recursos generales debe estar admitida. Según la opinión dominante, como medio para ello puede servir también la objeción, prevista en el § 458, I, contra la admisibilidad de la ejecución.

Capítulo 10
Medios de impugnación
(la impugnabilidad de las decisiones judiciales)

§ 51. Aspectos generales de la teoría de los recursos

Bibliografía: *v. Kries,* Die Rechtsm. des Zivilprozesses und des Strafprozesses, 1880; *Bruns,* Sichernde Maßnahmen und Verschlechterungsverbot, JZ 54, 730; *Spendel,* Materielle Straffrage und strafproz. Teilrechtskraft, ZStW 67 (1955), 556; *Arm. Kaufmann,* Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius, JZ 58, 297; *Bruns,* Teilrechtskraft und innerproz. Bindungswirkung des Strafurteils, 1961; *Grünwald,* Die Teilrechtskraft im Strafverf., 1964; *Sieveking,* Neue Aspekte und Wege zur Lösung der mit der Teilanfechtung von Strafurteilen verbund. Probleme, 1967; *Dencker,* Willensfehler bei Rechtsm.verzicht und Rechtsm.zurücknahme im Strafprozeß, 1972; *Frisch,* Drei Grundprobleme des Verschlechterungsverbots usw., MDR 73, 715; *idem,* Das Verschlechterungsverbot usw., JA 74, StR 26, 165; *Kapsa,* Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozeß, 1976; *Dahs,* Zur Rechtswirksamkeit des nach Urteilsverkündung "herausgefragten" Rechtsm.verzichts, Schmidt-Leichner-FS, 1977, 17; *Wiedemann,* Die Korrektur strafproz. Entscheidungen außerhalb des Rechtsm.verf., 1981; *Wittschier,* Das Verbot der reformatio in peius im strafproz. Beschlußverf., o. J.; *idem,* Das Verbot der reformatio in peius und der Schuldspruch, StrV 86, 173; *Meyer,* Notwendigkeit und Grenzen der Heilung von Grundrechtsverletzungen usw., Kleinknecht-FS, 1985, 267; *Meyer-Goßner,* Einstellung des Verf. und Verschlechterungsverbot, *ibidem,* 287; *Paeffgen,* Bindungen bei "innerproz. Bindungswirkung", StrV 86, 504; *Hettinger,* Ist eine horizontale Berufungsbeschränkung auf das Strafmaß möglich usw.?, JZ 87, 386; *Hohmann,* Die Gegenvorstellung - "Stiefkind" des Strafverf., JR 91, 10; *Werner,* Strafprozessuale Gegenvorstellung und Rechtsm.system, NJW 91, 19; *Matt,* Die Gegenvorstellung im Strafverf., MDR 92, 820; *Wild,* Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes und Teilanfechtung von Strafurteilen, JuS 92, 911; *Bringewat,* Nachträgl. Bildung der Gesamtstrafe und das Verbot der reformatio in peius, StrV 93, 47; *G. Kaiser,* Die Beschwer als Voraussetzung strafproz. Rechtsmittel, 1993; *Kemper,* Horizontale Teilrechtskraft des Schuldspruchs und Bindungswirkung im tatrichterl. Verf. nach der Zurückverweisung, 1993; *Leonhardt,* Rechtsmittelermessen der StA, 1994; *Rieß,* Über den Zugang zu oberen Gerichten, Salger-FS, 1995, 373.

A. Los medios de impugnación

I. Medios de impugnación y rectificación de la sentencia

1. Las sentencias erróneas, después de finalizar su pronunciamiento (ver *supra* § 47, A, I), no pueden ser rectificadas por el tribunal que las dictó (tampoco los mandatos penales, VENT, JR 80, 400). Si, p. ej., se omitió disponer la prohibición de que se conceda una nueva licencia de conducir, ello ya no puede ser corregido con el pronunciamiento de una nueva sentencia modificada (BGH JZ 88, 108); tampoco puede ser ordenada posteriormente la decisión sobre las costas, antes omitida (BGH, NStZ-RR

96, 352). Si la fiscalía o el acusado pretenden conseguir una modificación de la decisión, antes bien, tienen que servirse de los diversos *medios de impugnación* regulados en la StPO.

2. Excepcionalmente, en caso de *errores de ortografía o de redacción* manifiestos, la rectificación de la sentencia puede llevarse a cabo por auto del mismo tribunal que la dictó; p. ej., cuando existe una contradicción palmaria e insuperable entre el tenor y los fundamentos pronunciados oralmente (BGHSt 5, 5). El BGH (cf. BGHSt 3, 245) se ha apartado cada vez más de su decisión inicial de mantener estos casos dentro de un ámbito estrechamente restringido y ahora admite la rectificación, aun cuando el error manifiesto no resulta de la sentencia misma, sino sólo de otras circunstancias (BGHSt 12, 374); sin embargo, debe ser excluida la posibilidad de que con la rectificación se encubra una modificación material de la sentencia (BGH NStZ 91, 195). Si, p. ej., en la sentencia pronunciada se omitió incluir la pena, ésta ya no puede ser incorporada al fallo (BGH NStZ 84, 279); pero sí es admisible que el nombre falso suministrado por el acusado sea posteriormente sustituido por el correcto (Düsseldorf NStZ 94, 355).

II. Clasificación de los medios de impugnación

Los medios de impugnación son clasificados en ordinarios y extraordinarios. A los *ordinarios* pertenecen la queja (ver *infra* § 54), la apelación (ver *infra* § 52), la casación (ver *infra* § 53) y la oposición al mandato penal (ver *infra* § 66, B, III). Medios de impugnación *extraordinarios* son aquellos que suprimen la cosa juzgada, como la revisión del procedimiento (ver *infra* § 55), la reposición al estado anterior (ver *supra* § 22, B, V) y el recurso (queja o amparo) constitucional (art. 93, I, n° 4a, GG, §§ 90 y ss., especialmente § 95, III, 3, en relación al § 79, I, BVerfGG). La demanda de los arts. 25 y ss., MRK, no es un medio de impugnación en sentido propio (sobre ello, más detalladamente, *AK*-ACHENBACH, previo al § 296, núms. margs. 38 y siguientes). La queja, la apelación y la casación conforman el grupo de los *recursos* (§§ 296 y siguientes).

B. Los recursos

I. Clases

1. Los recursos se distinguen de los demás medios de impugnación porque sólo ellos poseen efecto devolutivo y (con excepción de la queja) también suspensivo.

a) El *efecto devolutivo* significa que, a través del recurso, la causa será llevada ante la instancia superior, es decir, del AG al LG o al OLG y del LG al OLG o al BGH. Este efecto está configurado de modos diversos para los distintos recursos (ver *supra* 2).

b) El *efecto suspensivo* significa que la eficacia de la decisión impugnada (en la sentencia, la cosa juzgada o ejecutoriedad) es impedida por la interposición tempestiva del recurso, o sea, es postergada. Este efecto está vinculado a la apelación (§ 316, I) y a la casación (§ 343, I), pero no a la queja (§ 307, I).

2. Estos tres recursos muestran, entre ellos, las diferencias siguientes:

a) La *queja* se dirige contra *autos* y *decretos* (§ 304) y conduce al control tanto de la cuestión fáctica como de la jurídica (ver § 308, II). El efecto devolutivo está parcialmente limitado (§ 306, II, pero también § 311, III; ver *infra* § 54).

b) La *apelación* se dirige contra *sentencias* y conduce también al control tanto de la cuestión fáctica, como de la jurídica (ver § 323). Los efectos devolutivo y suspensivo son asegurados en toda su extensión sólo a través de la interposición tempestiva (ver, en particular, § 319).

c) La *casación* se dirige también contra *sentencias*, pero, a diferencia de la apelación, conduce *únicamente* al examen de la *cuestión jurídica* (§ 337). En caso de una interposición tardía o con defectos de forma, los efectos devolutivo y suspensivo son limitados igual que en la apelación (ver, en particular, § 346).

3. Resulta discutible cuál es el recurso previsto contra una decisión que ha sido dictada equivocadamente en forma de auto (o sentencia) cuando correspondía que lo fuera en forma de sentencia (o auto). Según la opinión dominante (BGHSt 8, 384; 25, 242) aquí es decisiva la "resolución que debió ser", en correspondencia con la StPO, y no la "resolución que fue" efectivamente dictada. Si el tribunal menciona como "sentencia" a una decisión que correctamente calificada hubiera sido un "auto", el recurso admisible es la queja (BGH StrV 82, 61). La falsa denominación del recurso, provocada por un desacierto judicial (y, de acuerdo con el BGHSt 2, 67 *–a fortiori–* también en caso de una designación imprecisa), sería tan inofensiva, conforme al § 300, como un vencimiento de plazo causado por aquella equivocación, contra el cual existiría, según el § 44, el derecho a la reposición del plazo, sólo cuando la voluntad de interponer el recurso esté absolutamente fuera de cuestión.

4. Si alguien que fue absuelto de una acusación por un delito es condenado sólo por una contravención, esa sentencia puede ser atacada sólo con los recursos de la ley procesal, no así, p. ej., con la queja jurídica de la OWiG, pues "las sentencias dictadas en el proceso penal son impugnables con la apelación o la casación" (BGHSt 35, 290, 292). El BGH no deduce tal afirmación del objeto de la sentencia, sino de la clase de procedimiento.

II. Admisibilidad

1. *Legitimación activa*

a) Para la interposición de recursos está legitimado, en primer lugar (y sin consideración a su capacidad civil), el *imputado* (§ 296). Junto a él, pero no en contra de su voluntad expresa (§ 297), su defensor, como también otros representantes (Hamm NJW 52, 1150) e (¡incluso contra su voluntad!) su representante legal (§ 298). Si el imputado es mayor de edad se mantiene en vigor el recurso interpuesto con anterioridad a ello por su representante legal; pero la facultad de disposición sobre él pasa al imputado mismo, quien puede desistir, pero también proseguirlo aunque él hubiera renunciado con anterioridad a su propio recurso (BGHSt 10, 174), pues esa renuncia sólo pudo realizarse en razón de la interposición del recurso del representante legal.

Con prescindencia de las excepciones mencionadas, el procedimiento recursivo no puede ser iniciado por otras personas distintas al imputado.

En especial, no puede ser proseguido, con el fin de alcanzar una rehabilitación póstuma, por los familiares del imputado, muerto antes de que la sentencia pasara en autoridad de cosa juzgada (BGH NStZ 83, 179, con comentario de SCHÄTZLER). Ello porque, en tal caso, el acusado debe ser considerado como no condenado, es decir, como inocente (art. 6, MRK).

b) También la *fiscalía* está facultada para la interposición de recursos con la misma amplitud que el imputado (§ 296, I) y, por cierto, también a favor del imputado (§ 296, II), lo que resulta de su posición imparcial. En lugar de o junto a la fiscalía también se permite interponer recursos al *acusador privado* (§ 390, ver *infra* § 61) y al *acusador adhesivo* (§§ 400 y 401, ver *infra* § 62), pero no a favor del imputado (cf. *infra* § 61, A, II, 1, a). Al ofendido que reclama una indemnización (§ 406a, ver *infra* § 63, A) no le está permitido, en caso alguno, la interposición de recursos.

c) Finalmente, los recursos también pueden ser interpuestos por otras personas afectadas indirectamente por la decisión (los llamados *intervinientes accesorios*), p. ej.:

aa) por el facultado para recurrir en relación al objeto decomisado, en caso de que la sentencia ordene el decomiso (los llamados *intervinientes por el comiso*, ver, en particular, § 431); mientras que ellos, según el derecho anterior, estaban legitimados activamente para interponer recursos como sujetos del procedimiento, sólo en el ámbito del Derecho penal accesorio (así la jurisprudencia del BGH creadora de Derecho, ver E 19, 7 [GrS]), sus derechos han sido ampliamente extendidos con la EGOWiG (cf. §§ 433 y 437, y sobre ellos supra § 65, A, I);

bb) por los testigos y otros afectados por un auto judicial (cf. §§ 304, II, y 305, 2ª frase).

2. *Gravamen*

a) Quien no es afectado por una decisión que lo perjudica, no tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendría que concedérsele un recurso. La existencia de un *gravamen* es, por ello, presupuesto general material de la interposición de recursos (opinión dominante; de otra opinión RANF, núms. margs. 1917 y ss., quien sostiene que el gravamen es una cuestión del derecho material).

b) La cuestión acerca de si existe un agravio, se debe responder de diversa manera según que se trate, por un lado, de la fiscalía y, por el otro, del imputado (y otros recurrentes). La *Fiscalía*, como autoridad imparcial obligada al aseguramiento del Derecho, sufre un gravamen siempre que –tanto a favor, como en contra del imputado– se haya dictado una decisión incorrecta. Por ese motivo, ella puede recurrir aun cuando el tribunal haya accedido a lo requerido por su representante; también puede impugnar en casación la sentencia, en toda su extensión, a favor del acusado, aunque en la instancia precedente estuviera satisfecho sólo con la apelación sobre la medida de la pena (Koblenz, NJW 82, 1770). El *imputado* tiene gravamen solamente cuando ha sido condenado injustamente o con demasiado rigor (no puede interponer un recurso para que se le imponga una pena más grave, privativa de libertad, en lugar de la multa impuesta).

Aquí también se debe tener en cuenta el hecho de que el imputado haya sido absuelto o sólo se haya prescindido de imponerle una pena, pues en este último caso existe, por cierto, un fallo de culpabilidad. También hay gravamen (en contra RGSt 20, 46; 42, 399) cuando la autoría no ha sido demostrada y, en lugar de la absolución, se ha dictado el sobreseimiento del § 206, III (RGSt 66, 51; 70, 193; BGHSt 7, 256; BGH GA 59, 17; ; Oldenburg NJW 85, 1177); cf. *supra* § 47, B, V. Sin embargo, según la sentencia BGH NStZ-RR 96, 299, en el caso de sobreseimiento por prescripción, no habría gravamen cuando el acusado no es afectado con decisiones colaterales (sobre costas y gastos necesarios).

c) Según la opinión dominante, el agravio resulta sólo del *sentido* de la sentencia, pero nunca únicamente de sus fundamentos. Por ello, una absolución no puede ser atacada porque ella sea el resultado, como se desprende de sus fundamentos escritos, de la falta de pruebas (ver BGHSt 7, 153), de la incapacidad de culpabilidad (BGHSt 16, 374; cf. también BVerfGE 6, 7) o de una causa de exclusión de la culpabilidad del § 35 StGB (BGH NJW 79, 2053, con comentario crítico de HIRSCH, JR 80, 115). Según la postura del BGHSt 16, 374, el tribunal hasta puede dejar sin resolver la cuestión acerca de si existió una acción típica y antijurídica, y absolver al imputado (directamente) por la falta de capacidad para ser considerado culpable.

El BGH fundamenta esta afirmación señalando que el fin del proceso penal es verificar la culpabilidad, no, en cambio, la rehabilitación de la persona del acusado, y que, de otro modo, los tribunales se sobrecargarían de trabajo y la absolución por falta de pruebas sería depreciada. Frente a ello se hizo valer en la doctrina la afirmación de que toda incriminación afecta a los fundamentos de la dignidad humana (art. 1, GG) y es por eso que representa un gravamen (así HENRICHS, MDR 56, 196). Por lo menos, se dijo, debería ser recurrible la absolución por incapacidad de culpabilidad ya sea porque ella, según el § 12, BZRG, debe ser comunicada al Registro Central (así HENKEL, 366; PETERS, 614) o porque el gravamen reside en la comprobación de un hecho antijurídico (así *KMR*-PAULUS, previo al § 296, n° 55; exactamente al contrario, Schleswig JZ 58, 374: un gravamen podría existir en tanto el tribunal deje de lado la cuestión de si el autor habría cometido una acción típica y no lo descarga al imputado de este reproche). El BGH, empero, hasta hoy no se ha dejado llevar, a pesar de esta crítica, hacia una modificación de su criterio riguroso. El BVerfG, en cambio, ha declarado admisible al recurso constitucional contra una absolución, porque ya los fundamentos de la sentencia, en cuanto menoscaban inadmisiblemente los intereses del afectado, podrían lesionar sus derechos fundamentales (E 6, 7, 9).

III. Impugnación parcial

1. De los §§ 316, 318, 327, 343, 344 y 352 se puede inferir que, *en principio*, está *admitida* la *impugación* solamente *parcial* de la sentencia; lo mismo rige para los autos (Frankfurt NJW 80, 2535). Presupuesto para ello es, según jurisprudencia constante (cf. RGSt 33, 17; BGHSt 10, 100), que la parte impugnada de la decisión se pueda separar de aquella que no fue impugnada y, con ello, acceder a un enjuiciamiento y decisión independientes (sobre la impugnación parcial del defensor, cf. *infra* B, V, 3).

a) Tal *independencia* está dada, indiscutiblemente, cuando la sentencia decide sobre muchos objetos procesales (ya sea en el caso de un hecho

con varios acusados o de varios hechos de un mismo acusado). Ella es aceptada, dentro del mismo objeto procesal, ante todo en relación a la cuestión de la culpabilidad y de la pena; la apelación y la casación pueden, por ello, ser "limitadas a la medida de la pena" (en contra GRÜNWALD, 1964, 155 y siguiente).

b) *Dentro de la cuestión de la culpabilidad* no es posible, también según el punto de vista de la jurisprudencia, una separación de acuerdo a los distintos componentes del delito (p. ej., en virtud de la defensa necesaria, de la capacidad de culpabilidad o de otras unidades de hecho del delito en cuestión; sobre esto RGSt 65, 297). En cambio, en el supuesto de la pluralidad de acciones jurídico-materiales en el marco de un único y mismo objeto procesal (p. ej., la puesta en peligro en el tráfico con una posterior evasión del lugar del accidente, ver *supra* § 20, B, I, 3, c) es admitida, en principio, la limitación del recurso a uno de los tipos penales (BGHSt 24, 185; ver, sin embargo, también BGHSt 25, 72). Lo mismo rige en los casos de la unidad de acción, cuando un delito de organización o continuado está conectado con otros hechos punibles; si, p. ej., la rufianería está en unidad de acción con una violación, la casación puede ser restringida al § 177, StGB (BGHSt 39, 390).

c) *Dentro de la cuestión de la sanción*, la separación entre penas particulares o entre penas y medidas sólo es posible si la decisión, en el punto impugnado, no tuvo ninguna influencia en el resto de la cuestión de la sanción (RGSt 65, 296; BGHSt 10, 331). Así sucede, por regla general, en relación a los días-multa, de acuerdo con el § 40, StGB (BGHSt 27, 70), al cómputo de la pena total (Hamburg MDR 76, 419), a la suspensión condicional de la pena (Hamburg JR 79, 258, con comentario aprobatorio de ZIPF, JR 79, 259) o a la falta de cómputo de la prisión preventiva, según el § 51, I, 2, StGB (cf. en particular, sobre las numerosas cuestiones dudosas, *LR*-GOLLWITZER, 24ª ed., § 318, núms. margs. 73 y ss., *LR*-HANACK, 24ª ed., § 344, núms. margs. 31 y siguientes). También se puede atacar el fallo, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, pero haciendo excepción de ese ataque para el caso de la falta de aplicación del § 64, StGB (internación en un establecimiento de desintoxicación) (BGHSt 38, 362, con comentario crítico de HANACK, JR 93, 430). La impugnación también puede ser limitada al fallo sobre la especial gravedad de la culpabilidad (§§ 57a, I, 1, nº 2, y 57, b, StGB) (BGHSt 39, 208, con comentario de STREE, JR 94, 166; BGHSt 41, 57; cf. también *supra* § 47, B, I, 2, a).

d) Si la impugnación es limitada a un punto determinado de forma inadmisible, rige analógicamente el § 318, 2ª frase, y todo el contenido de la sentencia se considera impugnado. Lo mismo rige, de acuerdo con el principio del *fair trial*, cuando el acusado, a causa del asesoramiento equivocado del tribunal, ha limitado la impugnación a la medida de la pena (Zweibrücken StrV 82, 13).

2. a) La parte de la sentencia que no ha sido impugnada de modo admisible pasa en autoridad de cosa juzgada (llamada *cosa juzgada parcial*). Por eso, en su decisión, el tribunal del recurso está vinculado a ella y, en

principio, no está facultado para corregir esa parte. Esto ha sido reconocido unánimemente para la llamada cosa juzgada parcial *vertical*, en la cual la línea divisoria discurre entre distintos objetos procesales (ver *supra* 1, a); en cambio, se discute vivamente si ello rige, y en qué medida, para la cosa juzgada parcial *horizontal* (esto es, dentro de un único y mismo objeto procesal).

b) En caso de apelación sobre la medida de la pena, la vinculación al fallo de culpabilidad se vuelve dudosa en el supuesto de los llamados *hechos de doble relevancia* (es decir, significativos, en la misma medida, tanto para la culpabilidad como para la determinación de la pena), p. ej., cuando en la audiencia de apelación resulta manifiesta la incapacidad de culpabilidad del autor. El BGH (BGHSt 7, 283) no ha admitido, para tales casos, la pérdida de eficacia de la cosa juzgada parcial, sino sólo la atenuación de la pena, por aplicación del § 21, StGB, a la medida reducida resultante. También la comprobación, reconocida como incorrecta, de ejemplos abarcativos del § 243, StGB, debe permanecer en pie si el fallo sólo es impugnado en cuanto a la determinación de la pena (BGHSt 29, 359; Düsseldorf JZ 84, 684; FEZER, 19/99). En cambio, en complementación con SPENDEL, 1955 (así también PETERS, 499 y s.; en contra HETTINGER, 1987), parece correcto que, en tanto se admita a ultranza la impugnación parcial, el tribunal no quede ya vinculado a la limitación de la impugnación cuando él, de otro modo, a pesar de reconocer como injusta una resolución condenatoria del tribunal inferior, en perjuicio del acusado, la debería tomar como base de su propia decisión, máxime cuando el instituto de la pérdida de eficacia de la cosa juzgada es usual en la StPO (*supra* § 50, B, IV). Con otras palabras, la cosa juzgada parcial exonera al tribunal del recurso de la obligación de controlar la corrección de todos los puntos, pero no de corregir la incorrecciones que, de otra manera, permanecerían en la decisión a dictar por él (la sentencia Zweibrücken MDR 86, 75, pretende resolver este problema, considerando ineficaz la limitación de la apelación a la medida de la pena, si posteriormente se verifica que el acusado era incapaz de culpabilidad). Más allá todavía va la interpretación de GRÜNWALD (1964 y JZ 66, 106), quien cuestiona directamente la separabilidad entre cuestión de la culpabilidad y de la pena. Dado que la gravedad de la pena depende de la medida del injusto y de la culpabilidad, todas las circunstancias relevantes para la culpabilidad deberían ser verificadas nuevamente, también en caso de una apelación sólo referida a la medida de la pena, de lo cual resulta que, en general, los hechos tratados serían doblemente relevantes y la separabilidad entre cuestión de culpabilidad y de la medición de la pena, defendida por la opinión dominante, no se podría fundar en consideraciones de economía procesal. Las investigaciones de GRÜNWALD, que podrían provocar un nuevo giro en la teoría de la cosa juzgada parcial, aguardan todavía, sin embargo, su tratamiento por la jurisprudencia.

IV. Lugar, plazo y forma de la interposición del recurso

1. *Lugar*: en el proceso penal, de acuerdo con los §§ 314 y 341 (al contrario de lo que sucede en el proceso civil), los recursos, en principio, deben ser interpuestos ante el tribunal cuya decisión es impugnada (*iudex a quo*) y no ante el que debe decidir a través del recurso (*iudex ad quem*).

2. *Plazo*: la apelación, la casación y la queja inmediata sólo pueden ser interpuestas dentro del plazo de una semana a partir del pronunciamiento de la decisión o bien, en caso de ausencia del imputado[1], desde la noti-

[1] La sentencia también se considera pronunciada en ausencia del condenado si él abandona la sala de audiencias durante la lectura de los fundamentos (KG JR 92, 304).

ficación a él o a su defensor (§§ 145a, I, 311, II, 314 y 341). Si la sentencia sólo es notificada a uno de ellos, el otro debe, sin embargo, ser instruido al respecto (§ 145a, III). Este deber de la administración ha sido degradado por la jurisprudencia a mero precepto ordenatorio, cuya lesión no suspendería el transcurso del plazo, ni podría conducir a una reposición (BGH NJW 77, 640); cf. también Hamburg NJW 65, 1614; a favor de la reposición, con razón, *Kl/M*, § 145, núm. marg. 14). Contra ello, la queja simple es posible en todo momento (ver, en particular, *infra* § 54).

Si no queda claro que el recurso fue ingresado en el tribunal, se lo debe considerar como no interpuesto (Hamm NStZ 82, 43); en ese caso, puede solicitarse la reposición del plazo. Si hay dudas acerca de la presentación tempestiva, se acepta predominantemente que no pueda ser rechazado como tardío (BGH NJW 60, 2202).

3. *Forma*: los recursos pueden ser interpuestos por escrito, por protocolización de la oficina judicial o también por protolización en la audiencia (§§ 306, I, 314, I, y 341, I); sobre las exigencias de la forma escrita, cf., en particular, *supra* § 22, B, II, 3, c.

V. Renuncia y desistimiento de los recursos, ineficacia e impugnación de la decisión sobre el recurso

1. Renuncia al recurso

De acuerdo con el § 302, I, 1, la renuncia al recurso –para la cual, como declaración procesal de voluntad, no se requiere la capacidad civil, sino tan sólo la capacidad para actuar en juicio–, se puede manifestar aun antes del comienzo del plazo para recurrir. Según el BGHSt 25, 234, en el caso de sentencias pronunciadas en ausencia del acusado, la renuncia es posible incluso ya antes del comienzo del plazo de interposición, que se inicia sólo con la notificación, en tanto el acusado haya tenido ocasión de ser instruido confiablemente sobre los fundamentos de la sentencia (de otra opinión PETERS, JR 74, 249; *AK*-ACHENBACH, § 302, núm. marg. 17, con más información). Para la renuncia a recurrir deben ser exigidas las mismas formalidades que para la interposición del recurso (aplicación analógica de los §§ 306, 314 y 341); en esto, según la sentencia BGH NJW 84, 1974, para la forma escrita basta una nota autorizada del acusado aunque no conste en acta. La renuncia telefónica no tiene efectos, ver *supra* § 22, B, II, 3, c. La renuncia es también eficaz aunque no haya sido llevada a cabo la instrucción sobre las posibilidades de recurrir; pues también esa instrucción puede ser renunciada (BGH NStZ 84, 329).

2. Desistimiento

El desistimiento de un recurso es posible en la misma extensión que la renuncia y exige la misma forma; después del comienzo de la audiencia prevista para el procedimiento recursivo es necesaria, además, la conformidad del recurrido (§ 303) y, por cierto, también cuando la audiencia fue

suspendida y debe ser realizada enteramente de nuevo[2]. Según el § 303, 2ª frase, rige una excepción para el acusador adhesivo, cuyo consentimiento no es exigido para el desistimiento del recurso del acusado; el acusador adhesivo sólo puede dirigirse a la fiscalía con el fin de que ella niegue su consentimiento. El recurso interpuesto por la fiscalía a favor del imputado únicamente puede ser desistido, por definición, con el consentimiento de este último (§ 302, I, 2), dado que posiblemente él, en vista del recurso de la fiscalía, haya dejado de lado la interposición del recurso propio. Esta disposición rige analógicamente para el desistimiento del recurso interpuesto por el representante legal del imputado.

Si un procedimiento de apelación conduce a un proceso en primera instancia, por cierto queda excluido el desistimiento de la apelación originalmente presentada (BGHSt 34, 204). No se trata de un desistimiento cuando la fiscalía requiere que el recurso de apelación interpuesto por sus funcionarios sea rechazado (Koblenz NStZ 94, 354).

3. Desistimiento y renuncia por representante

De acuerdo con el § 302, II, el defensor, para manifestar el desistimiento, necesita un poder expreso que, según el punto de vista correcto (cf. *KMR*-PLÖD, § 302, núm. marg. 22; discutido), no puede ser impartido válidamente junto con el poder general de defensa, sino sólo después de la condena. El mandato no requiere forma determinada alguna: puede ser impartido por escrito, oral o telefónicamente (BGH NStZ 95, 356, con comentario de EHRLICHER). Según la sentencia BGHSt 3, 46, el poder para desistir no comprende la facultad de renunciar, por lo que, antes bien, debe exigirse un segundo poder expreso. Sin embargo, a pesar de la existencia de tal poder, la renuncia a un recurso por parte del defensor no es eficaz si antes no consultó al acusado (Zweibrücken NStZ 87, 573; discutido). En cambio, de acuerdo al § 302, II, el defensor está facultado, incluso sin mandato expreso, para impugnar parcialmente (ver *supra* B, III); pues impugnar parcialmente no constituye una renuncia parcial, sino sólo una concreción de la impugnación, con la consecuencia de que el recurso de casación interpuesto de un modo limitado puede ser ampliado todavía hasta el vencimiento del plazo de interposición del § 341, I (BGHSt 38, 4; NStZ 93, 96).

4. Impugnación, retractación e ineficacia

a) Según la opinión dominante, las manifestaciones acerca del recurso –como actos procesales– son incondicionales (cf. BGHSt 5, 183), irretractables (sólo de la interposición se puede desistir, ver *supra* 2) e irrecurribles (ver BGHSt 5, 341; en general en contra PETERS, 249 y siguiente).

[2] BGHSt 23, 277; cf. también BayObLG NJW 73, 2308, con comentario de PETERS, JR 74, 252; sobre todos estos problemas, RIEß, JR 86, 441.

En tanto que el condenado sea procesalmente capaz, la ineficacia de su renuncia a recurrir no puede ser fundada en "el primer efecto impactante de la sentencia" o en la conmoción debida a la gravedad de la pena (BGH NStZ 97, 148).

b) Sin embargo, en la jurisprudencia y en la teoría ha sido desarrollada una serie de excepciones al *principio de la irrecurribilidad*, para el caso de la renuncia a recurrir, cuya delimitación es muy discutida en los supuestos particulares. El BGH trata a la renuncia no sólo como impugnable, sino, directamente, como ineficaz, cuando el tribunal no le concedió al acusado amplias oportunidades para reflexionar y asesorarse, lesionando con ello su deber de asistencia[3]. Pero la renuncia a recurrir, no exigida ni sugerida al acusado, no es ineficaz porque haya sido realizada precipitadamente y sin consultar al defensor (BGH NStZ-RR 97, 305). La renuncia también es ineficaz, si el acusado la ha manifestado sin que se le haya designado el defensor oficial exigido por el § 140 (Frankfurt StrV 91, 296; NStZ 93, 507; Düsseldorf StrV 93, 237; NStZ 95, 147; de otra opinión Hamburg NStZ 97, 53). Lo mismo rige cuando el imputado, que no domina el idioma oficial, renuncia al recurso en ausencia de su defensor (Hamm NJW 83, 530; Zweibrücken StrV 94, 362). Más allá de ello, en la doctrina jurídica se afirma la aplicación analógica del § 136a (así Eb. Schmidt, I, núms. margs. 208 y s.; *idem*, JR 62, 290) o del § 123, BGB (sobre esto también *RL*-Hanack, 25ª ed., § 136a, núm. marg. 14) cuando la renuncia a recurrir fue obtenida por engaño o amenazas. Esto, por cierto, ha sido rechazado por el BGH en un caso en el cual la fiscalía forzó la renuncia a través del requerimiento infundado de un mandato penal (BGHSt 17, 14), pero esto permite reconocer que tampoco para el BGH la inimpugnabilidad de los actos procesales, en caso de amenazas especialmente graves, es un principio infranqueable. La jurisprudencia de los OLG ha tendido a reconocer la ineficacia de la renuncia a recurrir cuando ella se refiere a un error del acusado causado por un órgano de la administración de justicia (cf. Frankfurt NJW 71, 949, con más detalles). En cambio, el BGH (StrV 94, 64) ha insistido en que un error de la fiscalía en ningún caso torna ineficaz la renuncia a recurrir fundada en ese error.

Yendo más allá de ello, en la literatura reciente se ha defendido la opinión de que los defectos de voluntad, en principio, tornan ineficaz a la renuncia (cf. solamente Dencker, 1972, 57). Esta afirmación sólo puede ser aprobada en tanto los defectos de la voluntad sean hechos valer dentro del plazo de interposición del recurso; pues el interés en la seguridad jurídica está, en gran medida, asegurado por los plazos.

c) Según la opinión dominante es inadmisible la retractación de la renuncia a recurrir o del desistimiento del recurso. Por el contrario, Specht (GA 77, 72) pretende admitir la retractación del desistimiento (no de la renuncia) dentro del plazo del recurso; ello, sin embargo, contradice el tenor literal del § 302, I (pues entonces el desistimiento, en contra de la palabra "eficaz", quedaría en el aire).

VI. Prohibición de la *reformatio in peius*

1. La prohibición de la *reformatio in peius*, que rige para apelación, casación y revisión (§§ 331, I; 358, II; y 373, II), significa que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo han recurrido el acusado, su representante legal o la fiscalía a su favor (de otro modo, si el acusado mismo renuncia a la protección de esta prohibición: cf. BGHSt 5, 316; Seibert, MDR 54, 341). Con esto se pretende lograr que nadie se abstenga

[3] BGHSt 18, 257; 19, 101; cf., sin embargo, Oldenburg GA 83, 139; ver también Robert Schmidt, JuS 67, 158; Dahs, *Schmidt-Leichner-FS*, 1977, 17.

de interponer un recurso por el temor de ser penado de un modo más severo en la instancia siguiente. Si la fiscalía pretende conseguir una pena más elevada siempre tendrá que interponer, para ello, un recurso en perjuicio del acusado (cf. BGH JZ 78, 245). En cambio, no existe una "prohibición de mejorar", sino que, antes bien, la decisión impugnada sólo por la fiscalía en perjuicio del acusado puede ser modificada a favor de éste (§ 301); ello rige también cuando es improcedente la apelación interpuesta por el acusado (BayObLG NStZ 94, 48).

2. De acuerdo con la formulación expresa de la ley, la prohibición de la *reformatio in peius* se refiere únicamente a la pena, pero no a la declaración de culpabilidad (de otra opinión Wittschier, 1986).

a) Por ello, si sólo el acusado ha recurrido, la segunda instancia, por sí misma, puede *corregir el fallo de culpabilidad* de primera instancia, en el que, p. ej., se condenó por hurto a 60 días-multa, de 50 DM cada uno, y condenar al acusado por robo a la misma pena de multa (y, además, rechazar su apelación). En cambio, es inadmisible una elevación posterior de los días-multa (también como aquí D. Meyer, NJW 79, 148; de otra opinión Schröter, NJW 78, 1302).

b) La modificación de una pena privativa de libertad en una *pena de multa* representará siempre –sin consideración a su gravedad– una punición atenuada, en tanto la pena privativa de libertad sustitutiva no supere la pena impuesta en primera instancia (cf. § 43, StGB). Correspondientemente, en las penas de multa puede ser elevado el monto de los días-multa (no el número) durante el procedimiento recursivo, si se suprime la inhabilitación para conducir impuesta según el § 44, StGB, en tanto ella –de todos modos una pena accesoria– represente una mayor carga económica (BayObLG NJW 80, 849). Por el contrario, la transformación de una pena de multa en pena privativa de la libertad es siempre una *reformatio in peius*; ello, sin embargo, no debería regir si las penas de multa y privativa de libertad deben ser unificadas en una pena privativa de libertad única (BGHSt 35, 208).

c) También existe una *reformatio in peius* cuando en la *pena única* sólo se agrava una pena individual incluida en ella (BGHSt 1, 252), porque ella puede volver a ser significativa en el caso de revocación posterior de la pena única, pero no sucede lo mismo si, a pesar de la eliminación en segunda instancia de un hecho que concurría realmente, es impuesta la misma pena total (BGHSt 7, 86).

d) Además, la prohibición de la *reformatio in peius* también es violada cuando la *suspensión condicional de la pena* es revocada (discutido; ver *KMR*-Paulus, § 331, núm. marg. 47) o si una pena privativa de la libertad de corta duración sin suspensión condicional es reemplazada por una más prolongada de ejecución condicional (Oldenburg MDR 55, 436; cf. también BGH NJW 55, 1847), pues del examen acerca de si existe un perjuicio surge a la vista, también, la posibilidad de que la suspensión de la pena sea revocada.

Las decisiones a las que se refieren los §§ 56a y ss. del StGB no pueden ser tomadas en la sentencia, sino, según el § 268a, por auto. Ellas no están comprendidas, según la literalidad del § 331, que sólo se aplica a las sentencias, por la prohibición de la *reformatio in peius*; es sumamente discutido si el § 331 debe aplicarse analógicamente a tales casos, algo que, en principio, debe ser aceptado por motivos vinculados al Estado de Derecho (Hamburg NJW 81, 470; Koblenz NStZ 81, 154; Loos, NStZ 81, 363); ello, sin embargo, no rige para las obligaciones y deberes posteriores que, según el § 56b, StGB, son, de todos modos, admisibles (BGH JZ 82, 514).

e) La prohibición de la *reformatio in peius* rige también para las *medidas* de seguridad y corrección, con excepción de la internación en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento educativo, que, según la interpretación del legislador, sólo puede ser provechosa y nunca perjudicial para el acusado. Dado que esta *ratio legis* no es correcta para la *internación de seguridad*, ella cae también bajo la prohibición de la *reformatio in peius* (BGHSt 25, 38, con comentario aprobatorio de Maurach, JR 73, 162).

VII. La reparación por el tribunal del recurso de decisiones omitidas en la instancia anterior

Si en el marco de *un único* hecho procesal, el primer tribunal ha olvidado una calificación jurídica, el tribunal del recurso puede reparar la decisión. En cambio, si el primer tribunal ha omitido juzgar un hecho procesal independiente, el tribunal del recurso no puede incluir ese hecho en su sentencia, porque él no ha sido llevado a su conocimiento. Si el primer tribunal ha juzgado un hecho por el que no existía acusación o por el cual no había sido abierto el juicio, el tribunal del recurso debe sobreseer en ese punto. Se debe rechazar la posibilidad de interponer una acusación suplementaria en la instancia recursiva, dado que ella perturbaría el desarrollo de esta instancia (discutible). Más detalladamente sobre estas cuestiones, MAYER-GOßNER, JR 85, 452; PALDER, JR 86, 94.

§ 52. El recurso de apelación

Bibliografía: *Beling*, Die Wiedereinführung der Berufung in Strafsachen, 1894; *Stumpf*, Die Berufung im deutschen Strafprozeß, 1988; *Nöldeke*, Zur Vereinfachung des Rechtsschutzes gegen die Verwerfungsurteile nach §§ 329 I und 412 StPO, Meyer-GS, 1990, 295; *Fezer*, Zum Verständnis der sog. Annahmeberufung, NStZ 95, 265; *Tolksdorf*, Zur Annahmeberufung nach § 313 StPO, Salger-FS, 1995, 393; *Großmann*, Die Annahmeberufung (§ 313 StPO), tesis doctoral, Köln, 1996; *Feuerhelm*, Die Annahmeberufung im Strafprozeß, StrV 97, 99; *Hettenbach*, Die Annahmeberufung nach § 313 StPO, 1997.

A. Concepto y procedencia

La apelación es un recurso amplio que conduce al *examen fáctico y jurídico*.

Son susceptibles de ser apeladas las sentencias de los AG (tribunales municipales), es decir, del juez penal (integración unipersonal) y del tribunal de escabinos (§ 312). Las sentencias de primera instancia de la Gran Cámara Penal y del tribunal de jurados, como así también las del OLG, no resultan, en ningún caso, apelables. Según el § 313, vigente desde el 1/3/1993, en el caso de agravios insignificantes (el supuesto más importante es la condena a pena de multa de no más de 15 días-multa o a una enmienda, § 313, I, 1), la apelación sólo se tramita si ella es concedida; esta concesión debe admitirse siempre que el recurso no sea manifiestamente infundado (§ 313, II). Los planes para ampliar la admisión de la apelación[1] no han sido concretados hasta ahora. En particular, cf. *infra* D.

[1] Cf., ante todo, el art. 2, nº 30, del "Proyecto de una 2ª Ley para el Descongestionamiento de la Administración de Justicia (sector penal)" presentado por el *Consejo Federal* (Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 13/4541 del 7/5/96); pormenores sobre ellos en FEUERHELM, StrV 97, 105 y siguiente. A favor de una aplicación, prevista exclusivamente de *lege ferenda*, de la admisión de la apelación a los casos en los que el proceso judicial fue iniciado por un mandato penal (§ 407), HATTENBACH, 1997, 191 y ss., 200.

Tribunal de apelación es siempre la Pequeña Cámara Penal, tanto cuando el juez penal ha sentenciado solo, como cuando lo ha hecho el tribunal de escabinos (cf. §§ 74, III, y 76, I, 1, GVG).

B. Puntos de vista de política jurídica

El valor de la regulación legal de la apelación es discutido. Resulta sorprendente a primera vista que justamente en los hechos punibles más graves y significativos, que en primera instancia pertenecen a la competencia de la Gran Cámara Penal, del Tribunal de Jurados o del OLG, le sea negada al acusado una segunda instancia fáctica. Sobre esta regulación legal se han formulado las consideraciones que siguen.

La composición más numerosa de los tribunales superiores posibilita un enjuiciamiento más cuidadoso y, con ello, torna superfluo un segundo juicio oral. También, por regla, con motivo de las investigaciones de la etapa preparatoria, el objeto del proceso resulta ya fundamentalmente aclarado. Esto hace que los procesos por casos cotidianos de criminalidad de mediana gravedad, que caen bajo la competencia del AG, sean necesariamente sumarios.

A pesar de ello, justamente en los delitos de importancia capital, y a causa de que en ellos las consecuencias jurídicas son especialmente graves, se exige una segunda instancia fáctica. En cambio, se le niega todo valor a la apelación en los demás casos, dado que, con el correr del tiempo, las posibilidades de la prueba serían cada vez peores y, con ello, no habría garantía alguna de una mejor justicia a través de la segunda instancia de mérito. También se sostiene que los jueces de primera instancia, precisamente a causa de la posibilidad de la apelación, trabajan con menos cuidado, ya que saben que existe una segunda instancia de mérito. A través de la aceptación de la apelación, el momento central del proceso penal es trasladado a la segunda instancia. La necesidad de la instancia de apelación es puesta en duda también (JEROUSCHEK, GA 92, 514) debido a que los tribunales de casación, en contra de la concepción legal originaria, examinan cada vez más las comprobaciones fácticas de la primera instancia (*infra* § 53, D, II).

C. Interposición del recurso de apelación

I. Lugar de presentación, plazo y fundamentación

1. La apelación debe ser interpuesta, dentro del plazo de una semana, ante el tribunal de primera instancia (el *iudex a quo*) (§ 314).

En el supuesto de que el acusado esté ausente durante el juicio oral de primera instancia del cual surge la condena (§ 232), tiene, dado el caso, dos medios de impugnación: por un lado, la reposición al estado anterior (§ 235) y, por el otro, la apelación (§ 315, I). De acuerdo con el § 315, I, el comienzo del plazo para la interposición del recurso de apelación no es postergado para que el acusado pueda pedir la reposición al estado anterior. Por ello, el acusado debe interponer la reposición conjuntamente con la apelación, para el supuesto de que la reposición intentada sea rechazada (§ 315, II).

La *fundamentación* de la apelación (de forma contraria a lo que sucede con la casación –§ 344– y con la apelación en el proceso civil –§ 519, ZPO–) no está prevista como obligatoria (§ 317). Es procedente la limitación del recurso de apelación a determinados puntos de agravio (§ 318; sobre esto *supra* § 51, B, III). Sin embargo, la apelación no se puede restringir a la cuestión jurídica, porque solamente el fallo de culpabilidad como tal puede pasar en autoridad de cosa juzgada parcial (§ 316), no así la comprobación de los hechos como tal. No obstante, en la apelación es posible una limitación de la materia procesal, adoptada de común acuerdo (MILZER, NStZ 93, 69).

2. Si la apelación es interpuesta *tardíamente*, es rechazada por improcedente por el tribunal de primera instancia y por auto (§ 319, I). Contra esta resolución el recurrente, dentro de una semana desde la notificación, puede requerir la decisión del tribunal de apelación (§ 319, II).

Si la apelación es interpuesta en plazo, el tribunal de primera instancia presenta el expediente ante la fiscalía, quien lo remite a la fiscalía del tribunal de apelación, la que a su vez, dentro del plazo de una semana, lo entrega al presidente del tribunal (cf. §§ 320 y 321).

II. Designación posterior del recurso

Por regla general, dentro del plazo de interposición del recurso, el acusado no podrá ni querrá establecer, si pretende atacar los fundamentos jurídicos y fácticos de la sentencia, o sólo las conclusiones jurídicas, pues es común que los fundamentos escritos de la sentencia sólo le sean entregados después de la expiración del plazo de interposición. Por ese motivo, y por consideraciones de economía procesal, el BGH, en contraposición a la jurisprudencia de la época del RG, que exigía la designación inequívoca e indudable de todos los actos procesales, sostiene como procedente que una sentencia sea impugnada primero en general y que sólo después sea *individualizado* el recurso, *sin consecuencias de caducidad* (BGHSt 2, 63), o que, hasta el vencimiento del plazo para la fundamentación del recurso de casación, se pueda transformar en tal al recurso designado como apelación originariamente (BGHSt 5, 338) o dejado abierto desde el comienzo (Celle JR 82, 38, con comentario de MEYER). Si el recurso de apelación se tramita antes del transcurso del plazo para fundar la casación, al acusado se lo priva de su derecho a elegir; esto conduce, en la casación, a la anulación y renovación del derecho de elección (Frankfurt NStZ 91, 506).

Algo distinto sucede si el recurrente pretende que su recurso, originariamente interpuesto como casación, sea entendido luego como apelación, pues aquí no se ahorra una instancia posterior, sino que se la añade

ulteriormente. A pesar de ello, el BGH admite, en interés del condenado, también su transformación en recurso de apelación, si la casación fue escogida "precipitadamente" y todavía no se ha tomado decisión definitiva al respecto (BGHSt 13, 388). Esto debe ser aceptado sin excepciones[2]. Si, en el caso de una impugnación de la sentencia incialmente indeterminada, la elección del recurso no es llevada a cabo dentro del plazo de fundamentación de la casación (§ 345), entonces se abre a trámite la apelación (*LR*-HANACK, 24ª ed., § 335, núm. marg. 9; *Kl/M*, § 335, núm. marg. 4; Köln MDR 80, 690). Lo mismo rige, a causa de la lesión del principio de asistencia procesal, cuando el tribunal le ordena al imputado precisar su recurso como casación, sin explicarle en absoluto la diferencia exacta entre apelación y casación (Köln NStZ 92, 204).

D. Examen previo a través del tribunal de apelación

I. Rechazo como inadmisible

El tribunal de apelación puede *rechazar* el recurso como *inadmisible*, por auto, con el fundamento de que no han sido observadas las disposiciones sobre interposición (§ 322, I), p. ej., si el recurso ha sido interpuesto tardíamente. En caso de duda sobre el momento de la interposición, el recurso debe ser declarado admisible (BGH NJW 60, 2202; Karlsruhe NJW 81, 138; discutido). La resolución que rechaza el recurso es impugnable con la queja inmediata (§ 322, II). De modo distinto a lo que sucede con el juez municipal (cf. *infra*, C, I, 2), la Cámara Penal puede dictar la resolución de inadmisibilidad no sólo ante la interposición tardía, sino también ante la existencia de todos los demás motivos de inadmisibilidad (p. ej., debido a la inobservancia de la forma prevista por el § 314).

II. Admisión del recurso

En los casos del § 313, I, el tribunal de apelación tiene que decidir previamente sobre la admisión del recurso. Por esta regulación son afectadas las condenas a pena de multa de no más de 15 días-multa o a multa por una contravención, pero también las advertencias con reserva de pena cuando ésta no supera los 15 días-multa (1ª frase), como también las absoluciones y sobreseimientos en los cuales la fiscalía no hubiera solicitado una pena de multa mayor a 30 días-multa (2ª frase)[3]. En ello, la 1ª fra-

[2] BGHSt 17, 44; Düsseldorf JZ 84, 756; Zweibrücken GA 85, 280; de otra opinión Düsseldorf MDR 85, 518. Un caso de individualización indudable del recurso lo brinda Düsseldorf StrV 96, 370.

[3] Es discutible si esto rige también cuando la fiscalía había requerido ya la absolución (afirmativamente Hamm, NStZ 96, 455; Köln NStZ 96, 150; en cambio, lo niega Karlsruhe StrV 97, 69). En contra de ello habla el hecho de que el requerimiento de absolución no indica, necesariamente, que se trate de un delito de bagatela.

se sólo se refiere a la apelación del acusado y al recurso interpuesto por la fiscalía en su favor. La apelación de la fiscalía interpuesta a favor del acusado es regulada concluyentemente en la 2ª frase; así, el límite de 15 días-multa carece, por ello, de importancia (TOLKSDORF, 1995). Si la fiscalía requirió la absolución el § 313, I, no puede ser aplicado, tampoco analógicamente (Koblenz NStZ 94, 601). En caso de falta de fundamentación manifiesta, el recurso, cuya admisión resultaría muy cuestionable (TOLKSDORF, 1995; más detalladamente sobre la extensión del examen, FEUERHELM, StrV 97, 102 y ss.), debe ser rechazado por inadmisible en lugar de ser concedido (§ 313, II). Si el tribunal, a requerimiento de la fiscalía, pretende rechazar la admisión, antes debe escuchar al recurrente, de acuerdo con el § 103, I, GG (München StrV 94, 237; de otra opinión Koblenz NStZ 95, 251). La decisión se dicta en forma de auto (§ 322a, 1ª frase; ver también § 322, I, 2, 2° párr.), es irrecurrible y, en el caso de la admisión, no requiere fundamentación (§ 322a, frase 2ª y 3ª). Sin embargo, si no se presenta el supuesto del § 313, I, contra el rechazo de la concesión de la apelación es procedente la queja inmediata[4]. El § 313, III, trata de las particularidades en el ámbito del Derecho contravencional.

E. Audiencia oral

I. Preparación de la audiencia oral

Las medidas para la preparación de la audiencia oral de la apelación son, en lo esencial, análogas a las previstas para el juicio oral en primera instancia (§ 323, I). Deben ser observadas las *particularidades* siguientes:

1. La convocatoria de los testigos y peritos que ya fueron interrogados en primera instancia puede omitirse, cuando la repetición del interrogatorio no parezca indispensable para el esclarecimiento de los hechos. Así, se debe tomar en consideración a las personas designadas por el acusado para justificar su apelación (§ 323, II, IV).

2. Se admite ilimitadamente nuevos medios probatorios (§ 323, III).

II. Desarrollo de la audiencia

La audiencia oral transcurre, en general, igual que en *primera instancia* (§ 332), aunque con las *diferencias* siguientes:

1. No se realiza la lectura de la acusación, sino de un informe sobre los resultados del procedmiento hasta ese momento. De este modo, la sentencia impugnada debe ser leída en tanto ello sea relevante para la apelación; se puede prescindir de la lectura de los fundamentos de la sentencia si la fiscalía, el defensor y el acusado renuncian a ello (§ 324, I).

[4] Koblenz und Zweibrücken NStZ 94, 601; Köln NStZ 96, 150; Hamm NStZ 96, 455 como también FEUERHELM, StrV 97, 104.

Si la lectura del informe y la sentencia fueran olvidados, esa lesión del § 324, I, conduce, por regla (esto es, por lo menos en los casos complejos), a la anulación, pues no se puede descartar una desorientación de los escabinos, que influya en el procedimiento (Hamburg NStZ 85, 379). Cf., acerca de la problemática análoga de la omisión de la lectura de la acusación en primera instancia, *supra*, § 42, B, II.

2. El principio de inmediación (§ 250) es restringido, en tanto se permite la lectura de las actas de lo declarado por los testigos interrogados en primera instancia (por ello está prevista la incorporación en el acta del juicio del contenido esencial de las declaraciones testimoniales; cf. *supra* § 49). Esta lectura no es procedente sin la aprobación de ambas partes procesales, cuando el testigo ha sido previamente citado para reiterar su declaración o ello ha sido requerido por el acusado (§ 325). Si la declaración no fue solicitada o si el acusado ha declarado expresamente estar de acuerdo con la lectura, el tribunal debe, de todos modos, interrogar personalmente a los testigos, debido a su deber de investigación (§ 244, II), si se trata de una declaración decisiva (Zweibrücken NJW 82, 117; Koblenz StrV 82, 65; Frankfurt StrV 87, 524). Por lo demás, también en el procedimiento de la apelación es posible la renuncia a la lectura de las piezas escritas (§§ 332, 249, II; cf. *supra* § 44, B, I, 1).

3. En los alegatos finales, el recurrente tiene la primera palabra (el representante de la fiscalía si ésta y el acusado han recurrido, § 326). La última palabra la tiene siempre el acusado.

III. Objeto de la audiencia

En consonancia con el carácter de la apelación, en la audiencia oral, si concurren los requisitos procesales, se lleva a cabo siempre un nuevo enjuiciamiento de la causa. Así, no se examina solamente si la decisión de primera instancia era correcta o no lo era, de acuerdo con los fundamentos del material fáctico entonces existente. Antes bien, son admitidos nuevos medios de prueba (p. ej., nuevos testigos) y también pueden ser considerados hechos introducidos posteriormente, como, p. ej., en una imputación por lesiones culposas, la muerte del lesionado ocurrida después de la sentencia de primera instancia. Por ello, la instancia de apelación es, en cierto modo, una segunda primera instancia.

F. La decisión del tribunal de apelación

I. Sentencia procesal

El tribunal de apelación *examina*, en primer lugar, los *presupuestos procesales*. Si ellos faltan, rechaza la apelación por auto como *inadmisible* (sentencia procesal). Esto también es posible en el caso del § 322, dado que el tribunal de apelación no tiene que hacer uso de esa posibilidad de rechazo (disposición potestativa); pero la resolución sobre la admisión de la apelación (§ 313) sólo puede ser dictada por auto (§§ 322, I, 2, 2° párr., y 322a, 1ª frase).

II. Sentencia sobre el hecho

De lo contrario, se dicta una *nueva sentencia* (cf. *supra* E, III).

1. Así, si el tribunal de apelación considera que la sentencia de primera instancia es correcta, debe *rechazar* la apelación por *infundada*.

2. En cambio, si la considera fundada, tiene que, por regla general y por revocación de la sentencia, *conocer* en la *causa* él mismo (§ 328, I).

Desde la sanción de la StVÄG de 1987 ya no es posible un reenvío facultativo de la causa a la instancia inferior, como lo preveía el anterior § 328, II. En cambio, el § 328, II, establece, al igual que antes, *un* supuesto de reenvío obligatorio: si el AG ha asumido indebidamente su competencia (esto es, si ha sobrepasado su poder penal; cf. § 24, II, GVG, y *supra* § 7, A, III, 1) el tribunal de apelación, por auto (BGHSt 26, 108), debe anular la sentencia de primera instancia y remitir la causa al tribunal competente.

En caso de reenvío, el tribunal de primera instancia no está vinculado por la opinión jurídica del tribunal de apelación. Esto resulta de la interpretación *a contrario sensu* del § 358, I, en cuanto establece expresamente la vinculación a la opinión jurídica del tribunal de casación.

3. Si contra la condena de primera instancia interponen apelación tanto la fiscalía (con el fin de obtener una pena mayor) como el acusado (con el fin de conseguir la absolución), el tribunal de apelación debe decidir independientemente sobre cada apelación. Así, en caso de que se conceda razón a la apelación del acusado, se debe decidir mediante el tenor siguiente: "Se rechaza la apelación de la fiscalía. A la apelación del acusado: se revoca la sentencia del tribunal municipal –tribunal de escabinos– de Goslar del 29/1/1998, y el acusado es absuelto, con imposición de costas al tesoro estatal".

4. En el § 329 se regula una sentencia procesal penal similar *a una sentencia contumacial* del Derecho civil.

a) Si el *acusado* ha interpuesto apelación, pero al momento de comenzar la audiencia oral no se ha presentado, ni tampoco su representante, en los casos en los que la representación es admitida[5], y dicha ausencia no está suficientemente justificada (¡según comprobaciones cuidadosas!), la apelación deber ser *rechazada inmediatamente*, es decir, sin recepción de la prueba. De todos modos, tanto los alegatos finales de la fiscalía y de la defensa como la deliberación deben ser llevados a cabo (Köln StrV 96, 13).

Si el recurrente, para disculparse, presenta un certificado médico, el tribunal sólo podrá rechazar la apelación si comprueba su falta de credibilidad; las dudas no pueden ser cargadas al acusado (Frankfurt GA 87, 513) y deben ser esclarecidas con el sistema de prueba libre (Düsseldorf StrV 94, 364).

Si el acusado, como disculpa, sólo presenta un certificado médico, no específico, acerca de su incapacidad laboral, ello debe conducir, según la sentencia Karlsruhe NStZ 94, 141, a una desvinculación concluyente del deber de secreto del médico (¡cuestionable!); el tribunal tendría que poder requerir del médico una información más detallada sobre el tipo de enfermedad.

[5] §§ 234, 411, II; cf., discutible, por un lado BGHSt 25, 165, y, por el otro BayOLGSt 1977, 177, en caso de disponerse la comparecencia personal según el § 236.

El precepto del § 329 trata de impedir que el acusado, sustrayéndose a la audiencia, retrase la decisión sobre su recurso. Para tal lesión del deber de asistencia (sobre ello, ver *supra* § 42, F) el § 329, I, dispone una sanción procesal grave, en forma de la pérdida del recurso, que puede ser comparada, en sus efectos, con la llamada segunda sentencia en rebeldía del proceso civil (ver §§ 542, 345, 566, 513, II, ZPO). La 1. StVRG ha ampliado considerablemente el deber de rechazar el recurso, al introducirlo no sólo para el caso de que el acusado falte a la primera audiencia oral, sino también en caso de incomparecencia a cualquier audiencia (incluso las posteriores). En ello, el nuevo § 329, I, 2, sólo incluye una excepción para el supuesto de reenvío por parte del tribunal de casación, con el fin de no dejar sin efecto a la decisión de fondo del tribunal de casación. Es discutible si ello rige también cuando la sentencia de apelación es una sentencia procesal[6].

Similar al caso de la ausencia injustificada es el supuesto en que el acusado asista a la audiencia oral en *estado de incapacidad procesal* provocado por él mismo (a saber, ebrio). Pues de este modo también se sustrae a la audiencia (ver *supra* § 21, B, III, 1) y del tenor literal del § 329 tampoco surgen reparos para que se considere, en sentido jurídico, como incompareciente a un sujeto del procedimiento procesalmente incapaz (BGHSt 23, 331; Küper, JuS 72, 127; además el § 329 apoya esta interpretación, Meyer-Goßner, NStZ 81, 113). No obstante, el tribunal, antes de rechazar la apelación, siempre tiene que examinar cuidadosamente, también, si el provocar la propia incapacidad pretende "chicanear" la audiencia o si tal situación no pudo ser prevista por él. El rechazo del recurso tampoco es admisible cuando la incapacidad procesal sólo es detectada en el transcurso posterior de la audiencia (Celle StrV 94, 365). Así, tampoco la manifestación seria de un intento de suicidio es un supuesto del § 329, I, 1, dado que un hecho desesperado no puede ser interpretado como una dilación culpable del procedimiento (Koblenz NJW 75, 322; sobre los efectos procesales de los intentos de suicidio, cf. también *supra* § 42, F, I, 3, a). Si el defensor comparece, pero no puede sostener nada sobre la causa, porque el acusado no lo ha instruido suficientemente, la apelación no puede ser rechazada de acuerdo con el § 329, I, 1 (BayObLG NStZ 81, 112, con comentario crítico de Meyer-Goßner). Lo mismo rige si el defensor no se manifiesta sobre la causa por otras razones (KG JR 85, 343). La apelación tampoco puede ser rechazada si el acusado comparece, con holgado retraso, justo en el momento en el que el tribunal pretendía rechazar su recurso (Oldenburg MDR 85, 430).

b) Si la *fiscalía* es la que ha apelado y a la audiencia faltan injustificadamente el acusado o, dado el caso, su representante, según el § 329, II, el acto se puede llevar adelante sin el acusado (sobre el desistimiento de la apelación por la fiscalía en tales casos, cf. § 329, II, 2). Si el tribunal realiza la audiencia sin el acusado, el fallo de culpabilidad no está restringido a los límites de pena que establecen los §§ 232 y 233. El acusado está, de todos modos, protegido por el § 244, II; pero el tribunal tiene que ins-

[6] En contra, BGHSt 27, 236, con comentario aprobatorio de Küper, JZ 78, 205; Gollwitzer, JR 76, 379, y *LR*-Gollwitzer, 24ª ed., § 329, núm. marg. 81; a favor, Hamburg JR, 76, 378.

truir al acusado acerca de un posible cambio en la calificación jurídica y debe examinar si el deber general de investigación no exige conocer el paradero del acusado en el caso concreto (así, con razón, BGHSt 17, 391; Hamburg StrVV 82, 558).

c) Para los grupos de casos de a) y b), la aplicación del § 329 presupone que el acusado ha sido advertido expresamente, en la citación, sobre las consecuencias de su inasistencia (§ 323, I, 2; no sólo con la mera remisión a una citación anterior, Koblenz NJW 81, 2074). Si, no obstante, el acusado falta injustificadamente a la audiencia y la apelación no es rechazada, según el § 329, I (¡en los casos del § 329, I, 2!), o es realizada la audiencia, de acuerdo con el § 329, II, en ausencia del acusado, el § 329, IV, autoriza, en caso de que sea necesario, la conducción forzada o la detención del acusado (sobre esto, MICHEL, MDR 91, 933).

d) En los dos casos precedentes, el acusado puede requerir, dentro del plazo de una semana, la reposición al estado anterior contra la falta de realización de la audiencia de apelación, si su inasistencia no le es reprochable (§ 329, III).

En aplicación analógica del § 44, esto rige directamente sólo cuando el acusado no fue citado en absoluto o no fue citado correctamente (WENDISCH, JR 76, 426; *LR*-GOLLWITZER, 24ª ed., § 329, núm. marg. 117; Celle JA 79, 121; Hamm NStZ 82, 521, ambos con comentario en contra de K. MEYER; según la sentencia Karlsruhe JR 81, 129 [con comentario crítico de WENDISCH], el tribunal debería poder declarar caduca su sentencia; por otra parte, el KG JR 76, 425, pretende admitir sólo la casación para tales casos).

Conjuntamente, según el BGH, el acusado también puede interponer casación, conforme a las disposiciones generales, recurso con el cual, sin embargo, sólo puede hacer valer que se ha cometido una lesión jurídica en la aplicación del § 329 por parte del tribunal de apelación, p. ej., si se ha considerado erróneamente como insuficiente la justificación aportada tempestivamente (cf. BGHSt 17, 391, 397; 23, 331, 336).

§ 53. La casación

Bibliografía: *Beling*, Rev. wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verf. im Strafprozeß, Binding-FS, 1911, II, 87; *Mannheim*, Beiträge zur Lehre von der Rev. wegen materiellrechtl. Verstöße im Strafverf., 1920; *Pohle*, Rev. und neues Strafrecht, 1930; *Lauterjung*, Die Einheit der Rspr. innerhalb der höchsten Gerichte, 1932; *Löwenstein*, Die Rev. in Strafsachen, 3ª ed., 1933; *Schwinge*, Grundlagen des Rev.rechts, 2ª ed., 1960; *Warda*, Dogmatische Grundlagen des richterl. Ermessens im Strafrecht, 1962; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entsch. in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962; *Sarstedt*, Konkurrenz von Rev.rügen, H. Mayer-FS, 1966, 529; *idem*, Zum Rev.grund der - ohne sonstige Rechtsfehler - ungerecht bemessenen Strafe, Engisch-FS, 1969, 708; *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969; *Rudolphi*, Die Revisibilität von Verf.mängeln im Strafprozeß, MDR 70, 93; *Batereau*, Die Schuldspruchberichtigung, 1971; *Haddenhorst*, Die Einwirkung der Verf.rüge auf die tatsächl. Feststellungen im Strafverf., 1971; *Frisch*, Rev.rechtl. Probleme der Strafzumessung, 1971; *Mohrbotter*, Grenzen der Bindung an aufhebende Entsch. im Strafprozeß, ZStW 84 (1972), 612; *Frisch*, Ermessen, unbestimmter Begriff und "Beurteilungsspielraum" im Strafrecht, NJW 73, 1345; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2ª ed., 1974; *idem*, Zum "Toleranzbereich" bei der rev.gerichtl. Kontrolle des Strafmaßes, Henkel-FS, 1974, 273; *Cramer*, Zur Berechtigung absoluter Rev.gründe, Peters-FS, 1974, 239; *Geerds*, Rev. beim Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze, *ibidem*, 267; *Fezer*, Die erweiterte Rev. - Legitimierung der Rechtswirklichkeit?, 1974; *Otto*, Möglichkeit und Grenzen der Rev. in Strafsachen, NJW 78, 1; *Rieß*, Zur Revisibilität der freien tatrichterl. Überzeugung, GA 78, 257; *Peters*, Der Wandel im Rev.recht, Schäfer-FS, 1980, 137; *Kruse*, Die "offensichtlich" unbegründete Rev. im Strafverf., tesis doctoral, Göttingen, 1980; *Bohnert*, Ordnungsvorschriften im Strafverf., NStZ 82, 5; *Gössel*, Über die Folgen der Aufhebung von Berufungsurteilen in der Rev.instanz, JR 82, 270; *Hanack*, Die Verteidigung vor dem Rev.gericht, Dünnebier-FS, 1982, 301; *Schmidhäuser*, Die "Gesetzesverletzung", *ibidem*, 407; *Rieß*, Über Aufhebungsgründe in Rev.entsch. des BGH, NStZ 82, 49; *Schünemann*, Grundfragen der Rev. im Strafprozeß, JA 82, 71, 123; *Bohnert*, Beschränkungen der strafproz. Rev. durch Zwischenverf., 1983; *Gribbohm*, Das Scheitern der Rev. nach § 344 StPO, NStZ 83, 97; *ter Veen*, Die Beschneidung des Fragerechts der Verteidigung als absoluter Rev.grund, StrV 83, 167; *Römer*, Die Beschlußverwerfung wegen offensichtl. Unbegründetheit der Rev. (§ 349 II StPO), MDR 84, 353; *Paeffgen*, "Ermessen" und Kontrolle usw., Peters-FG II, 1984, 61; *Frohne*, Zur Zweckmäßigkeit der absoluten Rev.gründe im Strafprozeß, tesis doctoral, Göttingen, 1984; *Müller*, Zum Problem der Verzichtbarkeit und Unverzichtbarkeit von Verf.normen im Strafprozeß, tesis doctoral, Göttingen, 1984; *Herdegen*, Tatgericht und Rev.gericht, Kleinknecht-FS, 1985, 173; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Die rev.gerichtl. Rspr. der Strafsenate des BGH (recop. de artículos), 1986; *Krehl*, Die Begründung des Rev.verwerfungsbeschlusses nach § 349 II StPO, GA 87, 163; *Kindhäuser*, Rügepräklusion durch Schweigen im Strafverf., NStZ 87, 529; *Hamm*, Tendenzen der rev.gerichtl. Rspr. aus anwaltl. Sicht, StrV 87, 262; *Rieß*, Statist. Erhebungen zur Rev.rechtspr. des BGH, StrV 87, 269; *Niemöller*, Besetzungsrüge und "Willkürformel", StrV 87, 311; *Schoreit*, Die Beschlußverwerfung der Rev. gem. § 349 II StPO und die StA, Pfeiffer-FS, 1988, 397; *Maul*, Die Überprüfung der tatsächl. Feststellungen durch das Rev.gericht in der neueren Rspr. des BGH, *ibidem*, 409; *Küper*, Rev.gerichtl. Nachprüfung ohne Sachrüge, *ibidem*, 425; *Neumann*, Die Abgrenzung von Tatfrage und Rechtsfrage, GA 88, 387; *Pfützner*, Bindung der Rev.gerichte an vorinstanzl. Feststellungen im Strafverf., 1988; *Meyer-Goßner*, Hinweise zur Abfassung des Strafurteils aus rev.rechtl. Sicht, NStZ 88, 529; *Schmidt-Hieber*, Grundlagen der strafrechtl. Rev., JuS 88, 710, 794; 89, 41; *Hanack*, Zum Verf.ausgang nach erfolgreicher Rev., Tröndle-FS, 1989, 495; *Krauth*, Erwägungen zur Vereinfachung des Strafverf. nach der Rev., *ibidem*, 513; *Kodde*, Zur Praxis der Beschlußverwerfung von Rev. (§ 349 II StPO), 1989; *Schulte*, Die Gewährung rechtl. Gehörs in der Praxis des Rev.verf. in Strafsachen, Rebmann-FS, 1989, 465; *Alberts*, Die Feststellung doppelt relevanter Tatsachen in der strafproz. Rev.instanz, 1990; *Burgmüller*, Das Beruhen des Urteils auf der Gesetzesverletzung als Regulativ im Rev.recht, 1990; *Herdegen*, Die Beruhensfrage im strafproz. Rev.recht, NStZ 90, 513; *Schlüchter*, Zum normativen Zusammenhang zwischen Rechtsfehler und Urteil, Krause-FS, 1990, 485; *Schroth*, Der Ausgleich divergierender obergerichtl. Entsch., JR 90, 93; *W. Bauer*, Die "natürl. Stufung der Verf.vorschriften" (BGHSt 11, 213, 214) und die zivilrechtl. Schutzzwecklehre, wistra 91, 95; *Blaese*, Die Förmlichkeiten der Rev. in Strafsachen, 3ª ed., 1991; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Grundprobleme des Rev.verf. (recop. de artículos), 1991; *Fezer*, Grenzen der Beweisaufnahme durch das Rev.gericht, Hanack-FS,

1991, 89; *Rieß*, Hinweise an den Tatrichter bei der Zurückverweisung durch das Rev.gericht, *ibidem*, 353; *Widmaier*, Wohin entwickeln sich die absoluten Rev.gründe?, *ibidem*, 77; *Wollweber*, Die innerproz. Bindungswirkung vom Rev.gericht aufrechterhaltener tatrichterl. Feststellungen (§ 353 Abs. 2 StPO), 1991; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit (recop. de artículos sobre casación), 1992; *Herdegen*, Die Überprüfung der tatsächl. Feststellungen durch das Rev.gericht auf Grund der Sachrüge, StrV 92, 527; *idem*, Die Überprüfung der tatsächl. Feststellungen durch das Rev.gericht auf Grund einer Verf.rüge, StrV 92, 590; *Naucke*, Die Einstellung gem. § 153 Abs. 2 StPO in der Rev., StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 459; *idem*, Der Rev.richter in Strafsachen, en: Der Richter in Strafsachen, 1992, 107; *Oberrath*, Die Probleme des § 357 StPO, 1992; *Paulus*, Proz. Wahrheit und Rev., Spendel-FS, 1992, 687; *Schlothauer*, Unvollständige und unzutreffende tatrichterl. Urteilsfeststellungen, StrV 92, 134; *Temming*, Die Rev. gegen Urteile von DDR-Gerichten, NStZ 92, 112; *Ventzke*, § 344 II 2 - Einfallstor rev.gerichtl. Gutdünkens, StrV 92, 338; *Weber-Petras*, Ordnungs- und Sollvorschriften im Strafprozeßrecht, 1992; *Zwiehoff*, Zur Begründungspflicht des Richters bei offensichtl. unbegründeter Rev., en: Der Richter in Strafsachen, 1992, 119; *Deutscher Anwaltverein* (comp.), Rechtsgestaltende Wirkung des Rev.rechts (recop. de artículos sobre casación), 1993; *Lilie*, Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen, 1993; *Pelz*, Die rev.gerichtl. Überprüfung der tatrichterl. Bew.würd., NStZ 93, 361; *R. Rebmann*, Die Revisibilität der Erfahrung im Strafprozeß, tesis doctoral, Gießen, 1993; *Tolksdorf*, Die unterbliebene Unterbringung gem. § 64 StGB und ihre Überprüfung im Rev.verf., Stree/Wessels-FS, 1993, 753; *Luther*, Freie Beweiswürdigung und ihre rev.gerichtl. Überprüfung im Strafverf., NJ 94, 294, 346; *Wagner*, Die Beweiswürdigungspflicht im tatrichterl. Urteil im Falle der Verurteilung, ZStW 106 (1994), 259; *Basdorf*, Änderungen des Beweisantragsrechtes und Revision, StrV 95, 312; *Dahs*, Die Revisionsbegründung - Puzzle oder Glücksspiel?, StraFo 95, 41; *idem*, Neue Aspekte zu § 344 II, Salger-FS, 1995, 217; *Frisch*, Zur Bedeutung des Beweisrechts und des Rechtsmittelrechts für die Revisibilität von Verfahrensmängeln, Rudolphi-S. 1995, 173; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision, 1995; *idem*, Die Rüge der Nichtausschöpfung eines Beweismittels, Salger-FS, 1995, 301; *Krause*, Die Revision im Strafverfahren, 4ª ed., 1995; *G. Schäfer*, Freie Beweiswürdigung und revisionsrechtliche Kontrolle, StrV 95, 147; *Braum*, Geschichte der Revision im Strafverfahren von 1877 bis zur Gegenwart, 1996; *Guise-Rübe*, Das Nachschieben von Verfahrensrügen in der Revision des Strafprozesses und die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, tesis doctoral, Göttingen, 1996; *Ziegert*, Die prozessuale Wahlfeststellung, StrV 96, 279; *Eisenberg*, Über Grenzen der Bindung gemäß § 358 I StPO, StraFo 97, 129; *Hartwig*, Sprungrevision bei Nichtannahme der Berufung, NStZ 97, 111; *Momsen*, Verfahrensfehler und Rügeberechtigung im Strafprozeß, 1997; *Nack*, Aufhebungspraxis der Strafsenate des BGH - 1992 bis 1995 -, NStZ 97, 153; *Sarstedt/Hamm*, Die Rev. in Strafsachen, 6ª ed., 1998.

Sobre la reforma, cf. *infra* § 72, F, III.

A. Concepto y procedencia del recurso de casación

I. La casación es un *recurso limitado*. Permite únicamente el *control in iure*. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal. Así, la casación es, en contraposición a la apelación, que ha sido designada como una "segunda primera instancia", un auténtico procedimiento en segunda instancia.

II. 1. *Revisables en casación* son todas las sentencias que no sean, en sí mismas, una sentencia de casación, a saber (§§ 333, 335):

a) las sentencias de primera instancia del OLG;

b) las sentencias del Tribunal de Jurados;

c) las sentencias de primera instancia de la Gran Cámara Penal;

d) las sentencias de apelación de la Pequeña Cámara Penal;

e) las sentencias de los AG (del juez y del tribunal de escabinos).

2. Para la interposición de recursos contra sentencias del *Amtsgerichts* existen dos posibilidades:

a) el agraviado puede interponer contra ellas el recurso de apelación y, posteriormente, casación contra la sentencia dictada en la instancia de apelación; o

b) impugnar la sentencia del *AG* inmediatamente a través del recurso de casación. Dado que en ese caso es "eludido" el tribunal de apelación (*LG*), se habla de casación *per saltum* (§ 335). Depende de la decisión del recurrente la elección entre ambas posibilidades –a) o b)– (por eso: *casación por elección*). Si el recurrente sólo quiere atacar los fundamentos fácticos de la sentencia del *AG*, entonces interpondrá apelación. Por el contrario, si denuncia lesiones al Derecho material o formal, interpondrá entonces casación *per saltum*.

Después de la recepción de la apelación (cf. *supra* § 52 A, D), en muchos casos se formula la pregunta acerca de si todavía puede ser ejercida la casación *per saltum*, aun después de dictada la resolución que, según el § 313, I, 1, no se pronuncia sobre la admisión de la apelación o directamente la rechaza; pues según el § 335, I, 1, la casación *per saltum* sólo está prevista para "sentencias que admiten ser recurridas en apelación" y, sin embargo, de acuerdo con el § 313, I, 1, en los casos allí llamados de criminalidad menor "la apelación sólo es procedente si ha sido admitida". Mientras que *Kl/M* (§ 335, núm. marg. 21) consideran aquí a la presentación y recepción de la apelación como presupuestos irrenunciables de la casación *per saltum* (y por eso el paso a la casación es todavía posible hasta el vencimiento del plazo para fundarla), en contra de esta interpretación, inspirada sólo en la literalidad de las palabras, se debe partir del hecho de que la casación *per saltum* también puede ser interpuesta aunque antes no haya sido ejercida la apelación o aunque, si bien fue interpuesta, no se ha resuelto todavía sobre su aceptación (así, p. ej., BayObLG StrV 93, 572; Zweibrücken NStZ 94, 203; Karlsruhe StrV 94, 292; SIEGISMUND/WICKERN, wistra 93, 89; TOLKSDORF, *Salger-FS*, 1995, 402 y siguientes). La palabra "admisible" en el § 335, I, debe ser entendida en el sentido de "procedente" y, por ello, tiene en mira sólo los presupuestos del § 312, y no se refiere también a las exigencias del § 313; esto resulta no sólo del origen histórico del § 313, que con su incorporación, como se sabe, no debería haber modificado el derecho de casación (cf., sobre esto, Karlsruhe y Zweibrücken, cit.), sino también de la circunstancia de que la introducción del § 313 en la StPO serviría bien poco al fin de descongestionamiento de la administración de justicia, previsto por la regla, si, precisamente en el ámbito de los delitos de bagatela, cada casación debiera estar precedida, obligatoriamente, de una decisión sobre la apelación o si el tribunal de casación mismo, antes de poder ingresar propiamente en la consideración del recurso de casación, tuviera que decidir primero, todavía, sobre la existencia de los presupuestos de la aceptación de la apelación. La otra pregunta formulada acerca de si una casación *per saltum* es todavía procedente posteriormente, cuando la aceptación de la apelación fue rechazada según el § 313, II, 2, no ha sido hasta ahora clarificada convenientemente (en contra, BÖTTCHER/MAIER, NStZ 93, 155; TOLKSDORF, cit., 405; BayObLG StrV 94, 364; a favor, FEUERHELM, StrV 97, 102); pero la respuesta debe ser afirmativa, pues la aptitud de admisión de la apelación no es presupuesto de la casación.

c) Si contra una sentencia uno de los sujetos del proceso interpone recurso de casación (p. ej., la fiscalía o el coacusado) y otro interviniente interpone recurso de apelación (p. ej., el acusado), la casación regularmente interpuesta debe ser tratada como apelación (§ 335, III, 1). Sin embargo, dado que la apelación del otro todavía puede ser desistida o desestimada inmediatamente por inadmisible o por aplicación del § 329, I (cf. sobre esto SCHROEDER, NJW 73, 308), se recomienda introducir cuidadosamente los fundamentos de la casación en la forma prescrita (§ 335, III, 2); pues sólo así podrá el recurrente insistir con el recurso de casación originario, en el caso de que fracase el otro recurso. Naturalmente, contra la sentencia de apelación es admisible, de nuevo, la casación (§ 335, III, 3). Si la apelación del acusador adhesivo no es aceptada, según la sentencia Karlsruhe NStZ 95, 562, la casación *per saltum* de la fiscalía debe ser tratada como apelación, conforme al § 335, III, 1; esto es objetable, sin embargo, desde el punto de vista de la lesión del derecho a ser oído conforme a la ley (pormenorizadamente al respecto HARTWIG, NStZ 97, 111).

III. Tribunales de casación son:

1. los *tribunales superiores estaduales* (*Oberlandesgerichte*)

a) contra las sentencias de apelación del LG (§ 121, I, n° 1, b, GVG);

b) contra las sentencias del AG impugnables en apelación, en los supuestos de la casación *per saltum* (§ 335, II; cf. BGHSt 2, 64);

c) contra las sentencias de la Gran Cámara Penal y del Tribunal de Jurados, cuando la casación se funda en la lesión de una norma de derecho contenida en las leyes de los estados federados (§ 121, I, n° 1, c, GVG).

Las decisiones en causas penales correspondientes a la competencia del OLG pueden ser asignadas por el legislador local, según el § 9, EGGVG, a un *Tribunal Superior del Estado federado*. Esto ha sucedido en Baviera (art. 11, BayAGGVG);

2. el *Tribunal Supremo Federal* (*Bundesgerichtshof*)

a) contra las sentencias de primera instancia del OLG y del LG (Gran Cámara Penal y Tribunal de Jurados), cuando la casación se funde en la lesión de normas del Derecho federal (§§ 135, 121, I, n° 1, c, GVG);

b) en las presentaciones efectuadas según el § 121, II, GVG; allí se cuestiona si el BGH debe resolver únicamente la cuestión jurídica abstracta o también puede juzgar por sí mismo en la causa (sobre ello, HANACK, 1962, 71; BAUR, JZ 53, 328; 64, 597). Sobre otros problemas de la resolución de divergencias según el § 121, II, GVG, cf. LILIE, 1993, 40 y siguientes.

B. Fines de la casación

I. Desde hace tiempo se discute, en relación al ámbito de aquello que es recurrible, acerca de la localización del fin principal de la casación: en el aseguramiento de la *unidad del Derecho* (así SCHWINGE, 1960, 26 y ss.), en la realización de la *justicia en el caso individual* o, finalmente, en *ambos supuestos* (así, la opinión dominante, que sigue a SARSTEDT/HAMM, 1983, 2 y s., con el fundamento de que el esfuerzo en la aplicación unitaria del Derecho y en la realización de la justicia en el caso individual no pueden ser separados conceptualmente de modo alguno).

Sin embargo, las tres tesis sobre la casación son inexactas: la teoría de la unión, sostenida por la opinión dominante, desconoce que una decisión material justa nunca podría dañar la unidad del Derecho y que, en cambio, una decisión adecuada a la unidad del orden jurídico podría padecer materialmente, sin embargo, de una grave injusticia, a causa de un error en la apreciación de los hechos. A su vez, la teoría de la unidad del Derecho es refutada por el origen histórico de la StPO y, por último, la justicia para el caso individual ya no puede ser considerada un fin exclusivo de la casación, porque esa justicia sólo puede ser realizada de un modo fragmentario a través del recurso de casación, dado que se trata de un recurso limitado (ver § 351: ¡no es posible nueva producción de prueba!).

II. Antes bien, según la voluntad del legislador, el fin de la casación reside en el aseguramiento de una *protección jurídica realista*, pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son del dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos. Por ello es que el legislador ha entregado la *cuestión de hecho* (esto es, las comprobaciones fácticas que se vuelven más dificultosas con el paso considerable del tiempo; ante todo, la prueba testimonial, debido a la disminución de la memoria) al juicio exclusivo del juez de primera instancia como "juez de hecho (mérito)", y ha limitado al tribunal de casación, según el § 337, a la comprobación de las *lesiones de la ley* y, con ello, al control de la *cuestión de Derecho* (cf. SCHÜNEMANN, JA 82, 73 y ss.; sobre la delimitación precisa del concepto de lesión de la ley, ver *infra* D). Si el acusado hace valer en casación motivos especiales de atenuación de la pena, según el § 267, II, pero la sentencia de primera instancia no permite reconocer que esos motivos han sido introducidos en el jucio oral, el tribunal de casación no puede realizar prueba alguna al respecto (BGHSt 31, 139).

C. Casación sustantiva y casación procesal

Por cierto, este principio rige solamente para la lesión del *Derecho material* en la sentencia impugnada, revisada por el tribunal de casación con motivo de la llamada *casación sustantiva* (cf. § 344, II, 1, 2ª alternativa), para determinar si el Derecho material ha sido correctamente aplicado al hecho comprobado por el tribunal de mérito. Junto a ello, también pueden ser atacados, a través de la llamada *casación procesal* (cf. § 344, II, 1, 1ª alternativa), los *errores procesales* del tribunal inferior. En este caso, el tribunal de casación no sólo revisa si el Derecho procesal ha sido correctamente interpretado, sino también si el tribunal inferior ha constatado correctamente las circunstancias fácticas que se subsumen bajo una norma procesal (ver § 352, I; p. ej.: si el joven que ha jurado es realmente ya mayor de dieciséis años). Por ello, con la impugnación procesal, en definitiva, también pueden ser atacadas las comprobaciones fácticas del tribunal de instancia sobre la causa, en tanto ellas hayan sido llevadas a cabo en un procedimiento contrario al ordenamiento procesal.

Esta regulación sirve a la protección del acusado contra la arbitrariedad judicial. Pues en el proceso penal actual el acusado no puede ser condenado sin consideración y bajo cualquier circunstancia, sino sólo a través de un procedimiento formalmente respetuoso (adecuado al Estado de Derecho) de sus derechos personales (sobre esto, *supra* § 1, B). Los tribunales de casación vigilan la observancia de esos derechos procesales, de manera tal que, desde el punto de vista de una protección jurídica realista frente a los errores procesales, ellos representan, también, la instancia de control "más cercana al hecho".

D. Concepto de lesión de la ley

Presupuesto de una casación eficaz es, invariablemente, el poder reprocharle al tribunal inferior una *lesión de la ley* (ver § 337, I).

I. Leyes examinables

1. *Ley* es toda norma jurídica (cf. §§ 337, II, StPO; 7, EGStPO). A este concepto pertenece el Derecho escrito y el no escrito, esto es, tanto las leyes formales y reglamentaciones, como el Derecho consuetudiario y, asimismo, las reglas generales del Derecho internacional público (art. 25, GG) y los tratados de Derecho internacional público que hayan sido transformados en Derecho interno.

2. No constituyen normas jurídicas los meros reglamentos internos del servicio (p. ej., las RiStBV), las diposiciones de policía, etcétera. Tampoco el plan de división de tareas es una norma jurídica. Por ello, su inobservancia sólo puede fundar la casación, de conformidad con el § 338, n° 1, en conexión al § 222a, b, si ella conduce, a la vez, a la integración del tribunal en forma contraria a lo prescripto (ver § 338, n° 1, y, sobre ello, *infra* E, II, 2, a).

3. Tampoco son normas jurídicas las leyes del razonamiento, los principios del conocimiento científico y las reglas generales de la experiencia, ni los hechos notorios (en contra, BGHSt 6, 72), porque ellos no presentan un contenido jurídico-normativo (sobre su verdadera posición dogmática, ver *infra* III, 3).

II. Formas de la lesión de la ley

Una ley puede ser *lesionada* (ver § 337, II):

1. A través de la *omisión de su aplicación:* p. ej., cuando el tribunal no ha considerado un precepto de las leyes penales especiales o de una ley de despenalización.

2. A través de la *aplicación errónea*, es decir, a través de la interpretación equivocada de la ley: p. ej., cuando el tribunal interpreta incorrectamente el elemento típico "apoderarse", en el sentido del § 242, StGB, o rechaza un ofrecimiento de prueba por desconocimiento de los presupuestos previstos para ello en el § 244, III/V.

3. Problemas especiales aparecen en la impugnación sustantiva: aquí, como ya se hizo notar, el error debe residir directamente en la aplicación de la ley, mientras que la comprobación incorrecta del hecho subsumido en ella no puede ser atacada, en principio, con la impugnación material. En esto, la necesaria *delimitación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho* permanece, hasta hoy, extremamente discutida:

a) La opinión dominante sostiene que la separación *lógica* entre las comprobaciones fácticas y la valoración jurídica es imposible, según se puede ver, p. ej., en la cuestión de la revisibilidad de conceptos jurídicos indeterminados (p. ej., "desfiguración considerable" en el § 224 StGB) o en la medición judicial de la pena; ambas operaciones serían realizadas, con frecuencia, de un modo conjunto e indistinguiblemente (así, en principio, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª ed., 1963, 92 y siguientes). La delimitación se podría realizar, al menos en esos casos, sólo según puntos de vista teleológicos. El punto de vista decisivo estaría establecido por la verificación de que el tribunal de casación no está llamado a realizar una nueva comprobación de hecho. Por consiguiente, serían *irrevisables* todos los errores en los cuales el tribunal de casación tuviera que *investigar nuevamente el caso*. Por el contrario, serían *revisables* todos aquellos errores que el juez de casación aun puede reconocer *sin realizar pruebas* (cf. HENKEL, 375; WARDA, 1962, 60 y ss., 174 y siguientes).

Por ello: si el juez de casación tiene que ver personalmente al ofendido, para poder juzgar si está "considerablemente desfigurado", entonces la impugnación en casación no tiene sentido alguno. Si, por el contrario, de los fundamentos de la sentencia se puede inferir que el juez de hecho ha considerado a un rasguño como desfiguración en el sentido del § 224, StGB, la casación sería exitosa.

b) Otra de las interpretaciones corrientes está representada por PETERS (565 y s.): dado que también existe una aplicación incorrecta de la ley cuando una norma jurídica es aplicada a un hecho que ha sido incorrectamente establecido, una sentencia tal también debería ser recurrible en casación, si la errónea determinación del hecho se puede derivar, sin más, de las *actas*.

Véase el ejemplo siguiente: "A" ha sido condenado por mantener relaciones sexuales con una joven menor de 14 años. De uno de los certificados de nacimiento agregados al expediente, el tribunal de casación puede inferir que la joven tenía ya 15 años en el momento del hecho. ¿Tendría éxito el recurso de casacción fundado en tal motivo?

Sin embargo, la teoría dominante[1] rechaza aquí la casación, ya que en tales casos la sentencia resultaría anulada a través de la revisión de los motivos puramentente fácticos, lo cual no es tarea del tribunal de casación, en el marco de la impugnación sustantiva.

c) En la *jurisprudencia de casación* no se puede reconcer, desde hace tiempo, una concepción única. Ella se limita, predominantemente, a un control de las consideraciones jurídicas del juez de mérito, pero también

[1] Cf. EB. SCHMIDT, II, § 337, núm. marg. 24; BGH NStZ 92, 506; 97, 294; a favor en los resultados, pero diferenciándose, SARSTEDT/HAMM, núms. margs. 279 y siguientes.

examina, por un lado y con cambiante intensidad, las comprobaciones fácticas (estadísticas en RIEß, NStZ 82, 49) y, además, por el otro, le otorga a veces, incluso, un espacio de decisión en la interpretación de la ley; los grupos de casos siguientes son dignos de atención:

aa) desde hace muchas décadas se controla la valoración probatoria del juez de los hechos para determinar si han sido observados los principios generales de la *experiencia*, los *conocimientos científicos*, las *leyes del pensamiento* o, finalmente, los *hechos notorios*. Si, p. ej., el tribunal de mérito no ha tomado en consideración el resultado de una medición de radar científicamente segura, su sentencia lesiona los principios del conocimiento científico y, por ello, debe ser anulada (cf. BGHSt 6, 72; detalladamente SARSTEDT-HAMM, 1983, 370 y siguientes). El mismo criterio rige para la falta de consideración gravitante de la fuerza probatoria de los valores de frecuencia indicados estadísticamente. Si los fundamentos de la sentencia expresan, p. ej., que las declaraciones de los testigos X e Y pueden ser considerados coincidentes, a pesar de que ellas, en realidad, se contradicen, entonces la sentencia es contraria a las leyes del pensamiento y, por ende, debe ser también anulada (cf. BGHSt 3, 213, donde los hechos eran desde esa perspectiva poco claros; más ejemplos en SARSTEDT-HAMM, 1983, ps. 370 y siguientes). Instructivo, KLUG, *Die Verletzung von Denkgesetzen im Recht*, en: *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982, ps. 155 y siguientes.

bb) Más allá de ese grupo "clásico", los tribunales de casación también controlan frecuentemente la *compleción* de la valoración probatoria del juez de mérito, anulando, con motivo de la casación sustantiva, las sentencias que no tratan *alternativas razonables* de valoración de los hechos o del derecho, o que no *integran sin fisuras* los indicios mencionados en los fundamentos (cf., p. ej., BGH NJW 53, 1440; BGHSt 12, 312; con más detalles, FEZER, 1991).

cc) Desde hace un tiempo, los tribunales de casación también practican, cada vez con mayor frecuencia, *pruebas de inspección ocular* en relación a imágenes o escritos políticos o pornográficos que constan en el expediente como *instrumenta sceleris*, con el fundamento de que, de lo contrario, no se podría examinar la corrección del juicio jurídico del tribunal de mérito (cf. los detalles en W. SCHMID, 1973, 893 y ss.; pero también BGHSt 29, 18 como asimismo Karlsruhe y Frankfurt JZ 74, 514 y 516).

dd) En contraposición estricta con esta jurisprudencia extensiva se encuentran aquellas decisiones, bastante frecuentes, en las que los tribunales de casación no revisan la cuestión jurídica concreta misma (p. ej., si la conducta del acusado ha desatendido el cuidado exigido), sino que se satisfacen con la respuesta razonable (es decir, no manifiestamente insostenible) del juez de mérito (cf. sobre ello, W. SCHMID, 1973, 383 y siguientes).

III. Limitación de la casación a conceptos jurídicos y a situaciones integrales

Correcto podría ser lo siguiente (SCHÜNEMANN, JA 82, 74):

1. En contra de la opinión dominante, la delimitación lógico-jurídica entre cuestión de hecho y cuestión de derecho y una limitación correspondiente del recurso de casación no es algo solamente querido por el legislador, sino también (prescindiendo de una excepción precisamente determinada) algo perfectamente practicable. Una valoración jurídica existe siempre que una comprobación fáctica es subsumida bajo *conceptos jurídicos* (es decir, bajo expresiones utilizadas en el ámbito del lenguaje jurídico) y no cuando es subsumida bajo *conceptos cotidianos* (esto es, bajo las expresiones empleadas en el marco del lenguaje corriente).

La subsunción de los hechos probados bajo la ley se realiza a través de la identificación de la descripción del hecho en términos del lenguaje corriente con el núcleo significativo de los términos equivalentes, ganados a través de la interpretación, de la descripción legal. Ejemplificativamente, el retirar por la noche un arado del campo de "B", hecho llevado a cabo por el autor "T" (descripción fáctica) puede ser calificado directamente como un caso de desapoderamiento (expresión legal) cometido a través del alzamiento de instrumentos de labranza dejados en el suelo y pertenecientes al dominio por accesión del dueño de la explotación (descripción legal), sin que la distinción entre cuestión fáctica (¿estaba el arado todavía en la parcela 47/2 que queda a dos kilómetros de distancia del establecimiento rural de "B"?) y cuestión jurídica (¿se extiende el dominio por accesión incluso a un terreno situado a dos kilómetros del establecimiento rural?) pueda resultar dudosa en modo alguno. A resultados muy parecidos conduce la propuesta de NEUMANN, 1988, según la cual la cuestión es jurídica cuando está en discusión la existencia o el contenido de una regla y, por el contrario, hay una cuestión fáctica cuando se trata de la corrección de una comprobación singular. Similar también LILIE, 1993, 52, quien deriva esta solución de las posibilidades de conocimiento del juez de hecho y del tribunal de casación.

2. Una excepción rige únicamente para *situaciones integrales*, que escapan, por su complejidad, a la determinación lingüística exhaustiva (p. ej., cuando el carácter pornográfico de una foto es tan sutil que no existe descripción lingüística adecuada alguna); esas situaciones sólo son cognoscibles por el juez de mérito a través de la percepción directa (esto es, a través de la *realización de una inspección ocular*) y no son cognoscibles, en cambio, a través de la intermediación lingüística. El tribunal de casación está limitado, por la naturaleza de las cosas, a un control dentro del ámbito comunicativo del lenguaje. Pero, dado que según el principio *nullum crimen sine lege stricta* está excluida jurídico-materialmente toda condena que sea sólo el resultado de una impresión irracional y lingüísticamente no comunicativa, esa limitación de la casación, en los hechos, sólo rige para el recurso de la fiscalía contra una sentencia absolutoria dictada a causa de un impresión integral irracional. Por ello, esta limitación no resulta problemática bajo el punto de vista de la "protección jurídica realista".

3. La jurisprudencia de casación mencionada en el punto II, 3, c, desconoce esta distinción ordenada por la ley y, por ello, debe ser rechazada. Ante la falta de una línea unitaria, ella tampoco ha logrado modificar la ley consuetudiariamente, sino que ha conducido únicamente a una derogación (parcial) de la legislación delimitativa en dos puntos individuales: sólo en la casación que tiene por objeto la medida de la pena (ver *infra* 4) y en lo que se refiere al examen de la valoración probatoria del juez de mérito con relación a la observancia de las leyes de la lógica, los principios de la experiencia y los hechos notorios (ver *supra* I, 3, y II, 3, c, aa) se halla una jurisprudencia uniforme y afirmada a lo largo de los años, que ha ampliado el ámbito de la casación más allá del marco fijado originariamente por el legislador. A favor de una extensión todavía mayor de la casación a los vicios en la valoración probatoria, MAUL, 1988.

4. Según la interpretación hoy unánime, tampoco la *medición judicial de la pena* pertenece a la cuestión fáctica, tal como antes se había aceptado. Ella es una forma (aunque especial) de la aplicación del derecho, que, sin embargo, no es examinable ilimitadamente en casación, debido a que la "situación integral" de la personalidad del acusado –aquí siempre relevante– nunca resulta lingüísticamente abarcable por completo[2].

[2] Ver, p. ej., BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2ª ed., 1974, 645 y ss.; del mismo, *Henkel-FS*, 1974, 287; FRISCH, 1971, 7, 209; ZIPF, 1969, 171; BGH JR 77, 159, 162, 164, con comentario de BRUNS.

a) Dado que el juez de mérito, en su decisión sobre la pena, debe manifestar en la sentencia las consideraciones sobre su determinación, según el § 267, III, 1, el tribunal de casación puede examinar si ellas se hallan en consonancia con los principios de la medición aceptados (§ 46, StGB) o si contienen un error jurídico.

Existe una consideración sobre la medición de la pena que supone una errónea aplicación del Derecho cuando, p. ej., el juez de mérito toma en cuenta la realización de un elemento del tipo también en la determinación de la pena, ya sea para agravarla o atenuarla. Aquí hay una lesión de la prohibición de la doble valoración (§ 46, III, StGB) y, con ello, una errónea aplicación del Derecho examinable en casación.

b) La última fase de la determinación judicial de la pena, la consideración de los factores para la determinación de la pena y la formación de una pena concreta, constituye, por el contrario, un ámbito que no es accesible completamente al examen en casación. Mientras que los tribunales de casación intervienen aquí, a lo sumo, cuando se trata de errores muy groseros, esto es, ante la aplicación de una pena arbitrariamente grave o leve (fundamentalmente BGHSt 17, 354), en la literatura reciente se exige la reducción del ámbito de apreciación amplio concedido al juez de mérito por el BGH a un espacio más estrecho de influencia, limitado sólo por las sutilezas comunicativas referidas a la personalidad del autor[3].

E. Los motivos de casación

La lesión del Derecho cometida por el juez de mérito no alcanza, sin embargo, para fundar un recurso de casación eficaz. Se debe consignar, además, un motivo relativo o absoluto de casación.

I. Los motivos relativos de casación

1. De acuerdo con el § 337, I, el recurso de casación, en principio, sólo puede ser fundado en el hecho de que en la *sentencia* se ha *cometido* una lesión del Derecho. Pero, a pesar de una lesión del Derecho, no habrá motivo de casación si ella, abiertamente, no ha tenido influencia alguna para la decisión, p. ej., cuando se le ha tomado juramento a un testigo, al que según la ley no debería habérsele tomado, pero en los fundamentos de la sentencia se establece que el tribunal no ha creído en su relato (BGH NStZ 86, 130). Sin embargo, si el tribunal fundara la condena en la declaración de un testigo tal, la sentencia no puede fundarse en ello y debe ser anulada, pues normalmente se concede más peso convictivo a una declaración juramentada que a una no juramentada (BGH StrV 94, 225).

[3] Ver, en particular, BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2ª ed., 1974, 705 y ss.; FRISCH, 1971, 112 y ss., 230 y ss.; ZIPF, 1969, 211 y ss., 227 y siguientes.

De acuerdo con ello, debe existir una *conexión causal* entre la lesión del Derecho y el contenido de la sentencia. Para ello alcanza ya, según la opinión unánime, con que la sentencia hubiera sido *posiblemente* distinta sin la lesión del Derecho; sin embargo, una posibilidad "puramente teórica" no sería suficiente (BGH NStZ 85, 135). Si, en contra de lo dispuesto por la ley, un testigo no ha jurado, se trata de "una cuestión del caso individual" (BGH NStZ-RR 97, 302) resolver si la sentencia puede fundarse en ese testimonio (esto es, si quizá bajo juramento el testigo hubiera declarado distinto y el tribunal, por ello, habría decidido de otra manera). La suficiencia de la mera posibilidad es importante, ante todo, para la casación procesal, porque, en la mayoría de los casos, la influencia de los errores procesales en la sentencia, a contrario de aquello que sucede con las lesiones del Derecho material, no se comprueba positivamente y, por otro lado, tampoco es frecuente que pueda ser directamente excluida[4]. Únicamente de ese modo es posible, también, el *requerimiento de profundizar la investigación*, tan importante en la práctica, y que consiste en la queja fundada en que el juez de mérito habría lesionado su obligación de una averiguación completa de la verdad (§ 244, II), al no haber hecho uso de otros medios probatorios a los que estaba obligado y cuya omisión lo habría conducido a un resultado probatorio posiblemente equivocado (sobre esto, instructivo, WESSELS, JuS 69, 1).

2. El BGH (BGHSt [GrS] 11, 213) defiende –para otras limitaciones de los motivos de casación– la interpretación de que el imputado puede interponer el recurso sólo por la lesión de aquellos preceptos que se refieran a su ámbito jurídico (la llamada *teoría del ámbito jurídico*; sobre ella, ya *supra* § 24, D, III, 2). La jurisprudencia consigue recortar sensiblemente las posibilidades de examen en casación a través de la (des)calificación de un cierto número de normas procesales consideradas *preceptos ordenatorios* imperfectos, cuya lesión no aparejaría consecuencia jurídica alguna[5]. Ambos intentos restrictivos son censurables y parecen sólo defendibles, en todo caso, en forma atenuada; según ella, el examen en casación de un vicio de procedimiento se investiga y limita a partir de la finalidad de pro-

[4] Cf. para el caso de que no se haya respetado la última palabra, BGHSt 22, 278 –y, en particular, *supra* § 42, B, IV–, para el caso de que se haya sobrepasado el plazo de diez días previsto en el § 229 para las suspensiones del juicio oral, BGHSt 23, 224; críticamente, *SK*-SCHLÜCHTER, previo al § 213, núm. marg. 64. Sin embargo, el BGH, en particular, trata al elemento decisivo diferenciadamente. Así, p. ej., ha dicho que no hay regla alguna según la cual difícilmente podría descartarse que la sentencia se funda en la omisión errónea de interrogar a un testigo (BGH NStZ 96, 400). En cambio, en la sentencia BGHSt 41, 119, se dice que nunca se puede descartar que una sentencia resulte afectada por la presencia, inadmisible según el fallo, de una estudiante de derecho durante la deliberación (cf. ya *supra* § 46, C, I).

[5] Cf. RGSt 40, 17; 55, 22; 56, 66, sobre los §§ 57 y s.; más detalladamente, BOHNERT, NStZ 82, 5.

tección de la norma violada[6]. Estas limitaciones deben ser absolutamente rechazadas para los errores procesales durante el juicio oral, dado que aquí toda lesión del Derecho relevante para la sentencia destruye el *principio de formalidad* del proceso y, por ello, conduce, según la voluntad del legislador, a la anulación de la sentencia (ver, en particular, SCHÜNEMANN, JA 82, 126 y siguiente). Sobre la cuestión acerca de si se puede perder el recurso de casación porque se ha consentido tácitamente, antes de la condena, un comportamiento contrario a derecho del tribunal, ver, detalladamente, KINDHÄUSER, 1987; para el caso especial del § 238, II, cf. *supra* § 42, D, II, 2.

3. Para la posibilidad de examinar en casación un vicio del procedimiento no tiene importancia alguna la cuestión acerca de si el juez de mérito debe ser responsabilizado por él (así también BGHSt 22, 266, para el caso del juramento tomado, en violación al § 60, n° 1, a un testigo irreconocible mente incapaz; de otro modo, y cuestionablemente, BGHSt 21, 72; 22, 297, para la restricción antijurídica de la publicidad no atribuible al juez; cf. *supra* § 45, C, I).

4. En la literatura es frecuentemente defendida la opinión de que la interposición de la casación por vicios del procedimiento no tendría sentido cuando ella conduce a la anulación de la sentencia. Pues en el juicio de reenvío, llevado a cabo esta vez sin errores, se llegará, por regla general, al mismo resultado. Sin embargo, la investigación de HADDENHORST muestra que ello no es acertado: en el 60,4 % de los procesos analizados por él (1971, 107 y ss.), los juicios de reenvío han conducido a la modificación de la sentencia anterior, con lo cual, por cierto, sólo en un tercio de los casos la resolución distinta del segundo juicio no estaba vinculada con la lesión procesal del primero.

II. Los motivos absolutos de casación

1. De acuerdo con el § 338, la relación de causalidad entre la lesión de la ley y lo decidido en la sentecia *se presume sin admitir prueba en contrario* en ocho casos. En esos supuestos, en los que se trata de lesiones procesales especialmente graves, el recurso de casación es considerado fundado sin tener en cuenta en "absoluto" la influencia concreta que el vicio haya tenido en la sentencia, debido a que los propios principios básicos de un proceso adecuado al Estado de Derecho no están garantizados por completo (críticamente sobre ello, CRAMER, 1974, según cuya interpretación los motivos absolutos de casación son, por una parte, cuestionables y, por la otra, superfluos).

2. Los motivos absolutos de casación se pueden clasificar en cuatro grupos:

6 Cf. RUDOLPHI, 1970; BLOMEYER, 1971; en discusión permanente con RUDOLPHI, FRISCH, 1995.

a) En los n° 1 a 4 se trata de errores en la *integración y competencia del tribunal*. El derecho de recurrir según el n° 1 ha sido limitado considerablemente por la StVÄG de 1979 en relación a la regulación anterior (cf., sobre esto, RIEß, DRiZ 77, 289; v. STACKELBERG, 1977, 207). En la casación de causas tramitadas en primera instancia por el LG o el OLG, para las cuales está previsto el examen de la integración del tribunal en los §§ 222a, y 222b, una integración errónea, en principio, sólo puede ser denunciada en casación, conforme al n° 1, segunda parte, cuando no ha sido considerada la objeción, presentada en tiempo y forma, o cuando no fueron concedidas oportunidades suficientes para su control. Únicamente frente a sentencias de primera instancia del AG, como también frente a sentencias de apelación del LG, y sólo en los casos en que, por su naturaleza, no puedan ser abarcados por el procedimiento de los §§ 222a y 222b (como, p. ej., ante la ausencia momentánea de un juez durante el juicio oral –ver *supra* § 42, E, I, 13– o ante la participación de un juez afectado por sordera, ceguera o enfermedad mental –ver *supra* § 44, B, VI, 1, 2–), se admite, sin límites, el agravio por la integración antijurídica del tribunal[7]. La jurisprudencia tiende a considerar a los errores en la integración del tribunal como lesión contra el principio del juez establecido por la ley o como motivo absoluto de casación, de acuerdo con el § 338, n° 1, sólo si ella es arbitraria; más detalladamente sobre esto, NIEMÖLLER, 1987.

Sobre los n° 2 y 3 (participación de un juez excluido o recusado) ver *supra* §§ 7, 8 y 21, B, I, 4.

b) Los n° 5 y 6 se refieren a errores del *procedimiento judicial*. Sobre el n° 5 (ausencia ilegal de uno de los sujetos del procedimiento) ver *supra* § 42, E; sobre el n° 6 (lesión de los preceptos sobre publicidad) ver *supra* § 45, C, II, 2.

c) En el n° 7 se trata de *errores en el pronunciamiento de la sentencia*. La casación resulta fundada, aquí, cuando la sentencia no expresa la motivación, o ella no ha sido introducida al documento en el que consta por escrito la sentencia en el plazo legal, circunstancia que es de suponer en el caso de que falte la firma (ver *supra* § 48, IV); sin embargo, si los fundamentos son extraídos sólo después de haber sido agregados al expediente, el recurso no puede fundarse en el § 338, n° 7, StPO (Stuttgart JR 77, 126, con comentario crítico de LINTZ; de otra opinión, W. SCHMID, *Lange-FS*, 1976, 788, con más detalles).

d) El n° 8 del § 338 es superfluo, en tanto el tribunal haya cometido una infracción contra una norma jurídica determinada; pues dado que la defensa ha sido restringida en un punto *decisivo* para la resolución, esto es ya impugnable, en tal caso, según el § 337 (cf. CRAMER, 1974, 241; por ello, a favor de la supresión del n° 8, FROHNE, 1984, 276). En parte se intenta dar un significado razonable al § 338, n° 8, aplicándolo a aquellas limitaciones de la defensa que no lesionan un precepto jurídico escrito, como, p. ej., cuando se le prohíbe al acusado sentarse junto a su defensor, quien padece dificultades para oír (Köln NJW 80, 302; cf. BALDUS, *Ehrengabe für Heusinger*, 1968, 373; *LR*-HANACK, 24ª ed., § 338, núms. margs. 127 y siguiente). Pero en tales casos resultan lesionados, por lo menos, el derecho al debido proceso y la obligación de asistencia judicial; éstas son también lesiones de la ley, así que estan comprendidas en el § 337 (MEYER-GOßNER, NStZ 82, 362). Otros autores se satisfacen con ver en el n° 8 del § 338 una fundamentación abstracta del vicio procesal y niegan la posibilidad concreta de una relación de causalidad entre el vicio del procedimiento y la sentencia, como la que exige el § 337 (más detalladamente, SCHLÜCHTER, núm. marg. 743; SCHÜNEMANN, JA 82, 129; TER VEEN, StV 83, 170); la cuestión sigue esperando mayor esclarecimiento. Las limitaciones a la defensa han sido discutidas en la jurisprudencia, ante todo, bajo la perspectiva de la lesión del principio del debido proceso, cf. *supra* §§ 11, V, 2, y 19, C, 2.

III. Limitación de la casación

A pesar de la existencia de una lesión causal de la ley, el recurso de casación puede no ser rechazado en ciertos casos expresa y claramente determinados por la ley (la llamada *limitación de la casación*):

7 Cf., sobre todo ello, RIEDEL, JZ 78, 374; crítico acerca de la introducción de agravios por la composición del tribunal, KIEßLING, DRiZ 77, 396; BENZ, ZRP 77, 250; K. MEYER, JR 78, 211; Hamm NJW 79, 135; RANFT, NJW 81, 1473.

La lesión de normas del procedimiento que están previstas únicamente a favor del acusado (p. ej., la última palabra, la necesidad de la defensa; no así, sin embargo, las reglas sobre la publicidad) no puede ser hecha valer por la fiscalía con el fin de obtener la anulación de la sentencia en perjuicio del acusado (§ 339; de otro modo en caso de la interposición del recurso a favor del acusado).

F. Interposición del recurso de casación

I. El recurso de casación debe ser presentado *en el plazo de una semana* ante el tribunal cuya sentencia es impugnada (el *iudex a quo*) (§ 341, I). También la ampliación del recurso, originariamente presentado de un modo limitado, es admisible sólo dentro del plazo de una semana (BGHSt 38, 366, con comentario crítico de STREE, JZ 93, 476). El § 342 contiene un precepto que se corresponde con el § 315 (sobre esto, *supra* § 52, C, I, 1). En contraposición con la fundamentación del recurso de apelación (cf. *supra* § 52, C, I, 1), la *fundamentación de la casación* es *obligatoria* –es decir, los requerimientos recursivos y su fundamentación–. Los fundamentos del recurso deben ser presentados, a más tardar, dentro de un mes contado desde el plazo para la interposición (a favor de una prórroga del plazo de fundamentación, DENCKER, ZRP 78, 5) y, por cierto, en lo que hace al acusado, en un escrito firmado por su defensor, o un abogado o protocolizado por la secretaría del tribunal (§ 345: para la protocolización es competente el funcionario judicial designado en el § 24, I, n° 1, b, de la RPflG).

El defensor no debe solamente delinear los motivos del recurso, sino también desarrollarlos en su contenido y justificarlos; la presentación de la casación no tendrá efectos si el defensor se ha limitado únicamente a reproducir "en todo su contenido" la petición escrita del acusado (BGH NStZ 84, 563; Köln NJW 75, 890) o si se distancia completamente de ella (BGHSt 25, 272). También para la fundamentación posterior rigen las disposiciones de forma del § 345, II (Stuttgart JR 82, 167). La fundamentación del recurso puede ser presentada por telefax, si el aparato de recepción judicial reproduce completamente el escrito original (Hamburg NStZ 89, 587).

II. La fundamentación del recurso comprende tanto la interposición como la fundamentación específica. Con la *interposición* se indica el ámbito de la sentencia impugnado por el recurrente, cuya casación se solicita (§ 344, I).

Para la *fundamentación* propiamente dicha se prevé distintos requisitos, según que el recurrente quiera hacer valer una lesión del Derecho material (casación sustantiva) o una violación de las reglas del procedimiento (casación procesal) (más detalladamente, GRIBBOHM, NStZ 83, 97; KRAUSE, StrV 84, 483):

1. En el caso de la *casación material* es suficiente la denuncia global de la lesión del Derecho sustantivo (discrepante, para el caso de condenas por varios hechos punibles, Hamm NJW 76, 68, con comentario crítico de SARSTEDT).

2. En el caso de la *casación procesal*, por el contrario, se debe exponer clara y precisamente cuáles normas procesales resultarían lesionadas y a través de qué actos (cf. § 344, II). El recurso fundado de un modo incompleto no será examinado en cuanto a su contenido por el tribunal de casación (ver infra G, I).

III. El *iudex a quo* examina la observancia de los plazos y formas del recurso. Si ellos no han sido observados, el tribunal lo rechazará, por auto, por *improcedente* (§ 346, I). Contra ello, el recurrente puede, dentro del plazo de una semana, contada a partir de la notificación del auto, solicitar la decisión del tribunal de casación (§ 346, II, 1).

IV. Si los plazos y las formas han sido respetados, el escrito del recurso se traslada al recurrido, quien puede tomar posición con respecto a él en el plazo de una semana (§ 347, I). Después, el expediente es remitido, a través de la fiscalía interviniente, al tribunal de casación competente (§ 347, II).

En el caso concreto, el tribunal al que han sido girados los autos puede ser incompetente: p. ej., el OLG no tiene competencia si la cámara de apelaciones ha excedido los poderes del AG (§ 24, II, GVG) y, por ello, su sentencia debe ser tratada como de primera instancia. En ese caso, el OLG puede declarar su incompetencia por auto y girar la causa de manera vinculante al BGH (§ 348).

G. Examen previo del tribunal de casación

I. El tribunal de casación puede, por auto, *rechazar* el recurso, *por improcedente*, sin audiencia oral, si las disposiciones sobre interposición y fundamentación de la casación no han sido observadas (§ 349, I, en correspondencia con el § 322, I). Si los plazos y las formas no han sido respetados es algo que, sin embargo, habrá ya decidido, por regla general, el *iudex a quo* (cf. *supra* F, III).

II. El tribunal de casación puede, por auto, *rechazar* el recurso por ser *manifiestamente infundado* (§ 349, II). El rechazo de la casación por auto está *rodeado de tres requisitos de seguridad*:

1. La resolución de rechazo sólo procede por *petición* de la fiscalía; por lo tanto, se requiere que dos órganos de la administración de justicia –la fiscalía y el tribunal– consideren concordantemente que el recurso es manifiestamente infundado. Si la fiscalía solicita el rechazo ante el tribunal de casación, entonces también puede ser rechazado, por infundado, el recurso presentado por la fiscalía ante el tribunal de primera instancia (BGH MDR/D 75, 726).
2. La resolución debe ser dictada por unanimidad.
3. Para evitar que el acusado, que cuenta con la audiencia oral, sea sorprendido por el contenido del auto, el § 349, III, prevé que la fiscalía comunique su requerimiento y sus motivos al recurrente, quien puede, en el plazo de dos semanas, presentar su opinión escrita en contrario.

En la práctica, cerca del 80 % del total de los recursos de casación son rechazados de acuerdo con el § 349, II. No se puede desconocer que, a pesar de las medidas de seguridad recién mencionadas, se hace un uso ampliamente exagerado de la resolución denegatoria, con el fin de descargar el trabajo de los tribunales (PETERS y v. STACKELBERG, *Dünnebier-FS*, 1982, 67 y 365). También resulta objetable que la arbitrariedad judicial, si está presente claramente en la resolución denegatoria, ya no pueda ser atacada, a raíz de la irrecurribilidad de tal resolución (BGH NStZ 93, 600). Además, es cuestionable, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que, según la opinión dominante (*a contrario sensu* del § 34 [!]), esta decisión denegatoria no requiera ser fundada (SCHÜNEMANN, JA 82, 130; ZWIEHOFF, 1992, pretende, por ello, derivar la obligación de fundar del art. 1, I, GG). Una (razonable) "opinión sobre la crítica a la praxis de la denegatoria del recurso de casación según el § 349, II" ha sido planteada por el juez federal F. MEYER, StrV 84, 222. Cf., sobre la adecuación constitucional del § 349, II (especialmente con relación a la falta de fundamentación y al derecho a ser oído conforme a la ley –efectiva tutela judicial–), BVerfG NJW 82, 925; NStZ 87, 334; BGH NStZ 94, 353, con argumentos poco convincentes. Por el contrario, sobre la obligación de fundar, KREHL, 1987).

III. Si el tribunal de casación considera por unanimidad que el recurso interpuesto a favor del acusado es *fundado*, la sentencia impugnada puede ser *revocada (casada o anulada) por resolución* (§ 349, IV). Ello tendrá aplicación, especialmente, en los casos en los cuales exista, de un modo manifiesto, un motivo absoluto de casación.

IV. Por lo demás, en esa situación, el tribunal de casación también puede *sobreseer* el procedimiento por auto, si están presentes los requisitos de los §§ 153, 154, 154a (segunda oración, respectivamente: "en toda situación") (distinto, en cambio, en los §§ 153a, b, II) o si –en analogía con el § 206a– es evidente la existencia de un impedimento procesal (de otra opinión, MEYER-GOßNER, GA 73, 366).

H. Audiencia

1. La audiencia ante el tribunal de casación se desarrolla de un modo completamente distinto al juicio oral en primera instancia o al de la audiencia ante el tribunal de apelación. Ello se debe, especialmente, a que el tribunal de casación, por cierto, está vinculado a las comprobaciones fácticas del tribunal inferior y, por ello, no hay producción de pruebas en esta etapa. Sólo se podría llegar a una realización de prueba excepcional si ha sido denunciado un vicio del procedimiento, cuya existencia no surge directamente de las actas del juicio oral. Pero también en este caso la adquisición de la prueba es mediata: se solicitan, en particular, manifestaciones escritas especialmente de los sujetos del procedimiento (de los jueces, de los fiscales, de los funcionarios certificantes), p. ej., acerca de si el ofrecimiento de prueba ha sido formulado ("prueba libre", sin "prueba rigurosa", cf. *supra* § 24, B).

Sin embargo, según la sentencia del BGHSt 31, 139 (criticada por FEZER, NStZ 83, 278) al tribunal de casación no se le debería permitir producir prueba alguna acerca de si se ha cometido una lesión al § 267, II, porque ello conduciría, en parte, a una reiteración del juicio sobre los hechos. Éste parece ser, sin embargo, un temor exagerado.

2. De acuerdo con la regulación legal del § 350, al acusado y a su defensor se les debe notificar la fecha de la audiencia, pero no es preciso que

asistan. El acusado detenido no puede exigir estar presente (según la sentencia del BVerfG NJW 80, 1945, ello no vulnera el art. 103, I, GG); pero puede ser conducido forzadamente a la audiencia. Si esto último no sucede y el acusado no ha elegido defensor, el presidente del tribunal de casación debe designar, a su pedido, un defensor para la audiencia en casación (cf. § 350, III).

Dado que la audiencia en casación tiene gran importancia debido a la discusión jurídica entre presidente, informantes, fiscalía y defensor (cf. SARSTEDT/HAMM, 1983, 352 y ss.), el § 350, debido a su texto mezquino, merece ser reformado, toda vez que el acusado sin recursos pero en libertad, se halla en peor posición, respecto del derecho a ser oído, que el acusado, también sin recursos, pero privado de su libertad (violación al art. 3, GG, ver, detalladamente, EB. SCHMIDT, NWJ 67, 853). Por ello, a favor de introducir la defensa obligatoria para la audiencia en casación, SCHÜNEMANN, JA 82, 130). Según la sentencia EGMR NStZ 83, 373, el acusado carente de medios tiene derecho (de acuerdo con el art. 6, III, c, MRK) a la designación gratuita de un defensor, cuando ello resulta una exigencia para la administración de justicia. Si se designa un defensor oficial, la audiencia debe ser realizada en su presencia (BVerfGE 65, 171, con comentario de PIKART en NStZ 84, 83). Diversas propuestas de reforma, en HANACK, *Dünnebier-FS*, 1982, 301.

3. El desarrollo de la audiencia es el siguiente: informe del ponente, alegato del recurrente, alegato del recurrido y última palabra del acusado (§ 351).

I. Alcance del control de la sentencia

1. 1. En la *casación procesal* se realiza, en principio, un examen *circunscripto sólo* a los vicios del procedimiento *especialmente* denunciados (cf. § 352, I): por ello, en la fundamentación del recurso debe ser indicada con precisión la ley lesionada y los actos que presentan el vicio. En efecto, en la práctica esto es considerado frecuentemente como un requisito estricto (PETERS, *Dünnebier-FS*, 1982, 63).

2. En contra de la literalidad del § 352 rige, sin embargo, una *excepción* importante: el tribunal de casación examina de oficio –es decir, sin pedido de parte– la existencia de los *presupuestos procesales*, tanto negativos como positivos (instancia de parte, cosa juzgada, derogación, prescripción). Pues aquí no se trata (en todo caso no en primera línea) de la cuestión de si el juez de primera instancia ha cometido una violación a las reglas del procedimiento, sino, ante todo y principalmente, de si el tribunal de casación mismo puede proceder en la causa.

3. Una reposición al estado anterior que permita la denuncia de un vicio procesal no denunciado oportunamente ha sido admitida sólo excepcionalmente por la jurisprudencia[8], pe-

[8] Múltiples referencias en *LR*-WENDISCH, 24ª ed., § 44, núms. margs. 15 y ss.; sobre las excepciones, cf. BGH NStZ 81, 110; 83, 34; 84, 48; 97, 45; StrV 96, 522.

ro debería ser invariablemente aceptada por medio de la interpretación *a fortiori* del § 44, porque, de lo contrario, se estaría en una mejor posición en el caso de la falta total de fundamentación del recurso que ante la falta de una parte de ella[9].

II. Por el contrario, en el caso de la casación sustantiva los aspectos jurídico-materiales son examinados *en toda su extensión*, aun cuando sólo haya sido denunciado un error determinado y él no exista. Si, p. ej., se denunció únicamente la falta de aplicación del § 20, StGB, el tribunal de casación examinará, de todos modos, la declaración de culpabilidad en su totalidad (también, p. ej., acerca de si el perjuicio patrimonial en el sentido del § 263, StGB, ha sido afirmado correctamente). Sólo es decisivo que, principalmente, una lesión del Derecho material haya sido denunciada. De modo distinto a aquello que sucede en el proceso civil (cf. § 559, II, ZPO y, sobre ello, RGZ 87, 5; 149, 165), tal determinación, sin embargo, es imprescindible para el examen sobre el fondo; si sólo ha sido denunciada la existencia de vicios del procedimiento, el tribunal de casación no puede entrar en el examen de la aplicación del Derecho sustantivo (BGHSt 26, 94; *LR*-HANACK, 24ª ed., § 344, núm. marg. 68).

III. Si con posterioridad a la sentencia impugnada, *la ley ha sido reformada*, el tribunal de casación está obligado a tomarla en cuenta en su decisión: se debe, entonces, examinar si la sentencia puede ser mantenida desde el punto de vista del Derecho vigente en ese momento (§ 354a). Si ése no fuera el caso, la sentencia atacada debe ser anulada, también frente a la cosa juzgada parcial de la declaración de culpabilidad (BGHSt 20, 78, 116) o si sólo la decisión sobre la suspensión de la pena está aún pendiente (BGHSt 26, 1). Para ello debería ser eficaz, por cierto, la casación sustantiva; en la mera casación procesal, según la sentencia del BGHSt 26, 94 y el § 354a, el juez no tiene posibilidad alguna de aplicar una disposición penal atenuante (en contra, con razón, la opinión –cada vez más aceptada– de KÜPER, 1988 y *LR-Hanack*, 24ª ed., § 354a, núm. marg. 8).

J. La resolución del tribunal de casación

I. Sentencia procesal

1. El tribunal de casación examina primero si las disposiciones sobre la interposición del recurso han sido observadas. Si ése no fuera el caso, el tribunal rechaza el recurso por *inadmisible* y, por cierto, en este estadio del procedimiento, por sentencia (de otra manera en el examen previo, cf. *supra* G, I).

[9] BGHSt 31, 161; cf. *LR*-WENDISCH, 24ª ed., núms. margs. 16 y s.; KAISER, NJW 75, 338; Zweibrücken StrV 91, 550. En las consecuencias, también GUISE-RÜBE, 1996, 171, con fundamento en la interpretación conforme a la Constitución de los §§ 44 y 345, I.

2. Si existen *impedimentos procesales*, tales como defectos en la instancia de parte, etc. (cf. *supra* I, *I*), el tribunal de casación sobreseerá el procedimiento. En esto se discute si ese *sobreseimiento* debe tener como presupuesto que la casación sustantiva o procesal haya sido ejercida en tiempo y forma (es decir, con la debida fundamentación dentro del plazo respectivo). Ésta es la opinión del BGHSt 16, 115, aunque contra ella existen serios reparos: dado que los presupuestos procesales son controlados de oficio, sin más, y que, por ello, no es necesario en absoluto, en este caso, examinar la fundamentación al respecto, ¿por qué, entonces, la falta de fundamentación debe obligar al tribunal a confirmar, a través del rechazo del recurso, una sentencia manifiestamente incorrecta?[10].

II. Sentencia de mérito

Si el tribunal de casación considera que el recurso es *admisible*, analiza la procedencia de los agravios formulados:

1. Si considera que la sentencia del tribunal inferior es correcta, debe *rechazar* el recurso (por sentencia), por *infundado*.

2. a) Si, por el contrario, estima que el recurso es procedente y fundado, *elimina* la *sentencia* impugnada (§ 353, I) y con ello, simultáneamente, elimina las comprobaciones efectuadas en ella, en la medida en que la decisión resulte afectada por la lesión de la ley (§ 353, II).

Pero no es necesario que *todas las comprobaciones fácticas* subyacentes sean eliminadas, sino sólo aquellas que están –y en tanto lo estén– afectadas por la lesión jurídica. Si la errónea aplicación del Derecho se refiere únicamente, p. ej., a la cuestión de la capacidad de culpabilidad, pero no toca las comprobaciones de los aspectos externos del hecho, entonces estas últimas permanecen en vigor y deben ser la base de la nueva sentencia a dictar por el tribunal del juicio de reenvío[11]. También las medidas de seguridad y las órdenes de internación pueden quedar en pie, si no son afectadas por la eliminación de la declaración de culpabilidad (BGH MDR/H 82, 971). Del espíritu del § 353, II, resulta también que las comprobaciones que han conducido a una absolución no pueden ser eliminadas, si con el recurso se denunció, con razón, que antes de la absolución debería haber sido incluida nuevamente una parte de los hechos dejada de lado según el § 154a (cf. *supra* § 14, B, II); antes bien, el nuevo juicio quedará limitado a la disposición penal referida al hecho reincorporado (BGHSt 32, 84, con comentario de BRUNS, NStZ 84, 130; MAIWALD, JR 84, 479). La evolución de la jurisprudencia sobre el § 353, II, es reseñada por DAHS, *Hanack-FS*, 1991, 143, quien se pronuncia críticamente frente al mantenimiento de las comprobaciones.

[10] Así, correctamente, BGHSt 15, 203; STRATENWERTH, JZ 61, 392; E. SCHMIDT, JZ 62, 155; como así también RANFT, § 69, F, II, 3, quien distingue entre los defectos de la presentación del recurso de casación y los referidos a su fundamentación; con matices, BGHSt 22, 213; sobreseimiento sólo en el caso de aquellos impedimentos procesales que se produzcan *con posterioridad* a la notificación de la sentencia de primera instancia; así también *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Introducción al Cap. 11, núms. margs. 22 y ss., con más detalles.

[11] Cf. BGHSt 14, 30; en contra, GRÜNWALD, *Die Teilrechtskraft im Strafverf.*, 1964, 358 y ss.; por lo menos en contra del efecto vinculante intraprocesal ilimitado, también WOLTWEBER, 1991, 34 y siguientes.

b) Dado que el tribunal de casación no puede establecer por sí mismo nuevas conclusiones, tiene que *reenviar* la causa, *en principio*, a primera instancia (ver las excepciones, *infra* II, 3, y III). Sin embargo, el reenvío no se efectúa a la misma sección, cámara o sala del tribunal cuya sentencia ha sido anulada, sino a otro órgano de ese tribunal o a un tribunal de la misma jerarquía perteneciente al mismo Estado federado (§ 354, II). De esta manera resultan neutralizadas las apariencias de parcialidad que podrían originarse en la realización del juicio de reenvío ante el mismo órgano de decisión. Según la sentencia del BVerfGE 20, 336, esta disposición está en consonancia con el art. 101, GG (crítico sobre esto, M/D/MAUNZ, art. 101, GG, núm. marg. 35). Sobre la remisión por incompetencia, cf. también el § 355. Acerca de la cuestión de la recusación y excusación de los jueces de mérito que ya han participado en la sentencia de primera instancia, cf. § 9, I, 5.

c) Para lograr la unidad de la jurisprudencia el nuevo juez de mérito (¡por cierto sólo en la causa concreta!) queda jurídicamente vinculado a las consideraciones subyacentes en la anulación (§ 358, I). Esta vinculación se asegura con la posibilidad de que la nueva decisión del tribunal inferior pueda ser atacada por segunda vez con el recurso de casación. De acuerdo con la opinión dominante, en tal caso, el tribunal de casación está también, a su vez, vinculado por la decisión anterior (*"autovinculación* del tribunal de casación"[12]).

Si el tribunal de casación reenvía la causa a través de la casación *per saltum* y las comprobaciones fácticas mantienen su vigor, ellas sólo deben ser respetadas por la primera instancia, pero no por la segunda instancia de mérito (BGH NJW 83, 1921).

3. El tribunal de casación sólo *excepcionalmente decide por sí mismo*, a saber, cuando se trate de dictar, sin más discusiones sobre los hechos, la absolución, el sobreseimiento o una pena absolutamente determinada, o bien si el tribunal de casación, con requerimiento concordante de la fiscalía, considera razonable la aplicación del mínimo legal de pena (§ 354, I).

Si, p. ej., "A" ha sido condenado por complicidad en un asesinato, la fiscalía interpone recurso de casación y el BGH llega a la interpretación de que la conducta de "A" sería un caso de autoría, entonces el BGH (tribunal de casación en el caso) puede decidir por sí mismo la cuestión de la culpabilidad y de la pena, dado que el asesinato está amenazado con una pena absolutamente determinada (crítico, PETERS, JZ 78, 230). Según el BGH NStZ 92, 297 (con comentario de SCHEFFLER), de acuerdo a una interpretación analógica del § 354, I, el tribunal de casación también puede imponer el máximo de la pena legalmente admisible, si puede ser excluida toda posibilidad de que el juez de mérito dicte una pena más leve (¡cuestionable!).

[12] BGHSt (GrS) 33, 356; BGH StrV 86, 284; de otra opinión, con fundamentos atendibles, MOHRBOTTER, 1972; ver también BGHZ (GemS) 60, 392, donde, sin embargo, esta cuestión se deja abierta para el Derecho procesal penal.

III. Caso especial: rectificación del fallo de culpabilidad

En analogía con el § 354, I, resulta procedente, en determinados casos, la *rectificación del fallo de culpabilidad* por parte del tribunal de casación, a través de la eliminación de la condena del tribunal inferior, sin eliminar las comprobaciones de hecho.

Si, p. ej., "A" ha sido condenado por hurto, pero el tribunal de casación considera como una estafa al hecho comprobado por el tribunal inferior, entonces el tribunal de casación puede modificar el fallo y condenar a "A" por estafa.

En los *errores de subsunción* puros, un reenvío en el cual el nuevo tribunal decisor estuviera vinculado a la interpretación jurídica del tribunal de casación y a las comprobaciones fácticas que no han sido eliminadas, sólo puede traer consigo pérdidas superfluas de tiempo (cf. §§ 353, II, y 358, I). Presupuesto para la rectificación del fallo de culpabilidad es, sin embargo, que el acusado haya sido advertido, ya por el juez de mérito –según el § 265–, de la disposición después aplicada por el tribunal de casación y que haya tenido oportunidad total de defensa. Ello rige también cuando el tribunal de casación quiere aplicar un precepto atenuante, en lugar de uno agravante (cf. *supra* § 42, D, V, 2, y BGHSt 2, 250). Además, debe ser excluida, p. ej., para la condena por estafa, cualquier comprobación fáctica complementaria.

La atenuación o agravación del veredicto de culpabilidad sólo es admisible si el tribunal inferior ya ha llegado a dictar una condena. En cambio, en caso de absolución en la instancia de mérito no es posible que el tribunal de casación dicte una condena (en parte de otra opinión la jurisprudencia, en sí, sin uniformidad). La sentencia absolutoria no ofrece garantías acerca de que estén presentes las comprobaciones necesarias y suficientes como para que el tribunal de casación pueda condenar (cf. § 267, V). Además, el acusado no habría tenido la oportunidad de proceder contra las comprobaciones de cargo, ante todo contra los errores procesales del tribunal de los hechos, dado que no se le permite recurrir la sentencia de mérito absolutoria. Existe el peligro de que el tribunal de casación funde su fallo en comprobaciones efectuadas incorrectamente o con lesiones a la ley procesal (cf. BATEREAU, 1971, 64 y siguientes).

Si, p. ej., el tribunal inferior niega la punibilidad del acusado porque existe un error de prohibición inevitable y, en contra de ello, el tribunal de casación opina que puede ser afirmada la evitabilidad, él no puede, sin embargo, simplemente condenar al acusado a causa del delito subyacente. No se puede excluir que, quizá, existan también otras causas de exclusión de la culpabilidad o de justificación que no fueron tratadas en profundidad por el tribunal inferior debido a que se sostuvo la presencia de un error de prohibición inevitable.

El BVerfG (NStZ 91, 499, con comentario de FOTH, NStZ 92, 444) ha considerado adecuado a la Constitución el fallo condenatorio dictado por el tribunal de casación después de una absolución previa, en casos en los cuales, con motivo de la investigación exhaustiva del tribunal de mérito, no eran necesarias pruebas complementarias sobre la cuestión de culpa-

bilidad. En cambio, se debe aceptar una lesión al art. 101, I, 2, GG, cuando el tribunal de casación mismo establece las comprobaciones necesarias para la declaración de culpabilidad a través de su propia valoración de los resultados probatorios.

Si el tribunal inferior ha sobreseído el procedimiento, el tribunal de casación debería, también aquí, prescindir de pronunciar por sí mismo un fallo condenatorio.

En casos de excepción también la omisión del fallo de culpabilidad puede ser reparada por el tribunal de casación, si de los fundamentos resulta claro en cuáles disposiciones se basan las consecuencias jurídicas decididas (*Hamm* NJW 81, 697).

2. Si el tribunal de casación rectifica el fallo de culpabilidad debe reenviar la causa al tribunal inferior para una nueva individualización de la pena, cuando previsiblemente se requiera para ello comprobaciones suplementarias. Si el marco para la medición judicial de la pena queda sin modificaciones, puede mantenerse en vigor la decisión sobre la pena del tribunal de mérito, en tanto el tribunal de casación también la considere adecuada en vista del nuevo veredicto de culpabilidad. La determinación de una nueva pena por parte del tribunal de casación es, mayoritariamente, rechazada por completo. Si esta reserva es conveniente, resulta por lo menos dudoso en aquellos casos en los que el tribunal de mérito ha comprobado suficientemente los hechos relevantes para la medición de la pena, de modo que es improbable su ampliación o modificación, incluso después de la rectificación del veredicto de culpabilidad; así p. ej., en la eliminación de un delito que concurría idealmente (cf. BATEREAU, 1971, 83 y ss., 118; todavía más allá FRISCH, 1971, 299 y siguientes).

IV. Votación

El tribunal de casación decide, con la mayoría de dos tercios del § 263, cuando él mismo dicta sentencia en la causa en contra del acusado, de acuerdo con el § 354, I. En todos los demás casos, decide sólo con la mayoría simple del § 196, GVG, pues el enjuiciamiento de cuestiones jurídicas abstractas en la anulación y reenvío no contiene todavía una decisión sobre la culpabilidad y la pena en el caso concreto (de otra opinión, PETERS, 660 y s., quien reclama la mayoría de dos tercios para todos los casos de interpretación jurídica desfavorable al acusado, dado que también el tribunal de casación decide siempre casos individuales).

K. Efecto extensivo del recurso

1. a) Si el acusado impugna exitosamente la sentencia por infracción al Derecho material y ella abarca a otros acusados que no interpusieron recurso de casación alguno, también la condena de esos acusados resulta eliminada (el llamado *efecto extensivo de la casación*, § 357).

Ejemplo: "A" y "B" han sido condenados como coautores de defraudación. "A" impugna la sentencia con la casación; "B" no la impugna, de modo tal que, frente a él, existe cosa juzgada. "A" tiene éxito con su recurso de casación; entonces, la condena de "B" resulta también eliminada.

b) Junto a la relación externa de la *misma sentencia* se debe presentar también, según la opinión unánime, la relación interna del *mismo hecho*, para lo cual es suficiente, como en el caso del § 60, n° 2 (cf. *supra* § 26, B, III, 2, a), que dos acciones coincidan en el mismo resultado (colisión de dos vehículos: cf. BGHSt 12, 343).

2. a) El efecto extensivo del recurso de casación conduce a una fractura de la cosa juzgada con relación al acusado que no ha interpuesto el recurso. El legislador pretende con ello privilegiar una solución justa: una condena manifiestamente incorrecta no debe conservar su validez por motivos formales. Por ello, el § 357 *no* rige para las lesiones al Derecho formal, dado que tales vicios no tienen por qué afectar la corrección de la sentencia en cuanto a su resultado.

b) Distinto es, nuevamente, el caso de los *presupuestos procesales* que deben ser observados de oficio; pues en tales casos se establece con seguridad –de forma diferente a los restantes vicios del procedimiento– que la sentencia, en su resultado, es incorrecta, así que la relación de interés es la misma que en la errónea aplicación del Derecho material (cf. BGHSt 12, 335). Esta excepción rige también si la sentencia no es anulada, sino que el procedimiento resulta sobreseído por auto, de acuerdo al § 206a (ver *supra* G, IV, y BGH NJW 72, 2271, en contra BGH NJW 55, 1934).

c) Por las mismas razones, y en aplicación analógica del § 357, también deben ser consideradas a favor del coacusado que no interpuso recurso las reformas legales ocurridas después de la notificación de la sentencia, que según el § 354a (cf. *supra* I, III) sean más favorables para el recurrente, pues la injusticia objetiva de la sentencia se manifiesta claramente en este caso (discrepante, BGHSt 20, 77). Asimismo, no se debe efectuar una extensión de la anulación de la sentencia a aspectos irrevisables cuando la eliminación de la decisión se basa en que, entretanto, el BVerfG ha declarado nula a la norma legal aplicada (de otra opinión BGHSt 41, 6, en relación a la sentencia BGHSt 20, 77, con el fundamento de que también las sentencias del BVerfG tienen fuerza de ley).

§ 54. La queja

Bibliografía: *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafproz. Grundrechtseingriffe, 1976, 19; *Ellersiek*, Die Beschwerde im Strafprozeß, 1981; *Giesler*, Der Ausschluß der Beschwerde gegen richterl. Entsch. im Strafverf., tesis doctoral, Bayreuth, 1981; *Schwentker*, Der Ausschluß der Beschwerde nach § 305 StPO, 1990; *Köster*, Der Rechtsschutz gegen die vom Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten strafproz. Grundrechtseingriffe, 1992.

A. Concepto

La queja (§§ 304/311a) se dirige contras los *autos* de los tribunales y contra las *providencias* del presidente (ver *supra* § 23, A, I) o del juez en el procedimiento preliminar. Ella conduce a un reexamen de la decisión impugnada tanto en relación a los *hechos* como al *Derecho*.

B. Legitimación activa, admisibilidad e interposición

I. Para la interposición están facultados no sólo el imputado y la fiscalía, sino *todo afectado* (cf. § 304, II), p. ej., un testigo en el procedimiento para obligarlo a declarar, el tenedor en el caso de secuestro o la víctima en la devolución de una cosa secuestrada según el § 111k.

II. La queja es *procedente* en tanto no esté expresamente excluida (§ 304, I), como en los casos siguientes:

1. Son *irrecurribles* las decisiones tomadas de acuerdo con los §§ 81c, III; 153a, II, 4 y 5; 161a, III; 163, III, 3; 201 y 202; el auto de apertura del juicio según el § 210, I; y, para el acusado, también el auto que rechaza la apertura de conformidad con el § 210, II; como también todos los autos y providencias del BGH y del OLG, en tanto ellos actúen como tribunal de casación. La queja tiene límites frente a las decisiones del OLG en causas en las que interviene como tribunal de primera instancia (= seguridad del Estado) y en el caso de las providencias del juez de investigación del OLG (§ 304, IV y V). Las excepciones en la cuales la queja es admisible han sido interpretadas restrictivamente por el BGH (BGHSt 25, 120; 30, 32; 30, 250; 32, 365; 34, 34). Sin embargo, él es demasido estricto cuando en la decisión BGHSt 30, 52, no respeta la detención para obligar a comparecer como detención, en el sentido del § 304, V; a favor de la posibilidad de interponer la queja en ese caso, ahora también BGHSt 36, 192 (sobre ello, cf. la controversia entre WEDEL y KUTZKER, MDR 90, 786). La posibilidad de la queja, en el caso de autos sobre una recusación está ampliamente limitada (en particular, ver § 28). Sobre la impugnabilidad de las decisiones sobre costas, ver *infra* § 57, D.

2. a) La queja está siempre *excluida*, en general, frente a decisiones de los *tribunales de mérito* que *preceden al dictado de la sentencia* (§ 305, 1ª frase), p. ej., sobre el juramento de un testigo o sobre un ofrecimiento de prueba. Dado que estas medidas están relacionados directamente con el hecho de dictar sentencia, el legislador, para evitar el desmembramiento del juicio oral, ha considerado suficiente que ellas puedan ser revisadas conjuntamente con la sentencia.

La extensión de la exclusión está, en particular, discutida[1]. Era muy discutida entre los OLG la cuestión de si estaban sustraídos a la queja el rechazo de la designación de un defensor obligatorio, la sustitución de ese defensor o su separación del cargo según el § 305 (cf. la 21ª ed.). Empero, ahora, la queja es admitida genéricamente. Ello también resulta correcto, porque los problemas de la designación de un defensor obligatorio no tienen conexión interna con el pronunciamiento de la sentencia y, por su importancia, producen efectos sobre todo el transcurso de la instancia.

[1] Cf. sobre esto *LR*-GOLLWITZER, 24ª ed., § 305, núm. marg. 3; AMELUNG, 1976, 19, así como sobre el problema de la "reparación procesal", KÖSTER, 1992.

b) *Sin embargo*, excepcionalmente, son *impugnables* todas las decisiones a través de las cuales se afecta a terceros, así como las que versan sobre prisión e internación provisional, secuestros (no así cuando el secuestro es rechazado, Hamburg GA 85, 234), retiro transitorio del permiso de conducir, prohibición provisional de ejercer una profesión o la imposición de medidas de corrección o coerción (§ 305, 2ª frase). La razón de ello reside en que estas medidas no serían revisables en modo alguno a través de los recursos contra la sentencia (como las decisiones contra terceros) o, por lo menos, con ella no podrían ser eliminadas sus consecuencias (como la prisión). El § 305, 2ª frase, rige analógicamente para las medidas de coerción que no son nombradas por él, si ellas equivalen a alguno de los casos enumerados por la ley; ello debe ser determinado caso a caso, de modo diverso (p. ej., en el supuesto de una providencia según el § 81a; Koblenz NStZ 94, 355; cf. *supra* § 33, A, II, 5).

c) Entre las resoluciones que preceden a la sentencia se halla también el auto por el cual se rechaza un requerimiento de interrupción, pero no sucede lo mismo con aquel a través del cual la interrupción es ordenada, salvo que el auto de interrupción retrase innecesariamente el pronunciamiento de la sentencia, porque tal medida no impulsa el procedimiento para dictar la sentencia, como lo exige el § 305, sino que lo aplaza, y es, por ello, sólo recurrible con la queja en aquel supuesto, de excepción, pues, de otro modo, la fiscalía no podría emprender nada contra un sobreseimiento del proceso encubierto de ese modo[2].

d) No son impugnables los autos que ordenan o rechazan una presentación de acuerdo con el art. 100, GG, pues sobre la adecuación de una ley a la Constitución se debe permitir que cada tribunal resuelva según su propia convicción si debe convocar o no al BVerfG (Düsseldorf NJW 93, 411).

III. La *interposición* (por escrito o protocolización de la oficina) se lleva a cabo ante el *iudex a quo* (dado que él mismo puede hacer lugar a la queja, ver *infra* C, II y § 306). Por regla general, la queja *no está sometida a plazo* (la llamada queja normal, sobre las excepciones ver *infra* D).

C. Efecto

I. La queja, en principio, no obstruye la ejecución, esto es, *no* tiene *efecto suspensivo* (§ 307, I; hay excepciones, según el § 81, IV, 2, para la queja contra el auto que decide la internación del imputado en un hospital psiquiátrico, así como, de acuerdo con el § 462, III, 2, para la queja de la fiscalía contra el auto que ordena la interrupción de la ejecución de la pena). Tanto el *iudex a quo* como el *iudex ad quem* pueden, por cierto, ordenar la suspensión de la ejecución (§ 307, II), pero no están obligados a ello.

II. El *iudex a quo* puede hacer lugar por sí mismo a una queja normal –también con motivo de nuevas alegaciones (München NJW 73, 1143, con comentario de GOLLWITZER, JR 74, 205)–; si no fuera ése el caso, debe remitir la causa, dentro del tercer día, al tribunal de queja competente según los §§ 73, I, y 121, I, nº 2, GVG (§ 306, II). Si no hace lugar al recurso

[2] Cf. Stuttgart NJW 73, 2309; Braunschweig StrV 87, 332; Düsseldorf MDR 92, 989; cf. Köln StrV 91, 551, como contraejemplo de un auto de suspensión irrecurrible en queja porque sirve a la preparación del juicio.

y antes de la remisión al tribunal de queja se presenta un escrito con una nueva alegación sobre los hechos, se debe volver a decidir sobre el recurso (BGH NStZ 92, 507).

III. El *tribunal de la queja* puede ordenar investigaciones o realizarlas por sí mismo (§ 308, II); se debe dar la oportunidad de ser oído al recurrido (§ 308, I, es decir, al imputado si la queja es de la fiscalía y viceversa; cf. también § 309) y después se decide, en general, según la situación del expediente, es decir, sin audiencia oral (§ 309, I); únicamente en la queja contra la prisión el tribunal puede realizar discrecionalmente una audiencia oral (§ 118, III). Su decisión es dictada directamente en la causa misma y sólo puede disponer el reenvío cuando la deficiencia de la decisión impugnada no puede ser reparada en la instancia de queja, p. ej., porque no existió investigación alguna (más ejemplos en *KMR*-Plöd, § 309, núm. marg. 9; además, BGHSt 38, 312).

D. Queja inmediata

I. En contraposición con la queja normal, la queja inmediata está *sometida a plazo*; debe ser interpuesta dentro del plazo de una semana ante el *iudex a quo* (§ 311, II). El *iudex a quo* sólo puede hacer lugar a la queja inmediata cuando la decisión impugnada se refiere a la lesión del derecho a ser oído conforme a la ley (§ 311, III).

II. Mientras que la queja normal corresponde al caso regular (cf. §§ 304, I, y 311, I), la queja inmediata ha sido expresamente prevista por el legislador en los (numerosos) casos en los cuales, por razones de seguridad jurídica, se exige una aclaración rápida y definitiva. Esto rige, p. ej., para la internación en un hospital psiquiátrico (§ 81, IV) o en el caso de rechazo de la apelación por improcedente (§ 322, II); cf., además, §§ 210, II, y 462, III.

E. Queja posterior

La queja posterior (esto es, un recurso contra la decisión del tribunal de queja) es admisible *sólo excepcionalmente* (crítico al respecto Kopp, NJW 79, 2627), a saber, contra los autos del LG y del OLG sobre prisión[3] e internación provisional (§ 310; ¡la hospitalización según el § 81 no pertenece a estos casos porque, de todos modos, está limitada a seis semanas!). En el caso de una orden de prisión que no debe ejecutarse, conforme al § 116, la queja posterior es inadmisible contra su mera existencia, porque no existe "prisión" alguna[4]. Dado que, en los casos en que fue lesionado el derecho del recurrente a ser oído conforme a la ley (cf. § 308, I), esta exclusión de la queja posterior por regla puede resultar intolerable (la queja constitucional sería desnaturalizada por conversión en un medio de impugnación ordinario, en tanto ya no resultaría posible ninguna otra oportunidad de recurrir), en el § 311a ha sido pergeñada la posibilidad de escucharlo posteriormente y de que el tribunal de la queja rectifique la decisión, en sí inimpugnable.

[3] Sin embargo, la queja posterior no está admitida contra una suspensión de la prisión preventiva (Karlsruhe NStZ 83, 41), pero sí plenamente contra las órdenes de detención de seguridad del § 453c (Braunschweig NStZ 93, 604, con mayor información; muy discutible).

§ 55. La revisión del procedimiento

Bibliografía: *Alsberg,* Justizirrtum und Wiederaufn., 1913; *v. Hentig,* Wiederaufn.recht, 1930; *Neumann,* System der strafproz. Wiederaufn., 1932; *Müller,* Die Wiederaufn.gründe im kommenden Strafverf., 1940; *Schneidewin,* Konkurrierende Wiederaufn.gründe, JZ 57, 537; *Peters,* Beiträge zum Wiederaufn.recht, Kern-FS, 1968, 335; *Schünemann,* Das strafproz. Wiederaufn.verf. propter nova und der Grundsatz "in dubio pro reo", ZStW 84 (1972), 870; *Hanack,* Zur Reform des Rechts der Wiederaufn. des Verf. im Strafprozeß, JZ 73, 393; *Peters,* Fehlerquellen im Strafprozeß, t. III, 1974; *Jescheck/Meyer* (comps.), Die Wiederaufn. des Strafverf. im deutschen und ausländ. Recht, 1974; *J. Meyer,* Wiederaufn.reform, 1977; *Deml,* Zur Reform der Wiederaufn. des Strafverf., 1979; *Schöneborn,* Strafproz. Wiederaufn.problematik, 1980; *Wasserburg,* Die Funktion des Grundsatzes "in dubio pro reo" im Aditions- und Probationsverf., ZStW 94 (1982), 914; *idem,* Die Pflichtverteidigerbestellung unter besond. Berücksichtigung des Wiederaufn.verf., GA 82, 304; *Gössel,* Über die Zulässigkeit der Wiederaufn. gegen teilrechtskräftige Urteile, NStZ 83, 391; *Wasserburg,* Die Wiederaufn. des Strafverf., 1983; *J. Meyer,* Wiederaufn. bei Teilrechtskraft, Peters-FG II, 1984, 375; *Dünnebier,* Die Berechtigten zum Wiederaufn.antrag, *ibidem,* 333; *v. Stackelberg,* Beweisprobleme im strafproz. Wiederaufn.verf., *ibidem,* 453; *K. Meyer,* Wiederaufn.anträge mit bisher zurückgehaltenem Tatsachenvortrag, *ibidem,* 387; *Gössel,* Bindung der Wiederaufn. zuungunsten des Verurteilten an die Verjährungsfrist?, NStZ 88, 537; *Laubenthal,* Wiederaufn. des Verf. zugunsten eines vor Rechtskraft des verkündeten Urteils verstorbenen Angekl.?, GA 89, 20; *Maier,* Rechtsstaatl. Denken und Wiederaufn. des Verf. zuungunsten des Angekl., Arm. Kaufmann-GS, 1989, 789; *Strate,* Die Tragweite des Verbots der Beweisantizipation im Wiederaufn.verf., Meyer-GS, 1990, 469; *Marxen/Tiemann,* Die Korrektur des Rechtsfolgenausspruchs im Wege der Wiederaufn., StrV 92, 534; *idem,* Die Wiederaufn. in Strafsachen, 1993; *Stern,* Zur Verteidigung des Verurteilten in der Wiederaufn., NStZ 93, 409; *Tiemann,* Die erweiterte Darlegungslast des Antragstellers im strafrechtl. Wiederauf.verf, 1993; *Rieß,* Möglichkeiten und Grenzen einer Reform des Rechts der Wiederaufn. im

[4] Düsseldorf NStZ 90, 248; Zweibrücken MDR 90, 945; de otra opinión Koblenz NStZ 90, 102, con comentario aprobatorio de Hohmann, NStZ 90, 507; Matt, NJW 91, 1801, con mayor información; muy discutido.

Strafverf., NStZ 94, 153; *Brauns*, Die gescheiterte Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen C. v. Ossietzky, JZ 95, 492; *Funcke*, Die Korrektur des Strafausspruches zugunsten des Verurteilten im Wege der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, tesis doctoral, Bielefeld, 1995; *Weber-Klatt*, Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, 1996.

A. Importancia y procedencia

I. Importancia

La revisión del procedimiento sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. En la exposición sobre la cosa juzgada material (ver *supra* § 50, B, IV) se ha mostrado que la paz jurídica sólo puede ser mantenida, si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia. Sin embargo, MAIER, 1989, se pronuncia, con razones atendibles, en contra de una revisión en disfavor del acusado.

II. Procedencia

1. La revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (también sólo parcialmente, Frankfurt NStZ 83, 426; cf. sin embargo *infra* 6) únicamente es admisible cuando existe uno de los *motivos de revisión* fijados taxativamente por la ley (ver *infra* B).

2. Aun cuando éste sea el caso, la revisión es, no obstante, inadmisible, si ella sólo pretende conseguir una nueva medición de la pena con fundamento en la misma (!) ley ya aplicada, o una atenuación de la pena a causa de la disminución de la capacidad de culpabilidad (§ 363, I; sobre el párr. II, BVerfGE 5, 22).

Un supuesto del § 363, I, se presenta cuando el condenado pretende ser penado únicamente por el § 242, StGB y no por los §§ 242 y 243, StGB (Düsseldorf NStZ 84, 571; discutible).

3. Si estos requisitos se cumplen, la revisión es siempre procedente, tanto si el proceso ha terminado por sentencia (§ 359), como por mandato penal (§ 373a, II). Sobre la revisión del mandato penal cf., en particular, *infra* § 66, B, IV.

4. La revisión no está excluida por la ejecución de la pena ni por la muerte del condenado[1] (§ 361). Pero después de la muerte del condenado

[1] Sobre un requerimiento razonable de revisión en el caso Ossietzky cf. KG JR 91, 479; BGHSt 39, 75 (con comentario de JOERDEN, JZ 94, 582; sobre esto también GÖSSEL, NStZ 93, 565; J. MEYER, ZRP 93, 284; BRAUNS, JZ 95, 492, aprovecha el caso para proponer una ampliación de los motivos de revisión).

la revisión sólo es procedente si conduce a una absolución completa y no tan sólo a una atenuación de la pena (§ 371, I). Sobre la legitimación activa cf. § 361, II.

5. En contraposición con el proceso civil (§ 586 ZPO), la revisión no está sometida a plazo.

6. La nueva jurisprudencia admite también la revisión contra sentecias parcialmente firmes y, por cierto, tanto para la cosa juzgada parcial vertical, como para la horizontal (sobre esto, *supra* § 51, B, III, 2). Contra ello se dirige GÖSSEL, 1983, con el argumento de que de esa manera se podría llegar a decisiones de contenido contradictorio. Tal afirmación es rechazada por J. MEYER, 1984. Desde el punto de vista aquí defendido, el procedimiento de revisión no es necesario en tales casos, dado que el tribunal del recurso no está ya vinculado a una declaración de culpabilidad firme que se reconoce incorrecta (cf. *supra* § 51, B, III).

7. No está regulado el caso en que el acusado muere después del pronunciamiento de la sentencia, pero antes de que quede firme. La continuación del proceso ya no es posible (cf. *supra* § 21, B, III, 1, a), pero tampoco la revisión, pues ella presupone una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, en interés de la rehabilitación del acusado deben ser aplicados analógicamente los §§ 361, 359 (*LR*-GÖSSEL, 25ª ed., § 361, núm. marg. 9; con divergencias, LAUBENTHAL, 1989, quien cree posible tal solución sólo *de lege ferenda*).

B. Los motivos de revisión

I. Examen de los fundamentos de la sentencia

La revisión sirve, por regla, sólo al examen de los *fundamentos fácticos* de la sentencia, y no incluye, también, el control de los errores jurídicos. Una excepción a esta regla, la constituyen la revisión después de la declaración de nulidad de una ley (§ 79, I, BVerfGG) y el caso de la aplicación del Derecho, dolosamente errónea (§§ 359, nº 3, y 362, nº 3).

De este modo, la revisión procesal penal corresponde a la acción de restitución del Derecho procesal civil (§ 580, ZPO). En cambio, una *acción de nulidad* debida a gravísmas deficiencias del procedimiento es tan extraña a nuestro Derecho penal como una casación genérica de las sentencias groseramente injustas a través de un recurso de nulidad o del amparo consititucional (sobre esto ver *supra* § 50, B, IV).

II. Los motivos de revisión en particular

1. La revisión procede, tanto *a favor como en perjuicio* del acusado, como consecuencia de las acciones punibles siguientes (*propter falsa*: §§ 359, nº 1/3; 362, nº 1/3):

a) debido a la falsedad de un documento relevante para la decisión,

b) debido a declaraciones falsas de testigos o peritos,

c) debido a delitos judiciales (prevaricato o cohecho).

Sin embargo, en todos estos casos existe el presupuesto limitativo de que, a causa de esos hechos, haya sido dictada una *condena firme* o que la iniciación o continuación del proceso no sea posible por motivos jurídicos o fácticos (p. ej., por prescripción, ausencia o muerte; §§ 364, 1ª frase).

2. El recurso de revisión es llevado a cabo *sólo a favor del condenado*:

a) con motivo de la eliminación de una sentencia civil en la que se fundaba la sentencia penal (§§ 359, nº 4, y 262),

b) si son aportados nuevos hechos o pruebas favorables al condenado (*propter nova*: § 359, nº 5), y

c) contra la sentencia basada en una norma declarada inconstitucional por el BVerfG (§ 79, I, BVerfGG). Desde la 4ª Ley de Reformas a la BVerfGG del 21/12/1970 (BGBl. I, 1765), ello rige también para el caso, anteriormente discutido, de que la sentencia se funde en la *interpretación*, declarada inconstitucional por el BVerfG, de una norma jurídica (más detalles en WASSERBURG, StrV 82, 237; *idem*, 1983, 261).

De acuerdo con el § 79, I, 3ª alternativa, la revisión también es posible si un ex agente del Ministerio de Seguridad del Estado de la ex República Democrática Alemana ha sido condenado antes de que el BVerfG hubiera aplicado, para esos casos, un impedimento procesal derivado de la Constitución (BGH NStZ 97, 140 y 142).

3. *Exclusivamente en perjuicio* del condenado, la revisión es admisible sólo a causa de un único supuesto, a saber, en caso de que quien resultó absuelto produzca, judicial o extrajudicialemente, una *confesión* creíble (§ 362, nº 4). Además, en el § 373a está previsto, para el procedimiento por mandato penal, un gran número de supuestos de revisión en perjuicio del condenado (ver sobre esto, más detalladamente, *infra* § 66, B, IV).

III. La revisión *propter nova*

1. La aparición de *nuevas pruebas o nuevos hechos* es, en la práctica, el caso más común e importante de revisión a favor del condenado. Ejemplos de tales hechos nuevos se dan: cuando el supuesto muerto reaparece, cuando la cabeza de quien presuntamente había sido incinerado en un horno es reencontrada en un estanque (caso "Rohrbach"), cuando un tercero confiesa, en su lecho de muerte, que él había incendiado la casa, o cuando en la prisión se establece que el condenado, ya al momento del hecho tiene que haber sido un enfermo mental. La revisión también procede de cuando los hechos y medios de prueba nuevos sólo se se dirigen contra la credibilidad de los testigos de cargo; en este caso, por excepción a la regla general del § 364, 1ª frase, el recurso es también independiente de la condenación firme por falso testimonio de los testigos de cargo (¡§ 364, 2ª frase!). También el dictamen de un perito puede ser un nuevo medio de prueba si contiene una nueva comprobación de hechos o si se basa en un conocimiento superior del perito, de manera que su dictamen logra quitarle fundamento al dictamen en el que se basaba la sentencia. Las comprobaciones de un perito o las manifestaciones de descargo de un testigo también pueden resultar "nuevas" cuando el tribunal las ha desoído o mal interpretado en el proceso originario (Frankfurt NJW 78, 841; Düsseldorf NJW 87, 2030), pues, según la opinión dominante, la relevancia de las nuevas circunstancias debe ser medida a través de las valoraciones e interpretaciones jurídicas del juez de mérito del proceso originario (BGH 18, 226; de otra opinión J. MEYER, 1977, 104). También son hechos nuevos la retractación de la confesión por el condenado o la manifestación de circunstancias hasta entonces calladas por él; pero este tipo de alegaciones

posteriores no superará, sin explicación plausible, las vallas de los §§ 368, 369 y s. (más detalladamente K. MEYER, 1984). La práctica judicial procede, con frecuencia, muy restrictivamente en lo que respecta al reconocimiento de nuevos hechos (cf., p. ej., Braunschweig NStZ 87, 377, con comentario crítico de GÖSSEL).

Según el § 359, nº 5, no constituye un hecho nuevo el cambio de jurisprudencia (p. ej., la eliminación de la pena privativa de libertad perpetua para el asesinato, que la sentencia BGHSt 30, 105, ha declarado como caso de excepción); aunque en ello se pretenda ver una modificación judicial de la ley, ello mal podría fundar la revisión, como tampoco las posteriores atenuaciones o causas de exclusión de la punibilidad legislativas (Bamberg NJW 82, 1714). Tampoco la comprobación del EGMR de que una sentencia firme ha violado el MRK debería fundar una revisión (cf. *infra* § 3, C, II, 1).

2. La revisión en disfavor de quien fue absuelto, á causa de una *confesión*, no puede ser reemplazada por una mera prueba de su culpabilidad, por más inequívoca que ella sea. Por otra parte, también habrá una confesión si el absuelto, por cierto, admite el hecho, pero invoca una situación excepcional de justificación o exclusión de la culpabilidad (distinto solamente si la absolución había sido ya fundada en una causa de justificación o de disculpa; en ese caso debe ser confesada su inexistencia). Se discute si la confesión de un hecho considerablemente más grave que el juzgado (p. ej., incendio doloso en lugar de culposo) funda la revisión; sin embargo, debe rechazarse una aplicación analógica (en el Derecho procesal penal en sí admisible) del § 362, nº 4, a este caso (así, no obstante, PETERS, 678; como aquí SCHLÜCHTER, núm. marg. 769.2), porque, de otra manera, surge la amenaza de suprimir los límites de la revisión. Finalmente se debe aceptar que la revisión en perjuicio de quien fue absuelto está limitada a la duración del plazo de prescripción del delito respectivo, aunque la prescripción quede suspendida por la cosa juzgada de la sentencia originaria[2]; pues, de otro modo, el autor que hasta entonces no fue molestado de modo alguno estaría privilegiado injustificadamente en relación a aquel que ya fue perseguido penalmente una vez.

C. Desarrollo del procedimiento

El procedimiento de revisión se estructura en tres etapas: el examen de la admisibilidad (I), el examen de la fundamentación del recurso (II) y la reiteración del juicio oral (III).

[2] Discutido; como aquí SCHLÜCHTER, núm. marg. 769.2; *KK*-SCHMIDT, 3ª ed., § 362, núm. marg. 7; de otra opinión, BGH MDR 73, 191; Düsseldorf NJW 88, 2251.

I. El examen de admisibilidad (§§ 366 y siguientes)

El procedimiento de revisión exige un requerimiento formal que indique los motivos de revisión. Sólo puede ser interpuesto por el imputado, conjuntamente con un defensor, o mediante protocolización de la oficina judicial (§§ 365 y 366; para la recepción por protocolo es competente, según el § 24, I, nº 2, RPflG, el secretario). Pero el deber procesal de asistencia puede exigir al tribunal que le dé al requirente la oportunidad de completar un requerimiento insuficiente. Conforme al § 367, el requerimiento debe ser presentado ante el tribunal competente según el § 140a, GVG; por regla general será un tribunal distinto, pero con la misma competencia material que el tribunal contra cuya decisión se dirige el requerimiento de revisión. El tribunal examina la forma del requerimiento, la existencia de un motivo legal de revisión y la *pertinencia* de la prueba (§ 368). En el caso del § 359, nº 5, esto significa: el tribunal debe investigar, en forma de *examen concluyente*, si los nuevos hechos o pruebas, supuesta su corrección, permiten esperar una sentencia más favorable para el acusado, en el sentido del § 359, nº 5, en un nuevo juicio oral (acerca de la cuestión de si es aplicable el principio *in dubio pro reo*, ver *infra* II). Sin embargo, si todo expresa la inutilidad de la producción de la prueba solicitada, el tribunal de revisión, según la sentencia BGHSt 17, 304 (NJW 77, 59), también está autorizado a examinar el medio de prueba desde el punto de vista de la pertinencia de su contenido[3]. Según el BVerfG (NJW 94, 510) esta práctica no es inconstitucional; por cierto, el BVerfG ha decidido (NStZ 95, 43) que en el procedimiento de admisibilidad no se puede realizar estimaciones probatorias ni establecer comprobaciones que, según la estructura del proceso penal, están reservadas al juicio oral. De todas maneras, a ello pertenece la comprobación de los hechos en los que se basa esencialmente la declaración de culpabilidad. El examen de admisibilidad es clausurado a través del auto judicial que decide el rechazo del requerimiento por improcedente o su admisibilidad.

II. El examen de la fundamentación (§§ 369 y siguientes)

El requerimiento –en tanto haya sido interpuesto admisiblemente– es trasladado al contrario, por regla a la fiscalía, para su contestación (§ 368, II). Luego el tribunal comisiona a un juez para la producción de la prueba (en particular, ver § 369). En la *recepción de la prueba* se controla la corrección de las afirmaciones que el recurrente en revisión ha considerado verdaderas. Dado que este procedimiento de prueba está regido por el mandato de la investigación oficial (§ 244, II, analógicamente) debe extenderse, más allá de las pruebas ofrecidas por el recurrente, a todos los hechos relevantes para la revisión (Zweibrücken GA 93, 463). Después de la producción de la prueba, la fiscalía y el acusado deben ser invitados a informar sobre el resultado de la recepción de las pruebas (§ 369, IV; no se puede prescindir de esta disposición obligatoria, Düsseldorf NJW 82, 839). Posteriormente, el tribunal resuelve por *auto* acerca de si el requerimiento de revisión está fundado, esto es, si se hallan reunidos los presupuestos mencionados en los §§ 359 y 362 para renovar el examen de la causa. Para ello resulta decisivo que los fundamentos del requerimiento de revisión hayan encontrado *"confirmación suficiente"* (§ 370). La jurisprudencia y la opinión dominante exigen para ello que según el resultado de las investigaciones practicadas debe tornar probable que la realización de un nuevo juicio oral terminará favoreciendo al acusado, en razón de los motivos de revisión ofrecidos[4]. Por cierto, rige el principio "en caso de duda a favor de la cosa juzgada" o *"in dubio contra reum"* (cf. PETERS, 1974, 84 y siguientes). Con ello se cierra el camino, en una medida considerable, para la superación de errores judiciales. Más correcto sería suponer una "confirmación suficiente", según el Derecho vigente, cuando estén fundadas, "desde el punto de vista objetivo, serias dudas sobre la corrección de la sentencia" (HANACK, JZ 73, 403, y DEML, 1979, 92, proponen esa formulación para una reforma). SCHÜNEMANN, 1972, más allá todavía, pretende aplicar, *de lege lata*, el principio *in dubio pro reo* con fundamentos atendibles (cf., también, J. MEYER, 1977, 102); pero así sería menoscabado, en gran medida, el efecto de la integridad de la cosa juzgada (cf., sobre todo esto, WASSERBURG, 1982, *idem*, 1983, 189). En todo caso existe consenso en que no es necesaria la prueba plena de las fundamentaciones presentadas (BVerfG NStZ 90, 499). Si un perito no puede excluir la aplicación al caso del § 20, StGB (inimputabilidad del autor), ello basta para que se ordene la revisión (Stuttgart StrV 90, 539).

El auto a través del cual se ordena el nuevo juicio oral (§ 370, II; el *iudicium rescindens* en el uso lingüístico de la comunidad jurídica) tiene gran importancia: *elimina* la *cosa juzgada* material y la *ejecutoriedad* de la primera sentencia (en cambio, el requerimiento de revisión, como tal, no tiene efecto suspensivo, cf. § 360 y Hamm MDR 78, 692). Él no puede ser recurrido por la fiscalía (§ 372, 2ª frase). El auto que desestima el requerimiento por infundado (§ 370, I), en cambio, está sujeto a la queja inmediata (§ 372, 1ª frase).

Según la sentencia KG JR 84, 393, el condenado, si uno de sus testigos parece haber sido comprado por él, debe probar que los demás testigos propuestos por él no han sido, igualmente, sobornados (muy discutible).

[3] Más detalles en K. MEYER, 1984, 393; crítico PETERS, *Dünnebier-FS*, 1982, 71; ver STACKELBERG, 1984, 458 y s.; KAUT, JR 89, 137; STRATE, 1990.

[4] Cf., como ejemplo ilustrativo, Frankfurt StrV 96, 138, en el caso "Weimar".

III. La repetición del juicio oral

1. Si el requerimiento de revisión ha sido declarado admisible, ello conduce, por regla general, a un *nuevo juicio oral* (§ 370, II), que es completamente independiente del primero. No hay una inversión de la carga de la prueba, antes bien, se debe construir de nuevo, totalmente, el edificio probatorio. El nuevo juicio oral puede terminar, como cualquier juicio oral, con condena o absolución (o sobreseimiento). Sin embargo, la sentencia anterior no puede ser modificada, en la clase y extensión de la pena, en perjuicio del condenado, cuando la revisión del proceso ha sido interpuesta a su favor (prohibición de la *reformatio in peius*: § 373, II). La eliminación de la sentencia anterior deber estar vinculada con una eventual absolución (§ 371, III, *iudicium rescissorium*). Contra la sentencia, tanto si es condenatoria como si es absolutoria, son admisibles los recursos normales.

Es discutible qué debería suceder si el condenado se vuelve incapaz procesal después de ordenarse el nuevo juicio. Frankfurt (NJW 83, 2398) se inclina por el sobreseimiento, HASSEMER (NJW 83, 2353) por continuar con el juicio en aplicación analógica del § 371, I, mientras BAUMANN (*Peters-FG*, II, 1984, 7) –acertadamente– propone, en aplicación analógica del § 371, II, continuar con el proceso sólo con el fin de absolver o, de otro modo, sobreseer.

2. La *absolución* también se puede dictar *sin juicio oral*:

a) cuando el condenado ha muerto (§ 371, I; entonces el juicio oral está siempre excluido);

b) en los demás casos, con consentimiento de la fiscalía (excepción: acción privada), según el arbitrio del tribunal, cuando la situación probatoria, inequívocamente, permite renunciar al juicio oral (cf. § 371, II, StPO y nº 171, RiStBV).

La naturaleza jurídica de la decisión del § 371, II, es muy discutible. De acuerdo con el BGHSt 8, 383 (¡fundamental!) ella debe ser calificada como auto y no como sentencia, de modo que puede ser impugnada con la queja inmediata del § 372, y no procede la apelación ni la casación (de otro modo la opinión anteriormente dominante). "Sería absurdo debatir en un juicio oral y con jueces legos sobre el recurso contra una decisión que ha sido excluida, con total intención, del juicio oral y de la participación de jueces legos" (BGH, cit., p. 387).

En caso de absolución sin juicio oral, el requirente puede solicitar su publicación en el boletín oficial y, dado el caso, en otros boletines (§ 371, IV), para, de ese modo, comunicar públicamente su rehabilitación.

3. Si la condena penal judicial es revocada o atenuada en el procedimiento de revisión, según la StrEG, se debe conceder una *indemnización* a cargo del Estado (en particular ver *infra* § 58, A).

D. Sobre la reforma

I. La interpetación expresamente restrictiva que los §§ 359 y ss. han hallado en la práctica, ha dado lugar, desde hace tiempo, a la exigencia de una reforma integral de la regulación jurídica referida a la revisión y, en relación a algunos procesos de revisión espectaculares (los casos "Rohrbach", "Hetzel" y "Meinberg"), se ha convertido en un bien común de la opinión forense. En verdad, sin embargo, no habría motivos para una reforma total (cf. DEML, 1979, 173), en tanto se acepte la interpretación aquí afirmada (ver *supra* C, II). No obstante, la revisión requiere modificaciones específicas. Así, la revisión *propter nova* debería ser extendida a todos los hechos procesales de los cuales resulte la falta permanente de un presupuesto procesal[5]. Otras exigencias, p. ej., para la trasformación de la revisión en una casación sin plazo (cf. LANTZKE, 1970), deben ser rechazadas decididamente; ellas conducirían a una duración prácticamente interminable de cada proceso penal concreto y harían fracasar la importante *función de pacificación* del proceso penal (ver *supra* § 1, B).

II. Además, la exigencia de reforma más importante consiste en el mejoramiento de la posición del recurrente en revisión, quien la mayoría de las veces está cumpliendo su pena privativa de libertad, desprovisto de todo medio de asistencia. La exigencia de la designación de un defensor obligatorio para la preparación y tramitación del procedimiento de revisión ha sido ampliamente satisfecha por la 1. StVRG. Desde entonces, el tribunal debe designarle un defensor a pedido del condenado, cuando su participación parece necesaria por la dificultad de la situación fáctica o jurídica (§ 364a). Yendo más allá de ello, el § 364b prevé la designación de un defensor ya para la preparación del procedimiento de revisión y para la investigación de nuevos hechos o medios de prueba en el sentido del § 359, nº 5, cuando el condenado es indigente y solicita la designación (¡importante para los esfuerzos con miras a la revisión que debe realizar quien se halla detenido!).

[5] DEML, 1979, 173; cf. además, sobre la reforma, su obra *Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verf. im Strafprozeß*, 1978, 82, 100; HANACK, 1973; J. MEYER, 1977; RIEß, 1994.

Capítulo 11
Ejecución de la pena; costas; indemnización

§ 56. La ejecución de la pena y los registros

A. Ejecución de las penas y ejecución penal (pena privativa de libertad)

Bibliografía: *Schüler-Springorum,* Strafvollz. im Übergang, 1969; AE eines StVollzG, 1973; *Geppert,* Freiheit und Zwang im Strafvollz., 1976; *Müller-Dietz,* Strafvollz.recht, 2ª ed., 1978; *Malchow,* Strafvollz.behörde und Strafvollstr.kammer, tesis doctoral, München, 1978; *Müller-Dietz,* Die Strafvollstr.kammer, JA 81, 57 y 113; *Grunau/Tiesler,* StVollzG, Taschenkomm., 2ª ed., 1982; *Grommek,* Unmittelbarer Zwang im Strafvollz., 1982; *Geppert,* Die ärztl. Schweigepflicht im Strafvollz., 1983; Komm. zum StVollzG (Reihe Alternativkomm.), 3ª ed., 1990; *Müller-Dietz,* Grundfragen des heutigen Strafvollz., NStZ 90, 305; *Kaiser/Kerner/Schöch,* Strafvollz., Eine Einführung in die Grundlagen, 4ª ed., 1991; *Schwind/Böhm* (comps.), StVollzG, Komm., 2ª ed., 1991; *Walter,* Strafvollz., 1991; *Calliess,* Strafvollz.recht, 3ª ed., 1992; *Kaiser/Kerner/Schöch,* Strafvollz. Ein Lehrbuch, 4ª ed., 1992; *Bringewat,* Strafvollstr., Komm. zu den §§ 449 - 463 d StPO, 1993; *Frehsee,* Neuere Tendenzen in der aktuellen Komm.- u. Lehrbuchliteratur zum Strafvollz., NStZ 93, 165; *Calliess/Müller-Dietz,* StVollzG, Kurzkomm., 6ª ed., 1994; *Hauf,* Strafvollz., 1994; *Heinrich,* Ansätze zur Reform des Erwachsenenstrafvollz., JA 95, 75; *Kruis/Cassardt,* Verfassungsrechtliche Leitsätze zum Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft, NStZ 95, 521, 574; *Bringewat,* Die mündliche Anhörung gem. § 454 I 3 StPO..., NStZ 96, 17.

I. Al fallo condenatorio le sigue la *realización de la pena* (ejecución de la pena en sentido amplio). Ella se divide en la *ejecución de la pena* en sentido estricto (esto es, comienzo y supervisión general de la realización de la sentencia) y la *ejecución penal* (cumplimiento de la sentencia en particular; en la práctica esto significa: ejecución de la pena privativa de libertad).

II. 1. Cuando se trata de una pena privativa de libertad, la *ejecución de la pena,* en sentido estricto, abarca, en primer lugar, el procedimiento que va desde que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada hasta el comienzo de la pena y, además, la supervisión *general* de su cumplimiento (que debe ser diferenciada de su cumplimiento *especial*). En el caso de una multa o de una pena patrimonial, su cobro completo pertenece a la ejecución de la pena, de modo tal que aquí no queda lugar para una ejecución especial.

2. Las *fuentes de Derecho* son los §§ 449/463d, que están complementados por la ordenanza sobre ejecución de la pena del 15/2/1956 (ver *supra* § 3, D, 2) y por la ordenanza sobre recaudación de ingresos judiciales (ver *supra* § 3, B, 15).

III. Mientras que, habitualmente, la ejecución de la pena es considerada como (última) parte del procedimiento penal, la *ejecución de la pena privativa de libertad* está fuera del proceso penal.

1. El derecho de ejecución penal (penitenciario) está regulado en la *ley de ejecución penal* (*StVollzG*) del 16/3/1976 (BGBl. I, 581) que, en lo esencial, está en vigencia desde el 1/1/1977 (sobre la entrada en vigor, en particular, cf. los §§ 198 y ss., StVollzG). Ella contiene, ante todo, una regulación detallada para la ejecución de la pena privativa de libertad (§§ 2/126) y de las medidas de seguridad y corrección (§§ 129/138) que privan de la libertad a adultos y sobre la organización de los establecimientos penitenciarios y de las demás autoridades que tienen a su cargo la ejecución de penas privativas de libertad (§§ 139/161). Esta ley no rige para la ejecución de la prisión preventiva (cf. *supra* § 30, D), así como tampoco para la ejecución del arresto de menores y de la pena de menores, para las que los §§ 90, 91 y 115, JGG, prevén una regulación específica (cf., empero, § 176, StVollzG).

2. La *protección jurídica* contra las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de la ejecución está regulada, ahora, en los §§ 108 y ss., StVollzG. De acuerdo con ellos, además del derecho de queja ante el director del establecimiento (§ 108, I, cf. también II), el detenido tiene derecho, ante todo, a dirigir un *requerimiento de decisión judicial* a la Cámara de ejecución penal ante el LG (sobre esto *infra* B, I, 2) contra los actos administrativos en el ámbito de la ejecución penal –según el derecho estadual, en ciertas circunstancias, sólo después de un procedimiento preliminar administrativo– (§§ 109/115, StVollzG). Contra el auto del tribunal (sobre esto, en particular, § 115, StVollzG) está prevista la *queja* ante la Sala penal del OLG (§§ 116 y ss., StVollzG).

B. El cumplimiento de la ejecución de la pena

I. Las *competencias* para la ejecución de la pena han sido reguladas por el EGStGB del 2/3/1974, de la siguiente manera:

1. La autoridad encargada de la ejecución es la *fiscalía* (§ 451). Los asuntos referidos a la ejecución son resueltos allí, en principio, por los asistentes con formación jurídica (cf. § 31, II, RPflG).

Así, p. ej., para nombrar sólo dos tareas significativas y frecuentes en la práctica, el asistente con formación jurídica es competente para la emisión de órdenes de conducción forzada y de detención, conforme al § 457, II, y para la concesión de facilidades de pago, de conformidad con el § 459a. El reglamento de delimitación del 26/6/70 (modificado por el reglamento del 8/1/75) menciona una serie de asuntos que, en general, están exceptuados de la delegación al asistente con formación jurídica, y prescribe en qué casos el asistente, de manera excepcional, debe presentar al fiscal una causa delegada a él.

2. El StGB y la StPO, desde siempre, reservan al tribunal una serie de decisiones especialmente importantes en el ámbito de la ejecución de la pena. Sin embargo, la reforma jurídico-penal ha llevado aquí a una modificación fundamental en la organización de los tribunales y en la competencia judicial al crear *Cámaras de ejecución penal* propias (siguiendo el ejemplo del director especial de ejecución, con arreglo a los §§ 82 y ss., JGG). Estas Cámaras están constituidas en los LG (en determinadas circunstancias, también en un LG central para las circunscripciones de varios LG) y, en los procedimientos referidos a la suspensión de la ejecución del resto de una pena privativa de libertad perpetua o a la suspensión de la ejecución de una internación en un establecimiento psiquiátrico, están integradas por tres jueces; de lo contrario, sólo están integradas por un juez (§§ 78a y 78b, GVG). Ellos son competentes por razón de la materia, en lo esencial, para tomar las decisiones judiciales posteriores necesarias en la ejecución de penas privativas de libertad (p. ej., la revocación de la suspensión de la pena, la suspensión del resto de la pena, ver, en particular, los §§ 453, 454, 454a, II, 454b, III, 458 y 459d, f y h); sólo en pocos casos (p. ej., en la amonestación con reserva de pena, §§ 59 y ss., StGB, 453, o en la formación posterior de la pena única, § 460) sigue siendo competente el *tribunal de primera instancia* (ver en particular § 462a). La competencia territorial de las cámaras de ejecución penal depende del lugar del establecimiento penitenciario en el que está alojado el condenado (§ 462a, I, 1); ella se modifica cuando el condenado es trasladado a otro establecimiento por tiempo ilimitado (BGHSt 26, 278). Empero, las cuestiones pendientes hasta ese momento las decide aún la cámara competente originariamente (BGHSt 26, 165).

3. La fiscalía y el tribunal, para preparar sus decisiones, también dentro del marco de la ejecución de la pena, pueden servirse de la *oficina de auxilio* judicial (§ 463d). No obstante, la StPO no regula aquí mayores detalles, como tampoco lo hace en el § 160, III, para el ámbito del procedimiento de investigación (ver *supra* § 10, D).

II. Presupuesto de la ejecución de la pena es la *cosa juzgada formal* (§ 449), que debe ser certificada por el actuario en una copia testimoniada de la parte resolutiva de la sentencia, que sirve como fundamento de la ejecución (§ 451, I; la llamada certificación de cosa juzgada o certificación de ejecutoria). La ejecución debe ser dispuesta *inmediatamente* después de que la sentencia queda firme; sólo se puede autorizar un *aplazamiento de la pena*, de cuatro meses como máximo, para evitar perjuicios considerables, no compatibles con la finalidad de la pena (§ 456; sobre el aplazamiento de la inhabilitación profesional, cf. § 456c). La ejecución de penas privativas de libertad también puede ser aplazada o suspendida en caso de enfermedad o de embarazo (§ 455) y en los casos de extradición y de expulsión del país hasta se puede prescindir por completo de ella (§ 456a).

III. Para la ejecución de especies de penas particulares se debe resaltar lo siguiente:

1. a) Si un condenado a *pena privativa de libertad* se halla en libertad, la autoridad encargada de la ejecución lo cita para comenzar a cumplir la pena, a la vez que solicita la admisión en el establecimiento penitenciario. Si el condenado no se presenta, la fiscalía puede emitir por sí misma (!)

una orden de detención o una orden de conducción forzada, así como un requerimiento de captura (§ 457, II y III, en relación con el § 131, I), contra el cual el imputado puede reclamar judicialmente, de conformidad con los §§ 23 y ss., EGGVG (Hamm NJW 68, 169).

b) El cómputo de la duración de la pena provoca algunas dificultades en la práctica de la ejecución. En la StPO está regulado el cómputo de la prisión preventiva cumplida después de haber sido dictada la sentencia y de la permanencia en un hospital (ver §§ 450 y 461), así como también, a partir de la 1. StVRG, la privación de libertad sufrida en el extranjero, en un procedimiento de extradición (§ 450a).

2. Las disposiciones válidas para las penas privativas de libertad deben ser aplicadas, analógicamente, en la ejecución de *medidas de seguridad* (ver, en particular, § 463). Con respecto al orden de sucesión de la ejecución, cuando concurren penas privativas de libertad y medidas de seguridad, ver el § 67, StGB.

3. Para la ejecución de *multas* rigen las disposiciones de la Ordenanza sobre recaudación de ingresos judiciales (Schönfelder, 122) que están complementadas, y en parte modificadas, por los §§ 459a y ss. (§ 459). Cf., además, § 111d (ver *supra* § 34, D, I, 2).

4. Para la ejecución de la *pena patrimonial* del § 43a, StGB rigen los §§ 459/459c, 459e, 459f y 459h, análogamente (§ 459i, I). Si, para asegurar la pena patrimonial, se ha ordenado el embargo sobre un bien, de conformidad con el § 111o, o se ha trabado la inhibición general sobre el patrimonio, según el § 111p, esta medida debe ser cancelada sólo después de concluida la ejecución (§ 459i, II).

IV. Los *remedios jurídicos* en la ejecución de la pena están regulados de manera similar que en la StVollzG. En caso de duda sobre la interpretación de la sentencia condenatoria o sobre la admisibilidad de la ejecución de la pena, así como en caso de objeciones contra medidas de las autoridades encargadas de la ejecución, decide la Cámara de ejecución penal, la que, sin embargo, puede devolver la causa al tribunal de primera instancia (§§ 462a, I, 462 y 458). La decisión se pronuncia sin audiencia oral, a través de un auto; puede ser impugnada con la queja inmediata (§ 462).

C. Registro Central y Registro Central de Contravenciones en el Tránsito

Bibliografía: *Haffke,* Hat das BZRG eine Konzeption?, GA 75, 65; *Pryzwansky,* Auswirkungen des Vorhalte- und Verwertungsverbots des BZRG im Strafrecht, tesis doctoral, Göttingen, 1977; *Götz,* Komm. zum BZRG, 5ª ed., 1980; *Sawade/Schomburg,* Ausgewählte Probleme des BZRG, NJW 82, 551; *Rebmann,* Einhundert Jahre Strafregisterwesen in Deutschland, NJW 83, 1513; *Rebmann/Uhlig,* BZRG, 1985; *Uhlig,* Die Unterstützung der StAen mit den Mitteln des Bundeszentralregisters, Rebmann-FS, 1989, 509; *Kalf,* Die Fristen des BZRG in der strafrechtl. Praxis, StrV 91, 132; *Kalf,* Die Behandlung von Schuldunfähigkeitsvermerken nach dem BZRG, StrV 91, 580.

I. 1. Otra de las consecuencias de una condena firme es su inscripción en el *Registro Central.* Se trata de un fichero que depende de la Ley federal del Registro Central del 18/3/71 (en la versión de la promulgación del 21/9/84: Schönfelder, 92), que es llevado por el Procurador General Federal (GBA) en Berlín (§§ 1 y 2, BZRG; sobre la historia y sobre la *lex ferenda*, REBMANN, 1983).

2. En el Registro Central se inscriben todas las condenas firmes a través de las cuales un tribunal alemán ha condenado, ha ordenado una medida de seguridad y corrección, ha amonestado a alguien con reserva de pena conforme al § 59, StGB, o ha determinado la culpabilidad de un menor o de un adolescente, según el § 27, JGG (§ 3, nº 1, § 4, BZRG; sobre las condenas impuestas por tribunales extranjeros cf. §§ 54 y ss., BZRG y Karlsruhe NJW 84, 572). Además, con arreglo al § 3, nº 3/6, BZRG, se incluye en el registro: decisiones de autoridades administrativas y de tribunales que pueden ser jurídico-penalmente importantes como, p. ej., la expulsión de un extranjero, la inhabilitación para ejercer una profesión u oficio, la privación del pasaporte, etc. (ver, en particular, § 10, BZRG); observaciones sobre la incapacidad de culpabilidad, p. ej., la absolución de un imputado a causa del § 20, StGB (§ 11, BZRG); constataciones judiciales conforme a los §§ 17, II, y 18, BZRG; así como decisiones y hechos posteriores referidos, ante todo, a la ejecución de la pena y a la remisión de la pena, p. ej., la suspensión del resto de la pena, conforme al § 57, StGB (ver, en especial, §§ 12/16 y 17, I, BZRG). Todos los tribunales y autoridades están obligados a comunicar al Registro Central Federal las decisiones, constataciones y hechos a inscribir (§ 20, BZRG).

3. A toda persona mayor de 14 años se le otorgará, cuando lo solicite, un certificado del contenido de la información del Registro Central referida a ella, el llamado *certificado de conducta* (§ 30, BZRG). También las autoridades (¡pero no las personas privadas!) pueden obtener un certificado de conducta de una persona cuando lo necesiten para el cumplimiento de sus tareas estatales y el requerimiento al afectado para que presente el certificado de conducta no responde a los hechos o no dio resultado (§ 31, BZRG). Ciertas condenas de relativamente poca importancia (en especial, en el ámbito del Derecho penal de menores) no pueden ser incluidas, desde un principio, en el certificado de conducta (ver, en particular, § 32, BZRG). Transcurrido determinado plazo (tres o cinco años) tampoco pueden aparecer ya otras condenas en el certificado de conducta (§§ 33 y 34, BZRG). Las inscripciones que, según lo expuesto, no son incluidas en el certificado de conducta, pueden ser dadas a conocer, excepcionalmente, a determinadas autoridades, en especial a tribunales y funcionarios de la fiscalía, para los fines de la administración de justicia (*información ilimitada* del Registro Central: § 41, BZRG).

4. Los registros sobre condenas *caducan* al cabo de determinados plazos. Los plazos de caducidad son –graduado según la gravedad de la condena– de cinco, diez o quince años. En caso de condena a pena privativa de libertad perpetua, la caducidad está excluida (§§ 45 y 46, BZRG). El

GBA puede ordenar también, a pedido o de oficio, la caducidad anticipada del registro en caso de que la ejecución ya se haya llevado a cabo y su orden no sea contraria al interés público. Si el requerimiento es rechazado, el solicitante tiene derecho a queja (§ 49, III, BZRG).

5. Si los registros han sido declarados caducos o reúnen ya las condiciones para ser declarados tales, el hecho y la condena ya no pueden ser opuestos al afectado en el tráfico jurídico y no pueden ser utilizados en su perjuicio (§ 51, BZRG, con excepciones previstas en el § 52, BZRG; sobre esto ver *supra* § 24, D, III, 2). El condenado puede calificarse a sí mismo como sin antecedentes penales y no necesita dar a conocer los hechos en los que se basa la condena, si ésta no está incluida en el certificado de conducta o si reúne ya las condiciones para ser declarada caduca (§ 53, I, BZRG). No obstante, esto no rige cuando algunos tribunales o autoridades tienen derecho a una información ilimitada del Registro Central (cf. *supra* C, I, 3) y el condenado ha sido advertido sobre esta circunstancia (§ 53, II, BZRG).

6. La importancia fundamental de un Registro Central, que no brinda informaciones al público en general, reside en que los tribunales y autoridades competentes, a través de un pedido de información al GBA, pueden cerciorarse, en todo momento, sobre los antecedentes penales eventuales de un participante en el procedimiento que se lleva a cabo ante ellos (cf. *supra* C, I, 3, al final). Por otra parte, el legislador ha intentado impedir la "estigmatización" constante del condenado, subsistente aun después del cumplimiento de la pena –algo que es perjudicial para una resocialización eficaz–, al haber acortado considerablemente los plazos para no incluir las condenas en el certificado de conducta y los plazos de caducidad, frente a la situación jurídica anterior (sin embargo, sobre la crítica a la nueva ley, cf., también, GÜLLEMANN/SPELLENBERG, NJW 72, 1969).

II. El Registro Central está complementado por el *Registro Central de Contravenciones en el Tránsito*, llevado por la Oficina Federal de Tránsito Vehicular (*Kraftfahrt-Bundesamt*), en Flensburg (§§ 28/30, StVG y 13/13d, StVZO). Allí son asentadas (§§ 28, StVG, y 13, StVZO):

a) las decisiones firmes de los tribunales penales y de las autoridades administrativas sobre hechos punibles y sobre las contravenciones más graves en la circulación;

b) todas las decisiones firmes referidas a los permisos para conducir y a los permisos para enseñar a conducir (inhabilitación para conducir, privación del permiso para conducir, y otras similares);

c) por último, ciertas decisiones administrativas en materia de transporte de mercancías y de personas.

Los registros deben ser declarados caducos después de determinados plazos (§§ 29, StVG; 13a, StVZO). La información del Registro está limitada de conformidad con el § 30, StVG.

D. El Registro Interestadual de Procesos de la Fiscalía

Bibliografía: *Lemke*, Länderübergreifendes staatsanwaltschaftliches Verfahrensregister, NStZ 95, 484; *Kestel*, §§ 474 y ss. StPO - eine unbekannte Größe, StrV 97, 266.

En el Libro octavo de la StPO, creado recientemente por la VBG del 28/10/94 (§§ 474/477), se halla regulado otro Registro especialmente importante para el procedimiento penal: el Registro Interestadual de Procesos de la Fiscalía (detalladamente sobre esto *SK*-WOLTER, § 474, núms. margs. 1 y ss.; KESTEL, StrV 97, 266). Él es llevado en el Registro Central Federal (ver *supra* C, I) y sirve para la inscripción de determinados datos referidos a procedimientos, hechos e imputados, designados con mayores detalles en el § 474, II, 1. En cuanto a la regulación de los pormenores de la organización del Registro (p. ej., respecto a la clase y entrega de los datos a procesar), el § 476, V, remite a un reglamento de organización a determinar por el Ministerio Federal de Justicia con la aprobación del Consejo Federal.

Los datos sujetos a la obligación de inscripción, que deben ser comunicados por las fiscalías a las autoridades del Registro, (§ 474, III, 1) únicamente pueden ser almacenados y modificados para procedimientos penales (§ 474, II, 2). Los informes del Registro sólo pueden ser proporcionados a las autoridades de la persecución penal, a los fines de un procedimiento penal (§ 474, III, 2) y, por cierto, también en el marco de un procedimiento automatizado de búsqueda, cuya organización se ajusta al mencionado reglamento de creación del Ministerio Federal de Justicia (§ 476, V, nº 4) y cuyas particularidades están establecidas en el § 475. Más allá de ello, los datos de los § 474, II, nº 1 y 2 (datos referidos al imputado, así como a la oficina competente y al número de expediente) también pueden ser transmitidos, bajo determinadas condiciones y a requerimiento, a las autoridades de protección de la Constitución, a la Oficina para el Servicio de Contraespionaje Militar y para el Servicio Secreto Federal (§ 474, IV); sin embargo, ellos también pueden ser utilizados en procedimientos penales, únicamente (§ 474, VI). Sobre si se proporciona informes a los afectados deciden las autoridades del Registro, con sujeción al § 19 de la Ley Federal de Protección de Datos, de conformidad con la fiscalía, que ha comunicado los datos personales (§ 477).

En caso de incorrección, los datos deben ser rectificados y, bajo determinados presupuestos, también deben ser bloqueados o, incluso, borrados (con mayores detalles § 476, I/III). En caso de que se transmita datos personales incorrectos, que deben ser borrados o bloqueados, la corrección, el bloqueo o la cancelación debe ser comunicada al destinatario (§ 476, IV).

§ 57. Las costas

Bibliografía: *Friedenreich*, Die Lehre von den Kosten im Strafprozeß, 1901; *Leiss-Weingartner*, Strafvollstreckung (Handbuch der amtsgerichtl. Praxis, t. 9; libro 2º: Kosten des Strafverf.), 2ª ed., 1985; *Wangemann*, Das Risiko der Staatskasse im Strafverf., 1971; *Hassemer*, Dogmatische, kriminalpolit. und verfassungsrechtl. Bedenken gegen die Kostentragungspflicht des Angekl., ZStW 85 (1973), 651; *Kühl*, Zur Beurteilung der Unschuldsvermutung bei Einstellungen und Kostenentsch., JR 78, 490; *Rieß*, Thesen zur Reform des strafproz. Kostenrechts, en: *Schreiber*, Strafprozeß und Reform, 1979, 150; *H. Schmidt*, Streitfragen im Recht der "Kosten des Verf.", §§ 464 y ss., Schäfer-FS, 1980, 231; *Michaelowa*, Die Notwendigkeit von Kostenentscheidungen in sog. Zwischen- oder Nebenverf., ZStW 94 (1982), 969; *Beste*, Die Kostenlast im Strafprozeß, 1988; *B.-D. Meier*, Die Kostenlast des Verurteilten, 1991; *Neumann*, Die Kostentragungspflicht des verurteilten Angekl. hinsichtl. der Gebühren und Auslagen des "Zwangsverteidigers", NJW 91, 264.

A. Concepto de costas

I. Las costas del procedimiento penal se dividen en *tasas* (§§ 40/47, GKG) y *gastos* de la caja estatal (nº 1900 y ss., lista de costos –anexo 1 a la GKG–; cf. § 464a, I, 1). Las tasas están destinadas a cubrir, al menos parcialmente, los costos de la administración de justicia penal (el importe de la tasa depende de la gravedad de la pena impuesta; § 40, I, GKG). Los gastos, que sólo pueden ser cobrados en los casos determinados legalmente, porque en general son pagados por las tasas judiciales, se originan para el Estado o para las personas privadas (p. ej., los gastos de un viaje oficial en caso de una inspección ocular en el extranjero, compensaciones para peritos y testigos, o para el defensor designado).

II. A las costas del procedimiento pertenecen también los gastos ocasionados por la preparación de la acción pública, así como los costos de la ejecución de una consecuencia jurídica del hecho (§ 464a, I, 2).

III. De las costas del procedimiento, en sentido estricto, se debe diferenciar los *gastos* de un interviniente, para los que la ley ha establecido reglas especiales en otras partes (cf. §§ 467, 467a, 469/473). Se trata, esencialmente, de los honorarios del defensor y de la pérdida de tiempo del imputado (ver § 464a, II). A favor de la facultad de restituir los gastos ocasionados por un dictamen privado, en contra de la jurisprudencia más antigua, Düsseldorf NStZ 91, 353, con comentario a favor de DAHS.

B. Decisión sobre costas y gastos necesarios

Toda decisión definitiva debe determinar a quién le corresponde soportar las costas del procedimiento (§ 464, I), p. ej., "El acusado tiene que soportar las costas del procedimiento" o "Las costas del procedimiento recaen sobre la caja estatal". Lo mismo rige para las decisiones sobre los gastos necesarios de un interviniente (§ 464, II).

C. Obligación de soportar las costas

I. 1. El acusado tiene que soportar las costas del procedimiento, siempre que haya sido *condenado* (§ 465, I, 1). Si por las investigaciones realizadas para aclarar determinadas circunstancias de cargo o de descargo se han originado gastos especiales, y esas investigaciones han resultado favorables al acusado, entonces el tribunal tiene que imponer los gastos causados, en parte o totalmente, a la Caja Estatal, cuando sería injusto hacer cargar con ellos al acusado (§ 465, II). Esto rige, en particular, cuando se trata de una *absolución parcial*, en cuyo caso los costos y gastos deben ser repartidos correspondientemente, en el procedimiento para determinar las costas (ver *infra* E; ver, en especial, BGH NJW 73, 665).

2. El cobro de los gastos del procedimiento y de los gastos de prisión constituye, con mucha frecuencia, una *amenaza para la resocialización*. Además, el trabajo invertido en recaudar, no guarda relación alguna con la suma ínfima en juego. Por esa razón, en algunos estados federados –en parte ya desde hace muchos años– se prescinde, en general, del cobro de los gastos de prisión (así, p. ej., en Baden-Württemberg). En otros estados federados, p. ej. en Nordrhein-Westfalen, está establecido que, hasta la nueva regulación legal federal del Derecho de costas de prisión, el funcionario encargado de las costas tiene que prescindir del cálculo de las costas de prisión, no sólo en caso de incapacidad para pagar del condenado, sino también cuando el cobro de los gastos de prisión puede provocar una amenaza para su resocialización (cf. AMELUNXEN, DRiZ 56, 165); cf., también, el § 10 de la Ordenanza sobre costas de la administración de justicia (Schönfelder, 120). En caso de que exista una amenaza para la resocialización, *de lege ferenda* se debe considerar la supresión completa de la obligación del condenado de soportar las costas, cuestionable desde el punto de vista político-criminal e insignificativo desde el punto de vista fiscal[1].

II. Según el § 467, I, en caso de absolución, de que se dicte un auto de rechazo conforme al § 204 y de sobreseimiento judicial del procedimiento, las costas del procedimiento y los gastos necesarios del procesado recaen, en principio, sobre la Caja Estatal (para el caso de muerte del imputado cf. *supra* § 21, B, III, 1, a).

1. Sobre esto rige una *excepción obligatoria* cuando el procesado ha causado costas o gastos especiales por negligencia culpable (§ 467, II) o cuando ha dado lugar a la promoción de la acción simulando haber cometido el hecho que se le atribuye (§ 467, III, 1).

2. Rige una *excepción facultativa* cuando el procesado se ha expresado mendazmente, o ha callado sobre circunstancias esenciales de descargo (§ 467, III, 2, nº 1) o cuando no es condenado por la comisión de una acción punible sólo porque existe un impedimento procesal (§ 467, III, 2, nº 2).

[1] Cf. HASSEMER, 1973; crítico RIEß, 1979, 150, 155; establece una diferencia MEIER, 1991, 313 y ss., quien apoya una solución flexible y no evalúa como insignificante la importancia fiscal de la obligación de soportar las costas.

3. Por último, el tribunal puede prescindir de imponer los gastos necesarios del procesado a la caja estatal cuando sobresee el procedimiento, según un precepto que, conforme a su discreción, lo permite, p. ej., en caso de sobreseimiento por insignificancia en razón del § 153, II (§ 467, IV). Según Frankfurt NJW 80, 2031, esto no atenta contra la presunción de inocencia del art. 6, II, MRK (reseña crítica de KÜHL, NStZ 81, 114). Si el procedimiento, tras un sobreseimiento provisional anterior conforme al § 153a (cf. *supra* § 14, B, II, 2, b), es sobreseído definitivamente, los gastos necesarios del procesado recaen sobre él, sin excepción (§ 467, V), pero no así los gastos del acusador conjunto (cf. KÜHL, NJW 80, 1834, con mayores informaciones).

III. Las costas provocadas por la interposición de un *recurso* ineficaz las carga aquel que lo ha interpuesto (§ 473, I). Prescindiendo de la ficción del § 473, V, según la opinión dominante (*LR*-HILGER, 24ª ed., § 473, núms. margs. 22 y ss., con numerosas informaciones) un recurso es ineficaz cuando es rechazado o cuando, finalmente, conduce otra vez al mismo resultado o a un resultado similar, en lo esencial, para el recurrente. Por tanto, si el acusado interpone un recurso de casación, p. ej., porque la integración del tribunal es contraria a las disposiciones, el tribunal de casación reenvía la causa y el tribunal al que se la ha remitido confirma la sentencia recurrida, entonces el acusado debe soportar también las costas de la casación exitosa interpuesta por él. Sería más correcto imponer la costas de la segunda instancia siempre a la caja estatal cuando la sentencia de primera instancia fuera anulada (cf. Warburg, NJW 73, 23).

En caso de que el recurso tenga un éxito parcial, el tribunal tiene que reducir la tasa e imponer los gastos, total o parcialmente, a la caja estatal. Ello rige, de manera análoga, para los gastos necesarios de los intervinientes (cf. § 473, IV).

IV. El *denunciante* tiene que soportar las costas y los gastos necesarios cuando él ha denunciado en oposición a su propia convicción o de manera groseramente descuidada (§ 469).

V. El *instante* tiene que soportar los gastos necesarios en caso de retractación de la instancia de persecución penal. Sin embargo, ellos también pueden ser impuestos al acusado, en tanto él se haya manifestado dispuesto a asumirlos, o a la Caja Estatal, cuando fuera injusto que los intervinientes carguen con ellos (§ 470).

VI. Si la *fiscalía desiste* de la *acción* antes promovida y sobresee el procedimiento, los gastos necesarios recaen, en general, sobre la Caja Estatal (cf. § 467a). Por consiguiente, según la clara voluntad del legislador, para el caso de que el procedimiento sea sobreseído ya *antes del cierre formal* de las investigaciones, no debe existir derecho alguno a la restitución de los gastos; detrás de ello se encuentra la idea (no del todo convincente) de

que la consulta a un abogado en un estadio tan temprano del procedimiento no es indispensable y, por ello, debe realizarse por cuenta del imputado (cf. LG München I NJW 73, 2305).

D. Impugnación de las decisiones sobre las costas

Contra la decisión sobre las costas y los gastos necesarios es admisible, únicamente, la queja inmediata (también cuando se trata de una sentencia) y ello sólo cuando es procedente una impugnación de la decisión principal (§ 464, III, 1; cf. BGHSt 25, 77). Según la opinión actualmente dominante, la decisión sobre las costas y los gastos en caso de sobreseimiento conforme al § 153 (cf. Braunschweig NJW 74, 1575) o conforme al § 154 (Hamm MDR 86, 1048) es inimpugnable; se discute si esto rige también en caso de un sobreseimiento según el § 206a (cf. Düsseldorf MDR 86, 1049, con mayores informaciones; 87, 958; a favor de la impugnabilidad Zweibrücken NStZ 87, 425). También son irrecurribles las decisiones conforme al § 467a, I y II, así como según el § 469, I y II (§§ 467a, III, y 469, III).

E. Procedimiento para determinar las costas

El importe de las costas y gastos que un interviniente tiene que reintegrar a otro interviniente es determinado por el asistente (con formación jurídica), a pedido de un interviniente, en un auto de determinación de costas (§§ 464b, StPO, y 21, I, nº 1, RPflG).

A este procedimiento –en especial a la impugnación de ese auto– se debe aplicar, analógicamente, los preceptos de la ZPO (§ 464b, 3, StPO, en relación con el § 104, III, 2, 5, ZPO). No obstante, para las decisiones sobre la queja rige la prohibición de la *reformatio in peius* (cf. SCHMIDT, NJW 80, 682).

§ 58. Indemnización

A. La indemnización del imputado

Bibliografía: *Kühl*, Haftentsch. u. Unschuldsvermutung, NJW 80, 806; *Schätzler*, Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG), Komm., 2ª ed., 1982; *D. Meyer*, Strafrechtsentschädigung u. Auslagenerstattung, 2ª ed.,1989; *Kröner*, Zur Entschädigung nach dem StrEG, Baumann-FS, 1992, 407.

Las medidas adoptadas en la persecución penal, conformes o contrarias a derecho, pueden ocasionar diversos perjuicios al afectado.

I. Indemnización en caso de medidas contrarias a derecho

Si la medida adoptada en la persecución penal es *antijurídica*, desde un principio, es decir, si ella fue ordenada infringiendo la StPO (p. ej., la

prisión preventiva que atenta contra el principio de proporcionalidad, según el § 112, I, 2), el afectado tiene una pretensión derivada de la violación de los deberes del cargo en caso de que se trate de una infracción de los órganos estatales (§ 839, BGB, y art. 34, GG). Si se trata de una mera ilegalidad objetiva, existe, en determinadas circunstancias, un derecho a indemnización de daños y perjuicios, derivado del art. 5, V, MRK, reclamable judicialmente de manera directa (básico al respecto BGHZ 45, 58).

II. Indemnización en caso de medidas conformes a derecho

También para las medidas soportadas de forma *legal* durante la persecución penal, la *Ley sobre la indemnización por medidas de la persecución penal* del 8/3/1971 (StrEG) concede derecho a indemnización[2].

La StrEG regula también la indemnización en caso de *incautación de material de prensa*, no justificado por el resultado del procedimiento. El precepto análogo de algunas leyes estaduales de prensa quedó derogado, a pesar de la cláusula de subsidiariedad del § 2, II, nº 4, StrEG, a partir de la regulación de la incautación del material de prensa para el Derecho federal, en los §§ 111m y 111n, en relación con los §§ 111b y ss., StPO (*supra* § 34, C, IV, 8; detalladamente sobre esto, ACHENBACH, en: LÖFFLER, *PresseR*, 4ª ed., § 17, LPG, núms. margs. 1 y ss., con mayores informaciones).

1. Si el imputado ha sido *condenado*, el § 1, StrEG, obliga al Estado, de un modo general, a indemnizar cuando la condena es suprimida o atenuada en un procedimiento de revisión o después de que ella ha quedado firme. La indemnización está excluida, entre otros supuestos, cuando el imputado ha provocado dolosa o de manera groseramente imprudente la medida de persecución penal o cuando ha dado lugar a ella debido a que se ha incriminado a sí mismo mendazmente en puntos fundamentales (cf. §§ 5 y 6, StrEG). La obligación de indemnizar comprende, además del daño patrimonial completo, también el daño moral, que se paga con una cantidad fija que ahora (cf. la Ley de reforma de la StrEG del 24/5/1988) asciende a 20 DM por cada día comenzado de privación de la libertad (§ 7, StrEG). Además del imputado, también tienen derecho a indemnización las personas frente a las cuales él estaba obligado a pagar alimentos (§ 11, StrEG).

2. Si el imputado *no* ha sido *condenado*, según el § 2, II, StrEG, se le debe conceder indemnización por prisión preventiva, internamiento provisional, detención provisional, secuestro y privación provisional del permiso para conducir, cuando él ha sido absuelto (§ 2, I, StrEG). En caso de sobreseimiento del procedimiento se debe diferenciar: si el procedimiento *debe* ser sobreseído, en principio, siempre se debe conceder una indemnización. Si el procedimiento es sobreseído en virtud de una disposición

[2] Sobre la crítica y reformas posteriores ver BAUMANN, *Heinitz-FS*, 1972, 705; sobre la interpretación y el desarrollo en la jurisprudencia del BGH, cf. KRÖNER, 1992.

discrecional (p. ej., § 153, I), se *puede* conceder una indemnización, si ello responde a razones de justicia (§ 3, StrEG). Algo análogo rige cuando el tribunal prescinde de la pena o cuando las consecuencias jurídicas ordenadas en la condena del tribunal penal son más moderadas que las medidas de persecución penal dirigidas a ellas (la llamada medida de persecución penal excesiva) (§ 4, StrEG). Es inadmisible hacer depender el sobreseimiento de la renuncia a una indemnización por prisión (con mayores detalles SEEBODE, NStZ 82, 144).

3. *Según el procedimiento* se debe diferenciar entre la decisión sobre el fundamento de la obligación de indemnizar y sobre el importe de la indemnización. La decisión *relativa al fundamento* la toma el tribunal, normalmente, en la sentencia o auto que pone fin al procedimiento; si la fiscalía ha sobreseído el procedimiento, decide el AG competente en el lugar donde tiene su sede la fiscalía (ver, en particular, § 9, StrEG). Contra la decisión judicial es admisible la queja inmediata (§ 8, StrEG). Si la obligación de indemnizar según su fundamento es declarada firme, el derecho a la indemnización (por tanto, *relativo al importe*) debe ser hecho valer dentro de un plazo de caducidad de seis meses, ante la fiscalía que ha conducido las investigaciones en primera instancia. Sobre este derecho se debe advertir al interesado. Sobre el pedido decide la autoridad superior de la Administración de Justicia Estadual, autoridad que, sin embargo, puede delegar esta facultad de decisión en funcionarios subordinados (§§ 10 y 12, StrEG). Contra esta decisión procede el reclamo judicial ante la Cámara Civil de los LG, dentro de los tres meses (§ 13, StrEG).

III. Legitimados para reclamar

Según la StrEG, si se prescinde del § 11, StrEG, únicamente tiene derecho a indemnización el mismo imputado contra el que se ha dirigido la medida. Por consiguiente, los terceros en cuyos derechos se ha intervenido (p. ej., en caso del secuestro de medios de prueba) no tienen derecho alguno según la StrEG, pero sí lo tienen, eventualmente, de conformidad con los §§ 74f, StGB y 28, OWiG, o como derivación de la violación de los deberes del cargo (§ 839, BGB, y art. 34, GG). Aun cuando un testigo solicita una indemnización por una detención por la fuerza, sufrida sin motivo (§ 70, III), no es posible una aplicación analógica de la StrEG, sino la aplicación analógica del § 5, V, MRK, o la alegación de una pretensión general por daños sufridos objetivamente, en disconformidad con la ley (BGHSt 36, 236).

B. El resarcimiento para las víctimas de hechos de violencia

Bibliografía: *Schoreit*, Entsch. der Verbrechensopfer als öffentl. Aufgabe, 1973; *Schoreit/Düsseldorf*, Gesetz über die Entsch. für Opfer von Gewalttaten (OEG), Komm., 1977; *Schulz-Lüke/Wolf*, Gewalttaten und Opferentsch., Komm. zum OEG, 1977; *Weintraud*, Staatl. Entsch. für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und in der BRD, 1980; Frank *Ebert*, Hilfe für Verbrechensopfer, tesis doc-

toral, München, 1981; *Kunz/Zellner,* OEG, Komm., 3ª ed., 1995; *Pflüger,* Entsch. für Strafverfolgungsmaßnahmen zugunsten des verstorbenen Angekl.?, GA 92, 20.

A través de la Ley sobre la indemnización para víctimas de hechos de violencia (OEG), en la versión de la publicación del 7/1/1985 (BGBl. I, 1), también ha sido regulada legalmente la *indemnización para la víctima*, tema que debe ser expuesto aquí brevemente, en sus rasgos fundamentales, a causa de su relación con lo que estamos tratando:

En virtud del § 1, OEG, quien ha sufrido un daño en la salud a través de un acto de agresión doloso y antijurídico o de su resistencia conforme a derecho, a través del suministro doloso de veneno o a través de un delito grave cometido con medios idóneos para crear un peligro común, recibe asistencia debido a las consecuencias para la salud y económicas, de conformidad con las reglas de la Ley Federal de Asistencia, esto es, ante todo, servicios de rehabilitación médicos y profesionales, pensiones por invalidez o asistencia en favor de la familia del fallecido (§§ 9 y ss., BVG). Están exceptuados todos los hechos cometidos por medio de un automóvil o remolque (§ 1, VI, OEG), pero en lo que a ello respecta se aplica, conforme al § 12, PflVersG, en la versión del § 9, OEG, un fondo de indemnización de la Administración alemana de seguros. El § 2, OEG, prevé como obligatorio el rechazo de la pretensión para dos grupos de casos: en el supuesto de causación del daño por el damnificado y cuando sería injusto conceder el resarcimiento por otros motivos, en especial, por el comportamiento del mismo reclamante; así como, facultativamente, en el supuesto de la omisión de cooperar en el esclarecimiento de la causa. Finalmente, queda excluida, en general, la reparación de daños materiales. Otras disposiciones de la OEG conciernen al litisconsorcio (§ 3) y a la cesión de los derechos de indemnización previstos por la ley (§ 5), así como también al procedimiento y al reclamo judicial (§§ 6 y 7).

Más detalladamente sobre el contenido de la ley, además de los comentarios citados previamente, JUNG, JuS 76, 478; RÜFNER, NJW 76, 1249; RÖHMEL, JA 77, 39 y 87. Sobre la inclusión del daño causado con dolo eventual y sobre las cuestiones probatorias, TENTER/SCHLEIFENBAUM, MDR 91, 1015.

Con respecto a la ley para asegurar los derechos de la víctima, que pretende asegurarle los ingresos derivados de la comercialización de la historia del hecho, cf. *infra* § 63, C, IV.

Capítulo 12
Particularidades del procedimiento ordinario

§ 59. El procedimiento acelerado y el llamado encarcelamiento para la realización del juicio oral

Bibliografía: *Siegert,* Krit. Bemerkungen zum Schnellverf., GerS 102 (1933), 30; *Gallrein,* Das schleunige Verf. im Strafprozeß, 1934; *Töwe,* Neugestaltung der besond. Verf.arten, GerS 107 (1936), 48; *Schünemann,* Das beschl. Verf. im Zwiespalt von Gerechtigkeit u. Politik, NJW 68, 975; *Rud. Schmitt,* Das Strafverf. zweiter Klasse, ZStW 89 (1977), 639; *Rieß,* Vereinfachte Verf.arten für die kleinere Kriminalität, en: Schreiber, Strafprozeß u. Reform, 1979, 113; *Herzog,* Wider den "kurzen Prozeß", ZRP 91, 125; *Dähn,* Möglichkeiten einer verstärkten Anwendung des beschl. Verf. bei Bagatelldelikten, Baumann-FS, 1992, 349; *Fezer,* Vereinfachte Verf. im Strafprozeß, ZStW 106 (1994), 1; *Loos/Radtke,* Das beschleunigte Verfahren (§§ 417-420 StPO) nach dem VBG, NStZ 95, 569; 96, 7; *Schlothauer,* Vereinfachte Beweisaufnahme nach dem VBG auch in der Berufungsinstanz, StrV 95, 46; *Asbrock,* Hauptsache Haft! - Hauptverhandlunghaft als neuer Haftgrund, StrV 97, 43; *Hartenbach,* Einführung der Hauptverhandlungshaft, ZRP 97, 227; *Hellmann,* Die Hauptverhandlungshaft gem. § 127 b, NJW 97, 2145; *Herzog,* Symbolische Untersuchungshaft und abstrakte Haftgründe, StrV 97, 215; *Sprenger,* Fördert die Neuregelung des beschleunigten Verfahrens seine breitere Anwendung?, NStZ 97, 574; *Stinzing/Hecker,* Abschreckung durch Hauptverhandlungshaft?, NStZ 97, 569.

A. Fines y límites

En el procedimiento acelerado (§§ 417/420), la sentencia, por decirlo así, le pisa los talones al delito. En las grandes ciudades no es extraño que los detenidos durante la noche de manera provisional sean juzgados ya a la mañana siguiente, en una dependencia policial. Sin embargo, este privilegio indiscutible de la rapidez se paga con graves menoscabos a la legitimidad del procedimiento (ver, en particular, *infra* B). Por otra parte, en el procedimiento acelerado es prácticamente imposible examinar la personalidad del autor y los fundamentos de la medición de la pena que dependen de ello. Por ello, este "procedimiento rápido" sólo es aconsejable cuando los hechos pueden ser averiguados esquemáticamente, sin que la producción y la valoración de la prueba sean extensas, mientras que, en cambio, sería inconveniente si se trata, p. ej., de manifestaciones turbulentas y actuales, porque, en ese caso, en la medición de la pena existiría el peligro de que se diera preferencia, exclusivamente, a la prevención general.

Así y todo, desde las últimas reformas (cf. *infra* § 72, E, VII) el procedimiento acelerado parece ser adoptado, de hecho, con mayor frecuencia. Cuando una confesión creíble ahorra la recepción posterior de la prueba, este tipo de procedimiento es practicado con algún éxito en los suspuestos de violaciones al derecho de extranjería, de pequeños hurtos y estafas, pero también en caso de lesiones del deber de pagar alimentos y en los delitos de allanamiento de ámbitos públicos (¡estaciones ferroviarias!). Sin embargo, hay que tener en cuenta que la mayoría de los delitos de esta clase podrían ser concluidos por aplicación del § 153a.

Dado que, según la opinión del legislador, el procedimiento acelerado se ha impuesto muy poco en la práctica, en 1997 se estableció por primera vez un motivo de detención y un derecho a detener para un tipo de procedimiento determinado (§ 127b). Se dio así por supuesto que el procedimiento de los §§ 419 y ss. se aplicaba, hasta ahora, con tan poca frecuencia porque los supuestos autores, detenidos en un primer momento en forma provisional, debían ser liberados nuevamente, debido a la falta de los presupuestos de la detención y, de este modo, podían sustraerse al juicio oral (Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 13/2576, 3). El término "encarcelamiento para la realización del juicio oral", en sí equívoco, se explica por esta finalidad, que sirve al aseguramiento del juicio oral del procedimiento acelerado. Sin embargo, el precepto parece haber suscitado aún más críticas que el procedimiento acelerado mismo[1]: el motivo de detención regulado en el § 127b, II, está en contradicción con la sistematización de los §§ 112 y ss., pero su ámbito de aplicación es considerablemente más limitado que aquello que puede parecer a primera vista (sobre esto, en particular, *infra* C). En tanto el encarcelamiento para la realización del juicio oral pretenda servir también a la finalidad de intimidar al supuesto autor e influir en él educativamente, así como a fortalecer la confianza de la población en el ordenamiento jurídico (ésta es la fundamentación de la ley, Boletín parlamentario, Dieta Federal [BT-Drucks.] 13/2576, 3), es contrario a la Constitución. Pues ya el BVerfGE 19, 342, ha aclarado que las medidas privativas de la libertad sólo son admisibles por motivos "absolutos", establecidos por el Derecho constitucional. Sobre la base de la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad, con la prisión preventiva (y el encarcelamiento para la realización del juicio oral no es más que eso) sólo se puede perseguir el fin de asegurar el procedimiento penal y no, p. ej., un fin preventivo. En lo que a ello respecta, el § 127b debe ser interpretado restrictivamente, conforme a la Constitución.

B. La regulación del procedimiento acelerado

I. Presupuestos, decisiones

1. El procedimiento acelerado es *admisible* ante el juez penal (juez único) y ante el tribunal de escabinos, en tanto:

a) la fiscalía lo solicite (§ 417);

b) la causa sea adecuada para enjuiciar inmediatamente, en virtud de que el estado de cosas es sencillo o por la clara situación probatoria (§ 417), y

c) no se imponga una pena superior a un año de pena privativa de libertad (§ 419, I, 2).

[1] Sobre esto, cf. ASBROCK, StrV 97, 43; HELLMANN, NJW 97, 2145; STINZING/HECKER, NStZ 97, 569.

Se discutió mucho cómo se debía proceder cuando el tribunal, en el procedimiento acelerado, había aplicado una pena más grave (cf. 20ª edición). Según la sentencia del BGHSt 35, 251 (con reseña de SCHWECKENDIECK, NStZ 90, 486), en un caso semejante el tribunal de apelación puede reducir la pena al límite permitido por el § 419, I, 2 (en aquella época § 212b, I, 2).

2. El tribunal tiene que acceder a la solicitud de la fiscalía cuando la causa es apropiada para el juicio en procedimiento acelerado (§ 419, I, 1). Éste es el caso cuando el juicio oral puede ser realizado de inmediato o en un tiempo considerablemente más breve que en un procedimiento normal (Düsseldorf NStZ 97, 613). De lo contrario, el tribunal debe rechazar por intermedio del procedimiento acelerado –por auto irrecurrible (§ 419, II, 2)–. El rechazo –que es posible aún en el juicio oral, hasta el pronunciamiento de la sentencia (§ 419, II, 1)– debe producirse, en especial, si resulta que tendría que ser impuesta una pena superior a un año de privación de libertad o una medida de seguridad de conformidad con el § 61, nº 1/4, o nº 6, StGB (§ 419, I, 2 y 3); la única medida de seguridad que puede ser impuesta en el procedimiento acelerado es la privación del permiso para conducir, mencionada en el § 61, nº 5, StGB (§ 419, I, 3). En caso de rechazo, el tribunal decide la apertura del procedimiento principal cuando existe sospecha suficiente (§ 419, III, Hs. 1). Sólo se puede prescindir de la interposición de una nueva acusación en el supuesto de que no se abra el juicio oral (§ 419, III).

3. Si en el procedimiento normal ha sido dictado ya un auto de apertura, es inadmisible pasar posteriormente al procedimiento acelerado (BayObLG MDR 88, 77).

II. Particularidades en el desarrollo

En comparación con el procedimiento regular, el procedimiento acelerado presenta *algunas particularidades* que conducen a la simplificación y abreviación:

1. La acusación puede ser formulada oralmente en el juicio oral, sin que con anterioridad se deba presentar un escrito de acusación (§§ 417 y 418, III).

2. No se dicta un auto de apertura, en otras palabras, se suprime el procedimiento intermedio completo (§ 418, I).

3. El plazo de citación está reducido a 24 horas (§ 418, II, 3), por lo cual la citación no es necesaria en absoluto cuando el imputado comparece en forma voluntaria o es conducido forzadamente (§ 418, II, 1).

4. Si es de esperar una pena privativa de libertad de al menos seis meses se le debe nombrar un defensor al imputado (§ 418, IV).

5. Con la nueva regulación del procedimiento acelerado en los §§ 417 y ss., la VBG (cf. *infra* § 72, E, VII) introdujo en el § 420 algunas simplificaciones para la recepción de la prueba. Así, la declaración de testigos, peritos y coimputados puede ser reemplazada por la lectura de actas de declaraciones anteriores o de documentos que contienen manifestaciones análogas (§ 420, I); también fue ampliada más allá de los límites del § 256

la posibilidad de leer informes de funcionarios públicos (§ 420, II). Sin embargo, siempre es presupuesto para ello el consentimiento del acusado, del defensor y de la fiscalía, en tanto ellos estén presentes en el juicio oral (§ 420, III). Por último, el § 420, IV, aclara que en el procedimiento ante el juez penal, éste, sin perjuicio de lo dispuesto por el § 244, II, determina la extensión de la recepción de la prueba. El § 420 no rige para un eventual juicio de apelación.

6. En lo demás, el procedimiento acelerado no se aparta del procedimiento regular; también rigen aquí, sin modificación alguna, los preceptos relativos a los recursos.

C. El llamado encarcelamiento para la realización del juicio oral

I. El motivo de detención

1. El § 127b, II, no contiene motivos de detención taxativos como, p. ej., el § 112, II, sino que remite únicamente al § 127b, I. De tal manera, los presupuestos queridos por el legislador para disponer el juicio oral permanecen ocultos:

Dado que todo el instituto del encarcelamiento para la realización del juicio oral colide con importantes objeciones (con más detalles HERZOG, StrV 97, 215; HARTENBACH, ZRP 97, 227; así como *infra* 2, b), más allá del texto legal, se deberá exigir que:

– al igual que en el § 112, I, 1, exista una sospecha vehemente.

A ello se debe añadir los presupuestos determinables a partir de la ley. Por consiguiente, la detención puede ser ordenada:

– cuando la decisión debe ser dictada por medio del procedimiento acelerado, por tanto, el sospechoso fue detenido en virtud del § 127b, I, o no existe una solicitud de la fiscalía de conformidad con el § 417 y,

– de acuerdo con determinados hechos se debe temer que el detenido se ausentará del juicio oral.

2. a) El presupuesto mencionado en último lugar coincide con el motivo de detención regulado en el § 112, II, nº 2: peligro de fuga. No obstante, va más allá, en tanto también puede dictarse una orden de detención cuando es de esperar que el imputado no se fugará, pero no cumplirá con la citación al juicio oral. Hasta ahora, en tales casos, era inadmisible ordenar la prisión preventiva, debido a que, ante todo, se debía aplicar el medio menos grave de la conducción forzada. El § 127b, I, nº 2, también se diferencia del § 112, II, nº 2, en lo concerniente al grado de probabilidad de permanecer ausente. Mientras que la prisión preventiva por peligro de fuga puede ser ordenada cuando en la valoración de las circunstancias del caso individual existe el peligro de que el imputado se sustraerá al procedimiento penal, en el supuesto del encarcelamiento para la realización del juicio oral es ya suficiente que "sea de temer" que el imputado estará ausente en el juicio oral. Por tanto, aquí es suficiente una probabilidad menor.

b) Debido a la falta de organización del sistema del § 112 y ss. no se puede ver con claridad hasta qué punto son aplicables al encarcelamiento para la realización del juicio oral los principios de la prisión preventiva. No obstante, en virtud del alto rango constitucional de la libertad de la persona (art. 2, II, 2, GG) se debe partir de la base de que también el encarcelamiento para la realización del juicio oral está sujeto al principio de proporcionalidad (cf. § 112, I, 2). En relación a este punto surgen importantes dudas acerca de si el instituto del encarcelamiento para la realización del juicio oral no quedará vacío de contenido, puesto que difícilmente su utilización será, alguna vez, proporcional (sobre esto cf. STINTZING/HECKER, NStZ 97, 573); en cualquier caso, en contra de ello hablan las penas reducidas que se puede esperar del procedimiento acelerado (cf. § 419), así como el hecho de que la StPO prevé instrumentos menos graves que sirven al aseguramiento del juicio oral en caso de que el acusado se ausente (§§ 230, II, 232 y 408a).

3. El encarcelamiento "debe" ser ordenado por el juez competente para el procedimiento acelerado, § 127b, III.

II. El derecho a detener

El § 127b, I, contiene un derecho a detener que, al igual que el motivo de detención, pretende servir al aseguramiento de la realización del procedimiento acelerado. De acuerdo con ello, la fiscalía y los funcionarios de la policía pueden detener provisionalmente a una persona vehementemente sospechosa de haber participado en el hecho cuando:

– es probable una decisión inmediata en el procedimiento acelerado, y

– a causa de determinados hechos es de temer que el detenido no se someterá al juicio oral.

El presupuesto mencionado en último lugar permite concluir en que, la mayoría de las veces, el derecho a detener sólo opera cuando existen los presupuestos de una orden de detención conforme al § 127b, II (así también HELLMANN, NJW 97, 2149). En cuanto a la decisión de pronóstico, necesaria en virtud del § 127b, I, nº 1, en la práctica existe el problema de que, por regla general, el que realice la detención será un funcionario de policía que, en el caso particular, difícilmente puede juzgar si –y en qué medida– es probable realizar un enjuiciamiento en procedimiento acelerado (HELLMANN, NJW 97, 2149).

Todavía queda por ver si, en la práctica, el § 127b producirá la aplicación más frecuente del procedimiento acelerado, esperada por el legislador.

§ 60. El procedimiento contra ausentes

Bibliografía: *Dünnebier,* Das Kontumazialverf. ist abgeschafft, Heinitz-FS, 1972, 669; *Oppe,* Das Abwesenheitsverf. in der Strafprozeßreform, ZRP 72, 56.

A. Ausentes e incomparecientes

Un principio importante del Derecho procesal penal actual es aquel según el cual nadie puede ser condenado sin antes haber sido *oído* (art. 103, I, GG). Más allá de ello, el principio de inmediación exige que el juez que dicta la sentencia vea ante él, personalmente, no sólo a los testigos, sino también al acusado, para formarse un concepto correcto de su personalidad. Por tal motivo, *en principio*, un juicio *no* puede llevarse a cabo sin el acusado.

Sin embargo, existen excepciones a este principio:

1. El procedimiento contra *personas que no comparecen*: en algunos casos se puede llevar a cabo un juicio oral contra un acusado que no ha comparecido, que se halla dentro del ámbito de poder de la jurisdicción alemana y cuyo domicilio es conocido, de modo tal que fue posible citarlo regularmente (§§ 232 y ss.; sobre esto *supra* § 42, F, II, 2 y 3).

2. El procedimiento contra *ausentes* en sentido técnico, esto es, contra imputados cuya residencia es desconocida o que se hallan en el extranjero y cuya comparecencia ante el tribunal no parece factible ni razonable (§ 276). Desde el 1/1/75, la StPO permite aquí tan sólo las medidas expuestas en el apartado B. La posibilidad que existía anteriormente, de realizar, en determinados casos, un juicio oral contra ausentes, ha sido derogada por el EGStGB del 2/3/74.

Sobre la posibilidad de transformación al procedimiento por mandato penal en caso de que no comparezca el acusado, de conformidad con el § 408a, cf. *infra* § 66, A, I.

B. Aseguramiento de prueba, comparecencia, salvoconducto

I. El procedimiento contra una persona ausente sirve, ante todo, para asegurar las pruebas para el caso de su comparecencia futura (§ 285, I). Con este fin, la ley permite un *procedimiento* propio *para asegurar la prueba* (ver, en particular, §§ 285/289); ante el cierre de las investigaciones, este procedimiento concluye con un sobreseimiento provisional, de conformidad con el § 205.

II. Si contra el ausente ha sido promovida ya la acción pública y existen los presupuestos de una orden de detención, su *patrimonio* puede ser *embargado*, para forzar su *comparecencia* (§§ 290/294; HILGER, NStZ 82, 374, y *AK*-ACHENBACH, § 290, núm. marg. 1, pretenden aprovechar esta medida para asegurar pretensiones patrimoniales). Tan pronto como el ausente se presente o su comparecencia se vuelva imposible, el embargo debe ser revocado.

III. Por último, con sujeción al § 295, el tribunal puede conceder al ausente un llamado *salvoconducto*. Sin embargo, dado que aquel sólo concede una liberación limitada de la prisión preventiva y, además, se extingue en caso de condena a pena privativa de libertad, atraerá poco al ausente. El salvoconducto de libertad exige, como contrapartida, una caución ante la falta de garantía, él se deriva –aun cuando no automáticamente– del Derecho internacional público (BGHSt 35, 216).

Sobre la posibilidad de un salvoconducto de libertad para testigos cf. art. 12, I y III, EuRHÜbK.

Capítulo 13
La intervención del ofendido en el procedimiento penal

Advertencia previa

Bibliografía: *Jung,* Die Stellung des Verl. im Strafprozeß, ZStW 93 (1981), 1147; *Ostendorf,* Alternativen zur strafverurteilenden Konflikterledigung, ZRP 83, 302 (306); *Rieß,* Die Rechtsstellung des Verl. im Strafverf., Dictamen para las 55ª Jornadas de los juristas alemanes [Gutachten zum 55. DJT], 1984; *Rössner/Wulf,* Opferbezogene Strafrechtspflege, o. J. (1984); *Schöch,* Die Rechtsstellung des Verl. im Strafverf., NStZ 84, 385; *Weigend,* Viktimologische und kriminalpolit. Überlegungen zur Stellung des Verl. im Strafverf., ZStW 96 (1984), 761; *Geerds,* Zur Rechtsstellung des Verl. im Strafprozeß, JZ 84, 786; *Jung,* Zur Rechtsstellung des Verl. im Strafverf., JR 84, 309; *Luther,* Die Rechtsstellung des Geschädigten (Verl.) im Strafverf. der DDR, JR 84, 312; *Meyer-Goßner,* Die Rechtsstellung des Verl. im Strafprozeß, ZRP 84, 228; *Hammerstein, Odersky,* Die Rechtsstellung des Verl. im Strafverf., ponencias para las 55ª Jornadas de los juristas alemanes [Referate zum 55. DJT], 1984, con discusión y resoluciones, 1985; *Thomas,* Der Diskussionsentwurf zur Verbesserung der Rechte des Verl. im Strafverf. - ein Stück Teilreform?, StrV 85, 431; *Schünemann,* Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 86, 193; *Rieß,* Der Strafprozeß und der Verl. - eine Zwischenbilanz, Jura 87, 281; *Weigend,* Das OpferschutzG - kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 87, 1170; *Rieß/Hilger,* Das neue Strafverf.recht, NStZ 87, 145, 204; *Kempf,* OpferschutzG und StVÄG 1987, StrV 87, 215; *E. Müller,* "Schutz des Beschuldigten - Schutz des Opfers", DRiZ 87, 469; *Böttcher,* Das neue OpferschutzG, JR 87, 133; *Burmann,* Reform des Strafverf. - Opferschutz, 1987; *Roxin,* Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: Schöch (comp.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 37; *Hilger,* Über Fragen der Selbstvertretung eines RA, der Verl. einer Straftat ist, NStZ 88, 441; *Iffort-Schmücker,* Mängel und Opfer des Opfer-schutzG, 1988; *Kühne* (comp.), Opferrechte im Strafprozeß. Ein europäischer Vergleich, 1988; *Eser y otros* (comps.), Wiedergutmachung im Strafrecht einschließl. Rechtsstellung und Entschädigung des Verl. im Strafverf., 1989; *idem,* Zur Renaissance des Opfers im Strafverf., Arm. Kaufmann-GS, 1989, 723; *Hirsch,* Zur Stellung des Verl. im Straf- und Strafverf.recht, *ibidem,* 699; *Schneider,* Die Rechtsstellung des Verbrechensopfers im Strafrecht und Strafverf., Jura 89, 72; *Weigend,* Deliktsopfer und Strafverf., 1989; *Seelmann,* Paradoxien der Opferorientierung, JZ 89, 670; *Hirsch,* Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990), 534; *Seelmann,* Dogmatik und Politik der "Wiederentdeckung" des Opfers, en: *Schmidt* (comp.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990; *M. Kaiser,* Die Stellung des Verl. im Strafverf., 1991; *B.-D. Meier,* Die Stellung des Opfers im Strafprozeß, Neue Kriminalpolitik 1991, 33; *Schreckling,* Bestandsaufnahme zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs, 1991; *Böhm,* Schadenswiedergutmachung in materiellstrafrechtl. und verf.rechtl. Sicht, en: 5. deutsch-sowjet. Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1992, 139; *Dölling,* Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 92, 493; *Kinkel,* Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung, Bewährungshilfe 92, 300; *Marek,* Überlegungen zur Wiedergutmachung im poln. und deutschen Strafrechtssystem, MschrKrim 92, 115; *Pfeiffer,* Täter-Opfer-Ausgleich usw., ZRP 92, 338; *Rössner,* Täter-Opfer-Ausgleich in der Justizpraxis, en: Jehle (comp.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, 309; *idem,* Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung?, NStZ 92, 409; *Roxin,* Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem, Baumann-FS, 1992, 243; *Schmidt-Hieber,* Ausgleich statt Geldstrafe,

NJW 92, 2001; *Sieber,* Zivilrechtl. Beweisinteressen im Strafprozeß, Spendel-FS, 1992, 757; *Staiger-Allroggen,* Auswirkungen des OpferschutzG auf die Stellung des Verl. im Strafverf., tesis doctoral, Göttingen, 1992; *Walter/Schuldzinski,* Der Täter-Opfer-Ausgleich usw., StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 559; *Zätzsch,* Die Beteiligungsrechte des Verl. im Strafverf. usw., ZRP 92, 167; *Albrecht,* Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz, Schüler-Springorum-FS, 1993, 81; *Bannenberg,* Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis, 1993; *Frommel,* Umrisse einer liberalrechtsstaatl. Normverdeutlichung durch Strafrecht, Schüler-Springorum-FS, 1993, 257; *Lampe,* Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?, GA 93, 485; *Loos,* Zur Kritik des "AE Wiedergutmachung", ZRP 93, 51; *Marek,* Die Rechtsstellung des Verbrechensopfers usw., Stree/Wessels-FS, 1993, 855; *Pfeiffer,* Opferperspektiven, Schüler-Springorum-FS, 1993, 53; *Roxin,* Die Wiedergutmachung im strafrechtl. Sanktionensystem, Lerche-FS, 1993, 301; *Däubler-Gmelin,* Verbrechensbekämpfung, Strafrecht und Strafverfolgung - Wo bleibt das Opfer?, ZRP 94, 338; *Hertle,* Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie, 1994; *Kaiser,* Täter-Opfer-Ausgleich nach dem SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtl. Sanktionensystems, ZRP 94, 314; *Kaster,* Prozeßkostenhilfe für Verl. und andere Beteiligte im Strafverf., MDR 94, 1073; *Krey,* Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verl., 1994; *Patsourakou,* Die Stellung des Verl. im Strafrechtssystem, 1994; *Gössel,* Zeugen- und Opferschutz im deutschen Strafprozeß, en: Hirsch, Hofmanski y otros (comps.), Deutsch-Polnisches Strafrechtskolloquium 1995, 1996, 405; *W. Hassemer/Matussek,* Das Opfer als Verfolger, 1996; *M. Jäger,* Die Stellung des Opfers im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Beschuldigten, tesis doctoral, Mannheim, 1996; *Eder-Rieder,* Der Schutz des Verbrechensopfers in Österreich, ZStW 109 (1997), 701; *Kurth,* Rechtsprechung zur Beteiligung des Verletzten am Verfahren, NStZ 97, 1.

La intervención del ofendido en el procedimiento penal estaba regulada, hasta ahora, de un modo muy insuficiente; pues, en la práctica, la acción privada (cf. *infra* § 61) y el procedimiento por anexión (cf. *infra* § 63, A) sólo muy rara vez contribuían con el ejercicio, por parte del ofendido, de sus derechos, mientras que la acción adhesiva era promovida con frecuencia, debido a su estrecho vínculo con la acción privada, pero estaba configurada de manera poco satifactoria (cf. § 62 de la 19. edición). Sólo el auge científico de la victimología (de la teoría de la víctima del delito) ha provocado vivos esfuerzos político-jurídicos para mejorar la posición del ofendido. Esos esfuerzos culminaron en las recomendaciones de las Jornadas de los Juristas Alemanes de 1984 y se cristalizaron en la Ley de Protección de la Víctima (*OpferschutzG*) del 18/12/86. Esta ley, ante todo, ha modificado y ampliado la autorización para la acción adhesiva (cf. *infra* § 62) y ha extendido las otras posibilidades del ofendido de influir en el procedimiento (*infra* § 63, B). Por el contrario, la acción privada ha quedado intacta y los intentos de fomentar el procedimiento por anexión (cf. *infra* § 63, A) han sido tratados sólo tímidamente.

La valoración político-jurídica de la *OpferschutzG*, en el marco de la discusión sobre la intervención del ofendido en el procedimiento, es discrepante (cf., ante todo, SCHÜNEMANN, 1986). Por un lado, la ampliación conveniente de la autorización para la acción adhesiva (cf. *infra* § 62, C)

es un adelanto frente a la absurda regulación anterior. Pero, por otro lado, no se puede desconocer que el fortalecimiento de las posiciones del acusador adhesivo y del ofendido (cf. *infra* §§ 62, B, y 63, B) se presta para facilitar la primacía de la necesidad de venganza del afectado sobre el interés general de resocialización. Este retroceso político-criminal se podría haber evitado si se hubiera relegado al ofendido a un papel moderado, en atención a la sanción del autor, y, en su lugar, se hubiera asignado una importancia mayor a su interés de reparación, que, de todos modos, ocupa un lugar primordial para él[1]. Dado que la *OpferschutzG* se designa a sí misma como la "Primera ley para el mejoramiento de la situación del ofendido en el procedimiento", en la próxima reforma, ya prevista, se debería suprimir, ante todo, esta deficiencia.

El Proyecto alternativo de reparación (AE-WGM), de 1992, ha presentado una propuesta de ley sobre la inclusión de la reparación en el Derecho penal, formulada y fundada detalladamente (crítico al respecto LAMPE, 1993; LOOS, 1993). De acuerdo con ella, si se ofrece una reparación voluntaria hasta la apertura del procedimiento principal, se puede prescindir de la pena o ésta puede ser suspendida, según el caso. Para fomentar la reparación se puede añadir un tribunal de arbitraje en el procedimiento de investigación y en el procedimiento intermedio puede realizarse una audiencia judicial de reparación (§§ 13 y ss., AE-WGM). Por lo pronto, la VBG (cf. *infra* § 72, E, VII), cuando se trata de penas privativas de libertad de hasta un año, ha establecido en el § 46a, StGB, la posibilidad de prescindir de la pena o de suspenderla condicionalmente en caso de reparación. Sin embargo, el legislador ha prescindido, hasta el momento, de preceptos procesales especiales relacionados con ello.

El tema de la reparación ha ocupado también a las 59ª Jornadas de los Juristas Alemanes de 1992, cuyo objeto estuvo constituido por las "Sanciones del Derecho penal sin privación de libertad" (cf. los debates de las 59ª Jornadas de los juristas alemanes [59. DJT], t. I: Dictamen C de SCHÖCH; t. II, parte O: ponencias de DANCKERT, ROBRA y STÖCKEL; sobre el desarrollo del congreso y sobre las conclusiones NJW 92, 3011 ó 3021 y siguiente). Para la bibliografía sobre reparación hasta 1992 se remite al AE-WGM; por lo demás, cf. la bibliografía indicada *supra*.

La ley vigente en los nuevos estados federados del este de Alemania sobre las autoridades arbitrales en los municipios constituye un interesante intento por lograr la reparación y la compensación entre autor y víctima en los delitos con consecuencias insignificantes; cf. sobre esto *supra* § 3, A, *in fine*.

Sobre la posición de la víctima en el procedimiento penal por delitos sexuales: SEELIG, TONDORF, ENGEL, StrV 88, 498, 500, 505; RIEß, en: *Gewalt an Frauen -Gewalt in der Familie-*, 1990, 61.

[1] Por ello, a favor de una interpretación restrictiva de las facultades para la víctima, recientemente establecidas, M. JÄGER, 1996, 169.

§ 61. La acción privada

Bibliografía: *Schorn*, Das Recht der Privatkl., 1967; *Maiwald*, Die Beteiligung des Verletzten am Strafverf., GA 70, 33; *Doering*, Beleidigung und Privatkl., 1971; *Koewius*, Die Rechtswirklichkeit der Privatkl., 1974; *v. Schacky*, Das Privatkl.verf. und seine Berechtigung heute, tesis doctoral, München, 1975; *Hirsch*, Gegenwart und Zukunft des Privatkl.verf., Lange-FS, 1976, 15; *W. Schmid*, Zur Prozeßfähigkeit des Privat- und Nebenklägers, SchlHA 81, Teil A, 153; *Grebing*, Abschaffung oder Reform der Privatkl.?, GA 84, 1; *Martin*, Das Sühneverf. vor dem Schiedsmann in Strafsachen, 1988; *Nierwetberg*, Die Feststellung hinreichenden Tatverdachts bei der Eröffnung insb. des Privatkl.hauptverf., NStZ 89, 212; *Bohlander*, Zu den Anforderungen an die Privatkl.schrift nach § 381 StPO, NStZ 94, 420.

A. Desarrollo y particularidades del procedimiento de acción privada

I. Después de que el proceso penal público inquisitivo –que había regido desde la CCC por más de 300 años– fue reemplazado en Alemania, a mediados del siglo XIX, por el proceso acusatorio la facultad de formular la acusación sólo le correspondía, en un primer momento, a la fiscalía, la que (siguiendo el ejemplo del Derecho francés) la promovía o no, según su poder discrecional. Pero pronto se exigió una acción privada subsidiaria general para proteger al ofendido contra una eventual denegación de justicia. Sin embargo, esta exigencia no se impuso en la StPO; antes bien, la acción privada sólo fue admitida para determinados delitos (injurias y lesiones corporales leves), posteriormente (después de 1921) también para otros delitos perseguibles a instancia de parte y más tarde aún fue extendida también, más allá del círculo de estos delitos perseguibles a instancia de parte, a las lesiones corporales graves y al delito de amenaza.

II. 1. El proceso de acción privada presenta *componentes del procedimiento de partes*:

a) Así, en contraposición con la fiscalía, el acusador privado no tiene el deber de perseguir, ni el deber de objetividad. Por ello –de modo distinto que la fiscalía–, él tampoco puede interponer recursos en favor del acusado que ha sido condenado (ver § 296, II, y Hamburg JZ 58, 251).

b) El acusador privado puede desistir la acción privada incluso después de la apertura del procedimiento principal –sin embargo, en ciertas circunstancias sólo de conformidad con el acusado– (cf. § 391, I). Por consiguiente, a diferencia de aquello que sucede en el procedimiento regido por la oficialidad (cf. § 156), en el de acción privada las "partes" pueden disponer sobre el objeto del proceso también después de la apertura del procedimiento principal (la llamada *máxima dispositiva*).

2. Por otro lado, el procedimiento de acción privada *no es un verdadero procedimiento de partes*. Así, también en el procedimiento de acción privada, el tribunal debe inquirir por sí mismo, esto es, debe reunir, con responsabilidad propia, el material fáctico que contribuye a fundar su sentencia. Por tanto, también aquí rige la *máxima de inquisición (de instrucción)*, que no es reemplazada totalmente por el principio dispositivo.

III. El *legislador no* acoge *favorablemente* la acción privada (sobre esto también BOHLANDER, 1994). Esta posición se manifiesta en muchos aspectos:

1. Según el § 67, GKG (cf. § 379a), el acusador privado está obligado a pagar el anticipo de las costas del proceso (eventualmente también debe prestar caución por las costas ocasionadas al imputado; cf. § 379, StPO, en relación con los §§ 108/113, ZPO). La acción privada rechazada en virtud del § 379a, III, 1, por la falta de pago del anticipo de tasas, puede ser promovida nuevamente (Hamburg NStZ 89, 244; discutido).

2. Conforme al § 383, II, el tribunal puede sobreseer el procedimiento, en todo momento, si considera que la culpabilidad del autor es leve. Junto con la obligación de soportar las costas del § 471, III, nº 2, este precepto es muy adecuado para desalentar la promoción de una acción privada.

Sobre la compatibilidad del § 383, II, con la presunción de inocencia cf. *supra* § 11, II.

3. De conformidad con el § 384, III, el tribunal determina la extensión de la recepción de la prueba. En ciertas circunstancias, el tribunal puede rechazar eventuales requerimientos de prueba, sin perjuicio de lo dispuesto por el § 244, II.

4. Si el actor privado es vencido, esto es, si la acción contra el imputado es rechazada o éste es absuelto o el procedimiento es sobreseído, conforme al § 471, II, el acusador privado debe pagar, además de las costas del procedimiento, también los gastos necesarios del imputado originados por ella.

IV. Investigaciones sociológico-jurídicas han demostrado que el Derecho vigente no satisface los intereses del ofendido por un hecho punible[1]. Sólo aproximadamente el 6 % de todas las acciones privadas conducen a una condena. Por ello, tan sólo un 10 % de los ofendidos, remitidos a la vía de la acción privada, la promueven. Esta evolución ha conferido autoridad a las opiniones de la literatura que defienden una reforma profunda del procedimiento de acción privada o su sustitución por otras formas de intervención del ofendido (HIRSCH, 1976; v. SCHACKY, 1975, 341; JUNG, ZStW 93 [1981], 1166; GREBING, 1984; cf., además, *supra*, comentario previo al § 61).

B. Delitos de acción privada

I. La acción privada sólo es admisible para determinados delitos leves (§ 374, I). Se trata de los siguientes ocho delitos o grupos de delitos: violación de domicilio (§ 123, StGB), injurias (§§ 185/189, StGB), violación del secreto postal (§ 202, StGB), lesiones corporales (§§ 223, 224 y 229, StGB), amenazas (§ 241, StGB), daño (§ 303, StGB), delitos relativos a la competencia empresarial, así como infracciones al derecho de paten-

[1] DOERING, 1971, 12, 126; KOEWIUS, 1974, 59, 129, 155, 157 y ss., 161 y s.; RIEß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf.*, dictamen para las 55. DJT [Jornadas de los juristas alemanes], 1984, núms. margs. 1 y siguientes.

tes, de autor, de registro de marcas, de registro de diseños gráficos para el consumo o la moda.

Con excepción de los §§ 224 y 241, StGB, todos los delitos de acción privada son, a la vez, delitos perseguibles a instancia de parte.

II. Si un delito de acción privada concurre idealmente o conforma un concurso de leyes con un delito de persecución penal oficial (p. ej., injurias y delito sexual; violación de domicilio y hurto grave), la acción privada no es admisible. En ese caso, el delito de acción privada, antes bien, también debe ser perseguido conjuntamente de oficio.

C. Relación con la acción pública

En relación con la acción pública, la acción privada no es exclusiva ni subsidiaria.

I. No es *exclusiva*, es decir que el Estado sigue facultado, junto al actor privado, para promover la acción por su parte. Empero, en caso de delitos de acción privada, la acción pública sólo es promovida, según el importante principio del § 376, cuando es de interés público (principio de oportunidad).

Para la *fiscalía* existen tres posibilidades (§ 377):

a) Ella puede renunciar a toda intervención.

b) Ella puede comparecer a la audiencia como observador y a la expectativa.

c) Ella puede promover la acción pública, a saber: desde un principio, de modo tal que ya no se puede promover la acción privada, de manera alguna; o, posteriormente, a través de la asunción de la persecución y, por cierto, en el estado en el que se halla el proceso.

II. La acción privada *no* es *subsidiaria*, esto es, ella puede ser promovida desde un principio; de suerte tal que el facultado para la acción privada no tiene que dirigirse primeramente a la fiscalía, ni queda habilitado para promover la acción privada sólo cuando la fiscalía ha rechazado el ejercicio de la acción pública.

D. Relación de la acción privada con la instancia de persecución penal

I. En tanto los delitos de acción privada son delitos perseguibles a instancia de parte, en la promoción de la acción privada se incluye ya, también, la instancia de persecución penal, esto es, la exigencia del ofendido, expresada claramente, de que se debe aplicar un castigo.

II. La acción privada no está sujeta a plazo. Por tanto, si la instancia de persecución penal, que sí está sometida a plazo, fue interpuesta oportunamente o directamente no se necesita una instancia de persecución penal (como, p. ej., en el supuesto de amenazas), la acción privada puede ser interpuesta, todavía, después de años. Sólo la prescripción le pone fin.

III. La acción privada (§ 391) y la instancia de persecución penal (§ 77d, StGB) pueden ser desistidas hasta la conclusión definitiva del procedimiento. Sin embargo, desde que comienza la declaración del acusado sobre el hecho, en primera instancia, el desistimiento de la acción privada requiere de su consentimiento (cf. *infra* F, IV, 1), mientras que la instancia de persecución penal puede ser desistida siempre, sin más.

E. Legitimados para ejercer la acción privada

I. El primer legitimado para ejercer la acción privada es el *"ofendido"* (§ 374, I). La interpretación de este concepto concuerda con la del procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (cf. *supra* § 39, B, I, 2).

II. También tienen derecho a promover la acción privada, además del ofendido, el superior jerárquico en el servicio y los miembros de la familia del fallecido que, conforme a los §§ 194, 230, 77, II, y 77a, StGB, tienen un derecho autónomo a instar la persecución penal (§ 374, II).

III. Si el ofendido no es capaz para actuar procesalmente en el sentido procesal civil (con más detalles sobre esto, SCHMID, 1981), el derecho a ejercer la acción privada le corresponde, en su lugar, al *representante legal* (§ 374, III). Ello es importante en dos casos:

1. cuando el ofendido es un menor de edad o un incapaz para contratar, y

2. cuando el ofendido es una asociación de personas (capaz o incapaz jurídicamente), p. ej, en caso de violaciones a la ley de patentes, injurias, etc. En este caso, el representante legal promueve la acción privada en nombre del ofendido.

IV. Si hay *varios ofendidos*, p. ej., cuando una expresión ha injuriado a varias personas ("canallas"), cada una de ellas está facultada para ejercer la acción privada. Sin embargo, para evitar una pluralidad de procedimientos y de condenas por una acción, después de que uno de los ofendidos promovió la acción privada los demás ya no pueden ejercer acciones independientes, sino que sólo pueden ingresar al procedimiento en el estado en el que se halla en ese momento. Toda decisión pronunciada en la causa tiene eficacia, en favor del imputado, frente a todos (§ 375).

F. Particularidades del desarrollo del procedimiento

I. Intento de conciliación

En la mayoría de los delitos de acción privada (excepción: los delitos de acción privada de las leyes penales especiales) es condición que se ha-

ya llevado a cabo un *intento de conciliación* ante una autoridad arbitral designada por la administración de justicia y que éste no haya dado resultado positivo (§ 380).

El Derecho estadual regula cuáles funcionarios ejercen la autoridad arbitral. Sobre la competencia en los estados federados individuales, cf. *Kl/M*, § 380, núm. marg. 3. También el procedimiento ante los funcionarios arbitrales está regulado por la ley estadual. Empero, se puede disponer que se puede prescindir de un intento de conciliación cuando las partes no viven en la misma circunscripción comunal (§ 380, IV).

A través de tal intento de conciliación, en el que se debe perseguir un acuerdo, tiene que evitarse, en lo posible, un proceso penal, tanto en interés de la paz jurídica, como de la descongestión del trabajo de los tribunales. Al intento de conciliación debe comparecer el acusador; de lo contrario, se considera como si no se hubiera realizado. Si el demandado no comparece, el intento de conciliación ha fracasado.

No es suficiente que el acusador privado –o el abogado que lo representa– interponga la acción privada con la promesa de realizar posteriormente el intento de conciliación necesario conforme al § 380. Antes bien, la acción privada interpuesta sin que se haya llevado a cabo el debido intento de conciliación debe ser rechazada, por auto, como inadmisible, porque, de lo contrario, se tornaría casi imposible el fin del § 380, de evitar, en lo posible, las acciones privadas. No obstante, después de la realización del intento de conciliación se puede interponer una nueva acción privada (Hamm NJW 84, 149, discutido).

Si el tribunal ha abierto el procedimiento principal sin que se haya realizado un intento de conciliación, el procedimiento debe ser continuado y no debe ser sobreseído por falta de un presupuesto procesal (teoría dominante, discrepa Eb. Schmidt, II, § 380, núm. marg. 1). En el caso del intento de conciliación no se trata, pues, de un verdadero presupuesto procesal, sino sólo de un *presupuesto de la acción* cuya existencia, por cierto, también debe ser comprobada de oficio, pero no en cualquier etapa del procedimiento, como la existencia de un verdadero presupuesto procesal, sino sólo en la etapa que comienza con la promoción de la acción y que termina con el auto de apertura.

II. Promoción de la acción. Apertura del procedimiento

1. No existe aquí un procedimiento preliminar, como sucede en el proceso ordinario; el procedimiento comienza con la *promoción de la acción*. La promoción de la acción se realiza por escrito u oralmente, por acta ante el actuario. En caso necesario, junto con ella se debe presentar el certificado que acredita el fracaso del intento de conciliación (§ 380, I, 2). El escrito de acción privada debe responder a los requisitos indicados en el § 200, I; por cierto, no debe constar el resultado esencial de las investigaciones (§ 381).

2. Si la querella no fue interpuesta correctamente desde el punto de vista formal, debe ser rechazada por auto. El actor privado puede acusar nuevamente una vez superado el defecto.

3. Si la querella ha sido promovida regularmente, el tribunal la comunica al imputado determinando un plazo para su manifestación (§ 382).

4. Después se produce la *decisión* del tribunal sobre la *apertura del procedimiento principal*, al igual que en el procedimiento oficial (§ 383, I). Si la culpabilidad del autor es leve, el tribunal puede sobreseer el procedimiento (§ 383, II, 1).

En la decisión sobre la apertura del procedimiento principal, el tribunal tiene que comprobar también si el delito puede ser perseguido en procedimiento de acción privada. Si, p. ej., el acusador privado promueve la acción por injurias y el tribunal llega a la convicción de que con la injuria concurre una tentativa de coacción, él debe rechazar la apertura del procedimiento principal, porque, en caso de concurso entre un delito de persecución pública y uno de acción privada, este último es perseguido conjuntamente, de oficio (ver Neustadt MDR 61, 955, y *supra* B, II).

III. Desarrollo del juicio oral

El *juicio oral* se corresponde, en general, con el procedimiento penal ordinario (§ 384). Sin embargo, deben ser observadas las siguientes *particularidades*:

1. A diferencia del procedimiento regido por la oficialidad (cf. § 243, III, 1), en el proceso de acción privada el presidente del tribunal da lectura al auto de apertura (§ 384, II).

2. El acusador privado ostenta el lugar de la fiscalía (§ 385, I), pero con una limitación importante: el acusador privado sólo puede ejercer el derecho de examinar las actas a través de un abogado (§ 385, III).

3. El deber de asistencia está limitado de forma considerable: acusador privado y acusado se pueden hacer representar por un abogado (§§ 378 y 387, I). Sin embargo, el tribunal puede ordenar tanto la comparecencia personal del acusador como la del acusado y, en caso necesario, también puede hacer conducir forzadamente al acusado.

4. El deber de esclarecimiento judicial (§ 244, II) rige también en el procedimiento de acción privada (§ 384, III). Pero el tribunal no está sujeto a las rígidas reglas de los §§ 244, III/V, y 245, sino que determina por sí mismo la extensión de la recepción de la prueba.

5. El acusado también debe ser advertido sobre la modificación del punto de vista jurídico. Sin embargo, se suprime su derecho de solicitar la interrupción del juicio oral en virtud del § 265, III (§ 384, IV).

6. En la sentencia no pueden ser ordenadas medidas de seguridad y corrección (§ 384, I, 2).

IV. Finalización del procedimiento

La *conclusión* del procedimiento de acción privada presenta las siguientes particularidades:

1. La acción privada puede ser *desistida* en todos los delitos, aun en la instancia de casación. Después del comienzo de la declaración del acusado sobre el hecho en el juicio oral de primera instancia, el desistimiento requiere el consentimiento del acusado, dado que, en ciertas circunstancias, éste tiene un interés atendible en que el procedimiento se lleve a cabo. Si el acusador no comparece, no está representado o no asiste, a pe-

sar de que había sido ordenada su comparecencia personal, ello se considera como desistimiento de la acción privada (§ 391).

En caso de desistimiento de la acción privada, el procedimiento es sobreseído por auto. La acción privada desistida no puede ser promovida nuevamente (§ 392).

2. La *conciliación* exitosa no está mencionada en la ley como motivo de conclusión. No obstante, él es muy deseable y frecuente en la práctica (KÜHNE, núm. marg. 120). El acuerdo que se realiza en el juicio oral comprende el desistimiento de la acción privada, la mayoría de las veces una satisfacción del honor –p. ej., el acusado retira, con pesar, sus declaraciones injuriosas– y un convenio sobre las costas. Él es un título ejecutivo (§ 794, nº 1, ZPO).

Del acuerdo *judicial*, que se acaba de discutir, se debe diferenciar el *extrajudicial*. Sin embargo, según la doctrina cada vez más expandida, también se debe considerar el acuerdo extrajudicial informal (por tanto, no sólo el acuerdo realizado ante una autoridad estatal competente para ello), cuando éste es acreditado ante el tribunal, y debe conducir al sobreseimiento del proceso (KG NJW 60, 2207; *LR*-WENDISCH, 24ª ed., § 391, núm. marg. 27).

3. En caso de muerte del acusador privado, el procedimiento es concluido por auto de sobreseimiento (declaratorio) (§ 393, I). No obstante, una acción privada por injurias y por lesiones corporales puede ser continuada por los parientes del fallecido (§ 77, II, StGB) (§ 393, II, en relación con los §§ 194 y 230, I, 2, StGB).

4. Si resulta que la causa no es susceptible de persecución privada (p. ej., un disparo que en un primer momento había sido considerado como un disparo de advertencia –amenazas en el sentido del § 241, StGB– resulta un intento de homicidio, o un delito de acción privada concurre con uno de acción pública –ver *supra* B, II–) corresponde el sobreseimiento del procedimiento de acción privada por sentencia y se entrega las actas a la fiscalía (§ 389).

5. Finalmente, el tribunal también puede sobreseer el procedimiento en el juicio oral por insignificancia (§ 383, II, 2). Este auto puede ser recurrido con la queja inmediata (§ 383, II, 3).

6. El procedimiento de acción privada puede finalizar también debido a que la fiscalía *asume* el procedimiento (cf. *supra* C, I). Cuando la fiscalía afirma la existencia de interés público en la persecución penal, el procedimiento se transforma en un procedimiento ordinario, en la etapa procesal en la que se halla (cf. BGHSt 11, 56).

Por consiguiente, si A promovió una acción privada por injurias, todavía no fue abierto el procedimiento principal y la fiscalía asume la persecución, ella ya no puede sobreseer el procedimiento (según el § 170 no puede hacerlo, porque la acción ya ha sido promovida; y según el § 153, I, tampoco, porque es necesario el consentimiento del tribunal; cf. LG Göttingen NJW 56, 882). La fiscalía no podría desistir nunca de la acción, a pesar de que conforme al § 156 esto sería posible, en sí, hasta la apertura del procedimiento principal, porque, dado que en la práctica el desistimiento equivale a un sobreseimiento, y éste le está negado a la fiscalía, aquí, de manera excepcional, la acción no puede ser desistida.

Para asegurar que la fiscalía tome conocimiento del procedimiento pendiente y de los posibles motivos para asumir la persecución, el § 377, I, 2, dispone que el tribunal tiene que presentar las actas a la fiscalía cuando considere necesario que ella asuma la persecución. Por tanto, también el juez de la acción privada tiene que prestar atención a los motivos para asumir la persecución penal pública.

G. Reconvención

El § 388, I, prevé que el imputado en un procedimiento de acción privada puede promover la reconvención hasta la culminación de la última palabra a él concedida en primera instancia, cuando él, por su parte, hubiera podido promover acción privada contra el acusador. Acción privada y reconvención deben estar relacionadas entre sí.

Por su naturaleza, la reconvención también es acción privada; únicamente no son aplicables los §§ 379, 379a, y 380 (prestación de caución, anticipo de tasas e intento de conciliación).

Sobre la acción y la reconvención se decide simultáneamente (§ 388, III).

§ 62. La acción adhesiva

Bibliografía: *Rosenfeld*, Die Nebenkl. des Reichsstrafprozesses, 1900; *Wolffing*, Die rechtl. Stellung des Nebenkl. im dt. Strafverf., 1900; *Henkel*, Die Beteiligung des Verletzten im künftigen Strafverf., ZStW 56 (1937), 227; *Gollwitzer*, Die Stellung des Nebenkl. in der Hauptverhandlung, Schäfer-FS, 1980, 65; *Jung*, Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß, ZStW 93 (1981), 1147; *Schulz*, Beiträge zur Nebenkl., 1982; *Hüsing*, Die Rechtswirklichkeit der Nebenkl., tesis doctoral, Göttingen, 1983; *Gerauer*, Das Weiterbeteiligungsrecht des Angehörigen beim Tod des Nebenkl., NJW 86, 326; *Rieß*, Nebenkl. und Wiederaufnahme nach neuem Recht, NStZ 88, 15; *Letzgus*, Beschwerde gegen Nichtzulassung der Nebenkl. bei fahrl. Körperverletzung, NStZ 89, 352; *Rieß*, Strafantrag und Nebenkl., NStZ 89, 102; *Engel*, Nebenkl. in Verf. wegen sexueller Gewaltkriminalität, en: Gewalt an Frauen - Gewalt in der Familie, 1990, 111; *Riegner*, Auswirkungen des § 400 I StPO auf Berufung und Revision des Nebenkl., NStZ 90, 11; *Schlüchter*, Beteiligung der Angehörigen eines verstorbenen Mitbeschuldigten im Strafverf., JZ 90, 585; *Gruhl*, Nebenkl. und Sicherungsverf., NJW 91, 1874; *Fabricius*, Die Stellung des Nebenkl.vertreters, NStZ 94, 257.

A. Concepto y fin

En la acción adhesiva (§§ 395/402), junto a la fiscalía, se presenta una persona privada que dispone de derechos procesales propios, el llamado acusador adhesivo. La acción adhesiva pretende dar intervención en el procedimiento a personas que fueron ofendidas por un hecho punible, para su desagravio, para controlar a la fiscalía, así como también para salvaguardar sus demás derechos. Dado que la idea de retribución, vinculada a la función de desagravio, y las costas de la acción adhesiva

resultantes para el imputado son contrarias a la resocialización, *de lege ferenda* se debería incluir a la acción adhesiva en un procedimiento de compensación entre autor y víctima, que lleve a un primer plano los intereses de reparación del ofendido (cf. *supra* advertencia previa al § 61).

B. Posición del acusador adhesivo

I. Hasta la nueva versión del § 397, establecida por la Ley de Protección a la Víctima (*OpferschutzG*) del 18/12/86, el acusador adhesivo tenía los mismos derechos que el acusador privado (§ 397, I, versión anterior). Esta remisión global fue reemplazada por una enumeración de derechos del acusador adhesivo en el § 397, I, nueva versión, entre los cuales especialmente la concesión de un derecho independiente a requerir prueba confiere al acusador adhesivo una posición fuerte, que le permite, de varias maneras, estructurar el proceso. El acusador adhesivo no tiene que comparecer personalmente al juicio oral, sino que puede hacerse representar por un abogado (§§ 397, I, 1; 378). El acusador adhesivo también puede ser interrogado como testigo (§ 397, I, 1); en la práctica, la mayoría de las veces él es el principal testigo de cargo, cuya declaración debe ser valorada con cuidado, a causa de su interés personal en una condena. Según el § 397a, introducido por la *OpferschutzG* y ampliado por la Ley de protección de los testigos (*ZeugenschutzG*) del 30/4/98, el acusador adhesivo puede recibir una ayuda para las costas del proceso, para el nombramiento de un abogado; más allá de ello, en determinados hechos graves o con víctimas menores de edad, existe el derecho de nombrar un abogado como asistente.

II. El acusador adhesivo puede interponer recursos independientemente de la fiscalía (§ 401, I, 1), pero sus requerimientos deben ser firmados por un letrado (§ 390, II, analógicamente; BGH NStZ 92, 347). Sin embargo, no es posible interponer recursos con el fin de que se imponga otra consecuencia jurídica o de que se condene por una violación a la ley que no autoriza su incorporación como acusador adhesivo (§ 400, I). Tampoco puede interponer recurso de casación en favor del acusado, debido a la falta de agravio (BGHSt 37, 136). Con motivo de esta posibilidad limitada de impugnación, el acusador adhesivo, a diferencia de lo dispuesto por el § 317, debe comunicar el objeto de su apelación (Düsseldorf NStZ 94, 507). El plazo para interponer recursos para el acusador adhesivo comienza, por regla general, con el pronunciamiento de la sentencia; únicamente cuando él no estuvo presente en absoluto en el juicio oral o ni siquiera estuvo representado por un abogado, el plazo comienza sólo con la notificación a él de la parte resolutiva de la sentencia (§ 401, II). Si el acusador adhesivo manifiesta su adhesión sólo después del dictado de la sentencia, con el fin de interponer un recurso (esto es admisible conforme al § 395, IV, 2, ¡pero, naturalmente, sólo hasta que la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada!), se le debe notificar inmediatamente la sentencia (§ 401, I, 2). El plazo para fundar el recurso comienza con la expiración del plazo de interposición de recursos vigente para la fiscalía, pero, como muy temprano, con la notificación de la sentencia al acusador adhesivo (§ 401, I, 3).

III. Un auto que sobresee el procedimiento, en general, es inimpugnable para el acusador adhesivo; sólo le corresponde la queja inmediata contra un sobreseimiento conforme a los §§ 206a y 206b, cuando se trata de un hecho del que resulta la facultad de acusar de manera adhesiva (§ 400, II). También bajo este presupuesto tiene la queja inmediata contra el auto que rechaza la apertura del juicio oral (§ 400, II, 1).

C. Admisibilidad

En general, la acción adhesiva es promovida en el procedimiento penal; sin embargo, en aplicación analógica de los §§ 395 y ss., también puede ser entablada en un procedimiento de seguridad, de conformidad con los §§ 413 y siguientes –ante todo para proteger al ofendido, en previsión de una posible transformación en procedimiento penal–[1].

En los delitos perseguibles a instancia de parte, no se necesita una instancia de persecución penal, cuando la fiscalía ha afirmado la existencia de un interés público especial (KG NStZ 91, 148, con comentario a favor de WENDISCH; discutido).

Acusador adhesivo es considerado:

1. el ofendido por uno de los delitos enumerados en el § 395, I, nº 1, pertenecientes al ámbito de los hechos punibles contra la autodeterminación sexual, por injurias, por lesiones corporales y por hechos punibles contra la libertad personal;

2. el ofendido por una tentativa de asesinato o de homicidio (§ 395, I, nº 2), no así la víctima escogida para una tentativa de instigación de asesinato (Stuttgart NStZ 90, 298);

3. aquel que ha llevado a cabo con éxito el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (§ 395, I, nº 3); de este modo se elimina el peligro de que la fiscalía, obligada a acusar en contra de su voluntad, siga tramitando el procedimiento con poco esmero;

4. los parientes cercanos o el cónyuge de una persona fallecida como consecuencia de un hecho antijurídico (§ 395, II, nº 1)[2];

[1] LG Essen NStZ 91, 98, con comentario a favor de WEIGEND en contra de la jurisprudencia precedente del BGH (pero dudoso a partir de BGH NStZ 96, 244); como aquí también Köln NStZ 94, 144; Frankfurt NJW 94, 3243; Hamburg NStZ 97, 406; Saarbrücken NStZ 97, 453.

[2] Sobre esto BGHSt 6, 103. No es cónyuge en el sentido del § 395, II, nº 1, una mujer que contrajo matrimonio según la costumbre gitana, sin celebración del matrimonio civil (BVerfG NStZ 93, 349).

5. los funcionarios ofendidos en los casos de los §§ 90 y 90b, StGB (§ 395, II, nº 2);

6. toda persona autorizada para ejercer la acción privada, de conformidad con el § 374, I, nº 7 y 8 (§ 395, II, nº 3);

7. el ofendido por un hecho antijurídico, conforme al § 108a, UrhG (§ 395, II, nº 3);

8. el ofendido por lesiones corporales culposas, cuando parece conveniente por motivos particulares (sobre todo, por las graves consecuencias del hecho) (§ 395, III).

La reestructuración de la legitimación para ser acusador adhesivo, prevista por la Ley de protección a la víctima, concierne, ante todo, al § 395, I, nº 1 y 2. De acuerdo con él, actualmente, cuando se trata de determinados delitos contra bienes jurídicos personalísimos está concedida, sin más, la facultad de ejercer la acción adhesiva. Hasta ahora, la acción adhesiva sólo estaba relacionada con delitos de acción privada, por consiguiente, p. ej., en el supuesto de una tentativa de asesinato no era admisible de manera alguna. Después de que la facultad para ejercer la acción adhesiva ha sido separada de la facultad para ejercer la acción privada, la víctima de lesiones corporales se puede incorporar también al procedimiento como acusador adhesivo aun cuando no haya interpuesto la instancia de persecución penal (BGH NStZ 92, 452; Nürnberg NJW 91, 712). Ahora, la acción adhesiva también es admisible en el supuesto de embriaguez total del autor; pues también existe un "hecho antijurídico", en el sentido del § 395, cuando el autor no puede ser condenado por esta causa, sino sólo en virtud del § 323a, StGB (Bamberg MDR 92, 68).

D. Procedimiento

I. El ingreso de una persona autorizada para ejercer la acción adhesiva, que es admisible en cualquier estado del procedimiento (§ 395, IV, 1), se realiza a través de la presentación por escrito de una manifestación de adhesión ante el tribunal (§ 396, I, 1). Pero ella tiene efecto, temporalmente, desde la promoción de la acción pública, y en el procedimiento por mandato penal sólo desde la fijación de la fecha para el juicio oral o desde el rechazo del requerimiento de mandato penal (§ 396, I, 2). La legitimación para la adhesión debe ser declarada por un auto de admisión (declaratorio) del tribunal, después de haber oído a la fiscalía (en los casos del § 395, III, también al procesado) (§ 396, II). La adhesión no detiene el desarrollo del procedimiento (§ 398).

II. Empero, si únicamente el acusador adhesivo interpone un recurso, y no recurre a la fiscalía, esta última debe seguir actuando en la siguiente instancia, aunque sólo solicite el rechazo del recurso. Sin embargo, el poder de disposición sobre el recurso reside sólo en el acusador adhesivo, quien puede finalizar el procedimiento en cualquier momento a través del desistimiento del recurso (¡según el § 303!) o a través de la retractación de su manifestación de adhesión (ver § 402); también la regulación del § 401, III, se basa en este poder de disposición exclusivo. No obstante, él encuentra su fin después de la revocación de la decisión impugnada; en ese caso, la prosecución de la causa le corresponde nuevamente a la fiscalía, en su totalidad (§ 401, IV), de modo tal que la renuncia del acusador adhesivo no afecta a la continuación del proceso.

III. Después de la retractación de una manifestación de adhesión, el ingreso puede ser manifestado nuevamente, dado que en la acción por adhesión no existe una disposición análoga al § 392.

IV. En caso de muerte del acusador adhesivo, la manifestación de adhesión pierde su efecto (§ 402).

Se discute si el procedimiento puede ser continuado por un pariente supérstite; por una parte, ello es negado, porque en la regulación legal de la acción adhesiva falta un precepto similar al § 393, II (Stuttgart NJW 70, 822; Nürnberg NJW 78, 1017; *Kl/M*, § 402, núm. marg. 4), y, por la otra, se responde afirmativamente, en aplicación analógica del § 393, II (Zweibrücken NJW 66, 2077; Ellscheid, NJW 70, 1467; *LR*-Wendisch, 24ª ed., § 402, núms. marg. 3 y ss.; Gerauer, 1986; dejado abierto por BGH NStZ 97, 200, con comentario de Fezer, NStZ 97, 300). Las razones más fundadas favorecen a la segunda opinión; pues si, según el § 395, II, nº 1, los parientes de la persona asesinada pueden actuar como acusador adhesivo, ellos también deberían tener ese derecho cuando el acusador adhesivo fallece, después de su manifestación de adhesión, como consecuencia de las heridas.

E. Costas

Los gastos necesarios del acusador adhesivo, en general, deben ser impuestos al acusado cuando él es condenado por un hecho que afecta al acusador adhesivo; si ello resultara injusto, el tribunal puede prescindir de tal decisión total o parcialmente (§ 472, I). Lo mismo rige cuando después del sobreseimiento provisional, con arreglo al § 153a, el procedimiento es sobreseído definitivamente (§ 472, II, 2). En cambio, en caso de otro sobreseimiento judicial, al acusado sólo se lo puede cargar con esos gastos siempre que ello sea justo por motivos especiales (§ 472, II, 1).

Si el imputado ha interpuesto un recurso sin éxito o lo ha desistido, él debe soportar los gastos necesarios que se originaron por él para el acusador adhesivo (§ 473, I, 2). En el caso inverso, el acusador adhesivo, si el recurso interpuesto sólo por él no tuvo éxito o lo ha desistido, tiene que cargar con los gastos necesarios del imputado derivados de él (§ 473, I, 3).

El cargar adicionalmente al condenado con las costas del acusador adhesivo es problemático desde puntos de vista relativos a la resocialización.

§ 63. La posición del ofendido en general

Bibliografía: *Schönke,* Beiträge zur Lehre vom Adhäsionsprozeß, 1935; *Kern,* Die Buße und die Entschädigung des Verl., Mezger-FS, 1954, 407; *Würtenberger,* Über Rechte und Pflichten des Verl. im dt. Adhäsionsprozeß, Pfenninger-FS, 1956, 193; *Jescheck,* Die Entschädigung des Verl. nach dt. Strafrecht, JZ 58, 591; *von Holst,* Der Adhäsionsprozeß, tesis doctoral, Hamburg, 1969; *Scholz,* Erweiterung des Adhäsionsverf. usw., JZ 72, 725; *Amelunxen,* Die Entschädigung des durch eine Straftat Verl., ZStW 86 (1974), 457; *Achenbach,* Vermögensrechtl. Opferschutz im strafproz. Vorverf., Blau-FS, 1985, 9; H. J. *Schroth,* Das Adhäsionsverf. des österr. Strafprozeßrechts im Lichte der Reformüberlegungen in der BRD, GA 87, 49; *Lüderssen,* Das Recht des Verl. auf Einsicht in beschlagnahmte Akten, NStZ 87, 249; *Schlothauer,* Das Akteneinsichtsrecht des Verl. nach dem OpferschutzG... und die Rechte des Beschuldigten, StrV 87, 356; *Schmanns,* Das Adhäsionsverf. in der Reformdiskussion, 1987; *Iffort-Schmücker,* Mängel und Opfer des OpferschutzG, 1988; *H. Schäfer,* Die Einsicht in Strafakten durch den Verl. - Der Konkursverwalter als Verl., wistra 88, 216; *Grandel,* Die Strafakteneinsicht durch Verl. und nichtverf.beteiligte Dritte usw., tesis doctoral, Augsburg, 1989; *Otto,* Die Verfolgung zivilrechtl. Ansprüche als "berechtigtes Interesse" des Verl. auf Akteneinsicht i. S. d. § 406 e I StPO, GA 89, 289; *Brokamp,* Das Adhäsionsverf. - Geschichte und Reform, 1990; *Will* (comp.), Schadensersatz im Strafverf., 1990; *Hauser,* Das Adhäsionsurteil, FS SKG, 1992, 207; *Köckerbauer,* Das Adhäsionsverf. nach der Neuregelung durch das OpferschutzG 1987 usw., 1993; *idem,* Die Geltendmachung zivilrechtl. Ansprüche im Strafverf. - der Adhäsionsprozeß, NStZ 94, 305.

A. El resarcimiento del ofendido (proceso por anexión)

I. Fin e importancia

El procedimiento por anexión se basa en el concepto de la *conexión objetiva*: cuando de un hecho punible nacen pretensiones patrimoniales es muy natural atender las pretensiones de resarcimiento del ofendido ya en el procedimiento penal, para evitar el doble trabajo, pero también para evitar decisiones contradictorias. De este modo, se tiene en cuenta, a la vez, el interés en una reparación rápida de la persona que sufrió el daño. No obstante, hasta ahora, este procedimiento *apenas* ha cobrado *significado*. Él encuentra reservas entre los abogados debido a algunas disposiciones legales desfavorables (no existe obligación de que intervenga un letrado; sólo se exige la mitad de otras tasas, § 89, BRAGO) y, con frecuencia, sobre todo en causas difíciles, podría ser rechazado por el juez en virtud del § 405, 2ª frase, por resultar inidóneo (sobre la falta de idoneidad, WOHLERS, MDR 90, 763).

La Ley de protección a la víctima [*OpferschutzG*] del 18/12/1986 intenta proporcionar mayor significado práctico al procedimiento por anexión, a través de tres modificaciones. En primer lugar, ahora se puede hacer valer las pretensiones de indemnización ante el AG, sin considerar el importe del objeto del litigio (hasta ahora sólo hasta 5.000 DM); además, se ha establecido la posibilidad para el ofendido requirente de obtener una ayuda para pagar las costas del proceso; y, finalmente, las sentencias referidas al fundamento de la pretensión de indemnización del Derecho civil, y las sentencias parciales hasta ahora inadmisibles, han sido declaradas admisibles. Estas mejoras, en sí, son saludables, pues aun cuando una parte de los casos podría ser resuelta a través de la inclusión de la compensación entre autor y víctima, en el procedimiento penal general (cf. *supra* advertencia previa al § 61), para los casos en los que el imputado no haya confesado se podría conceder una importante función al procedimiento por anexión. Sin embargo, subsiste la duda sobre si estas simplificaciones del procedimiento serán suficientes para vencer las reservas prácticas, ya expuestas.

II. Admisibilidad (§ 403)

1. En el procedimiento por anexión se puede perseguir *toda pretensión patrimonial* originada en un hecho punible (p. ej., la pretensión de una indemnización en dinero o de la restitución de la cosa robada). En el procedimiento ante el AG la pretensión es independiente del valor del objeto del litigio.

2. El procedimiento exige un *requerimiento* especial del ofendido o de sus herederos. La existencia de tal requerimiento es un presupuesto procesal que debe ser considerado de oficio (BGH NStZ 88, 470). Los facultados para formular la solicitud deben ser advertidos lo antes posible sobre este derecho.

III. Procedimiento

1. La formulación del requerimiento puede realizarse por escrito o por acta, y en el juicio oral también puede requerirse oralmente, hasta el comienzo de las exposiciones finales (§ 404, I). Dado el caso, al solicitante y al procesado se les puede conceder una ayuda para pagar las costas del proceso (§ 404, V). El requerimiento se corresponde con una demanda civil; por consiguiente, tiene los efectos de la litispendencia (§ 404, II).

2. Sobre el requerimiento se decide en el *juicio oral* mismo, y no, p. ej., en una audiencia independiente (¡la designación "proceso por anexión" es, por lo tanto, equívoca!); sin embargo, en el juicio oral es admisible una recepción especial de la prueba. Para el procedimiento rigen los principios del proceso penal, sobre todo la máxima de investigación. Por consiguiente, no hay una sentencia de reconocimiento análoga al § 307, ZPO (BGHSt 37, 263, con reseña a favor de WENDISCH, JR 91, 297); el BGH pone en duda, incluso, la posibilidad de una comparación (comentario discrepante de PASKER, NStZ 91, 503).

3. El requirente no tiene la posición de un acusador adhesivo. Él sólo es anoticiado del juicio oral y puede participar en él (§ 404, III); también puede hacerse representar por un abogado, pero no tiene la obligación de hacerlo (¡tampoco ante el LG existe la obligación de ser representado por un abogado!). El acusado también debe ser oído sobre la pretensión de resarcimiento.

4. Para la *decisión* del tribunal existen las siguientes posibilidades:

a) El tribunal puede prescindir de una decisión, desde un principio, cuando el requerimiento aparece como inapropiado para la decisión en el procedimiento penal o es inadmisible (§ 405, 2ª frase).

b) Después de la recepción de la prueba en el juicio oral, el tribunal puede hacer lugar al requerimiento, en cuyo caso la decisión puede limitarse sólo al fundamento del requerimiento o ser parcial (§ 406, I), o puede prescindir (totalmente o en parte) de una decisión (§ 405, 1ª frase); por

el contrario, el tribunal no puede rechazar el requerimiento, tampoco parcialmente. Por ello, debido a la falta de una decisión material firme, una pretensión no reconocida (pretensión parcial) puede hacerse valer, ulteriormente, ante el tribunal civil (§ 406, III, 2). En caso de que en la sentencia decida sólo sobre el fundamento del requerimiento, la audiencia sobre el importe también se realiza ante el tribunal civil (§ 406, III, 3).

5. Al *requirente* no le corresponde *recurso* procesal penal alguno (§ 406a, I). En cambio, el *acusado* puede impugnar la parte de la sentencia que decide sobre la indemnización con los recursos admitidos en el proceso penal (cf. § 406a, II y III, y BGH NStZ 88, 237) y también puede solicitar la revisión en lo que a ello respecta (§ 406c).

B. Otras facultades del ofendido

I. El ofendido como sujeto procesal

A través de la *OpferschutzG* del 18/12/1986 fueron introducidos en la StPO, como sección independiente, los §§ 406d a 406h, con el título "Otras facultades del ofendido". En esta sección están reunidos los preceptos vigentes para todos los ofendidos, en tanto no estén regulados en otro contexto, por razones sistemáticas. Los nuevos preceptos conceden también facultades especiales al legitimado para incorporarse como acusador adhesivo, ya antes de que manifieste formalmente su voluntad de adherirse. A través de la creación de una sección separada, el legislador quiso explicar, más allá de la mera recopilación material, que el ofendido es reconocido como un interviniente autónomo del proceso.

Las nuevas disposiciones otorgan al ofendido únicamente derechos facultativos de intervención, dado que ellos, establecidos ante todo para su protección, sólo le conceden una posición jurídica garantizada, pero no lo quieren afectar en su libre decisión de si –y en qué medida– quiere hacer uso de sus facultades de intervención. En especial le son concedidas mejores posibilidades de información y la posibilidad de convocar a un asesor especialista.

El legislador no ha aclarado el concepto de ofendido, dado que, según su opinión, de ese modo no se hubiera producido una mayor seguridad jurídica, digna de mención.

II. Las regulaciones en particular

1. Mientras antes, según el Derecho que estaba vigente, la notificación al ofendido sólo estaba prescripta en caso de sobreseimiento del proceso por la fiscalía (§ 171), ahora, el § 406d, I, establece, además, que al ofendido, cuando lo requiera y en cuanto le concierna, siempre se le debe comunicar el resultado del procedimiento. Sin embargo, no se le debe notificar el texto de la parte resolutiva de la decisión, sino, en una forma comprensible para el ofendido, con qué resultado ha concluido el procedimiento por el hecho que a él le concierne. El § 406d no ordena otras comunicaciones sobre el estado del procedimiento.

De la formulación de que se debe comunicar el "resultado" del procedimiento se infiere que la comunicación sólo debe ser llevada a cabo cuando la decisión se ha vuelto irrecurrible. Si el ofendido está asistido por un abogado, la notificación puede ser efectuada a este último; incluso la comunicación puede no ser llevada a cabo cuando no es posible practicarla en la dirección expresada por el ofendido (§ 406d, II). Ello pretende evitar una carga excesiva para las autoridades.

2. La posibilidad para el ofendido de examinar las actas, no regulada anteriormente por la ley, se halla ahora en el § 406e. Este nuevo precepto tiene en cuenta la circunstancia de que el examen de las actas, por una parte, es un importante medio de información para el ofendido, y, además, que por la otra, no puede ser concedido ilimitadamente debido a la existencia de intereses dignos de protección de otras personas, pero contempla, también, el beneficio que puede resultar para el descubrimiento de la verdad y la economía procesal.

El examen sólo puede ser realizado por un abogado y, en general, únicamente cuando él demuestre la existencia de un interés legítimo (§ 406e, I); en tanto no existan motivos importantes que lo impidan, las actas pueden serle, incluso, entregadas (§ 406e, III). El examen únicamente puede ser rehusado en cuanto se oponga a él intereses preponderantes dignos de protección –ya sea del imputado o de otras personas–, cuando se vea amenazado el fin de la investigación o cuando su práctica demora considerablemente el procedimiento (§ 406e, II).

Sobre la concesión del examen en el procedimiento preliminar y después de la conclusión definitiva del procedimiento decide la fiscalía; en los demás casos, el presidente del tribunal; contra una decisión de rechazo de la fiscalía se puede solicitar la decisión del presidente, que es irrecurrible tanto para el ofendido como para el imputado (§ 406e, IV; BGH NStZ 91, 95). La misma regulación rige, en aplicación analógica del § 406e, IV, 2, en el caso de que la fiscalía permita el examen de los autos (BGHSt 39, 112, con comentario de Otto, NStZ 93, 352). La cuestión es muy discutida; en parte se considera aplicables a los §§ 23 y ss., EGGVG.

Bajo las mismas condiciones según las cuales se debe permitir el examen de los autos, al ofendido mismo se le puede proporcionar informaciones y copias de las actas (§ 406e, V).

Varias consideraciones indican que el derecho a examinar las actas concedido al ofendido va demasiado lejos: no sólo se limita considerablemente el derecho de autodeterminación de la información del imputado –que precisamente ha cobrado importancia creciente en el supuesto del examen de las actas por parte de terceros (cf. *supra* § 19, E, IV)–, en virtud de una imputación que, en un primer momento, no está todavía probada; existe también el peligro de que se abuse aquí del Derecho penal con el único fin de obtener elementos de prueba para el Derecho civil y de que el ofendido reciba informaciones para su declaración testimonial, que puede utilizar en contra del imputado, en el sentido de una persecución al servicio de intereses unilaterales (crítico Thomas, StrV 85, 433; Schünemann, NStZ 86, 199; Ifforti-Schmücker, 1988, 75; a favor de una interpretación restrictiva también Otto, 1989; Krey, II, núms. margs. 145 y siguiente). En la ponderación que se debe realizar según el § 406e, II, no le corresponde la primacía, sin más, a los intereses del ofendido (BVerfG NJW 88, 405). A favor de la supremacía de los intereses del ofendido en la ponderación Koblenz StrV 88, 332, con comentario de Schlothauer.

3. Conforme al § 406f, I, en el procedimiento penal el ofendido puede valerse de la asistencia de un abogado o hacerse representar por él, sin embargo, él mismo tiene que soportar las costas ocasionadas por esa intervención. El § 406f, II, determina las facultades del abogado y autoriza su presencia, en especial, en la declaración testimonial del ofendido ante el juez o ante la fiscalía. De este modo, la discutida cuestión –no regulada hasta ahora por la ley– de si un testigo tiene derecho a valerse de un asesor en su declaración, ha sido respondida afirmativamente para el caso de la declaración testimonial del ofendido (ver *supra* § 26, D, 2). Düsseldorf NStZ 91, 504, concede al ofendido el derecho a abstenerse de responder preguntas concernientes al contenido de las conversaciones de asesoramiento mantenidas con su abogado.

Si el ofendido es interrogado como testigo puede permitirse además, si él lo solicita, la presencia de una persona de su confianza (§ 406f, III); esto rige también para los interrogatorios policiales. Sin embargo, no existe un derecho a ello, la autorización reside en el poder discrecional, conforme a derecho, no revisable, de quien lleva a cabo el interrogatorio.

4. El § 406g amplía para el ofendido autorizado a ejercer la acción adhesiva –considerado especialmente digno de protección– las posibilidades de convocar a un abogado y sus facultades, más allá de las disposiciones del § 406f. Así, la convocatoria es admisible ya en el procedimiento preliminar, aun cuando no se manifieste la incorporación como acusador adhesivo (§ 406g, I). A pedido del legitimado para ejercer la acción adhesiva, bajo ciertos presupuestos, se puede nombrar, incluso provisionalmente, un abogado como asesor (§ 406g, IV) y se le puede conceder una ayuda para pagar las costas del proceso (§ 406g, III).

Más allá de las facultades otorgadas por el § 406f, II, el abogado tiene un derecho ilimitado a estar presente en el juicio oral; esto rige también para los interrogatorios ante un juez y para las inspecciones oculares judiciales, cuando de ese modo no se pone en peligro el fin de la investigación (§ 406g, II).

Las costas ocasionadas por la consulta de un abogado son tratadas como costas de la acción adhesiva (§ 472, III, 1), de modo tal que, en caso de condena, deben ser soportadas por el imputado.

5. Por último, el § 406h establece que el ofendido debe ser advertido sobre las facultades que posee en virtud de los §§ 406d, e, f , g, así como también sobre su facultad de ejercer la acción adhesiva, eventualmente.

C. Otra compensación de daños

Para la compensación de daños al ofendido rigen también las siguientes regulaciones legales:

I. La Ley sobre el resarcimiento para la víctima de hechos de violencia (OEG) regula el *resarcimiento de la víctima*; cf. para ello *supra* § 58, B.

II. El §459a, I, 2, introducido por la *OpferschutzG* del 18/12/1986, en el supuesto de penas de multa, abre la posibilidad a las autoridades encargadas de la ejecución de dar facilidades para el pago cuando, de lo contrario, se pondría en peligro de manera considerable la reparación del daño. Lo mismo rige ahora según el § 459i, I, establecido por la OrgKG del 15/7/1992, también con respecto al pago de penas de multa conforme al § 46a, StGB. El § 46a, StGB, introducido por la VBG, del 28/10/94, autoriza ahora, en caso de compensación entre autor y víctima, incluso a prescindir de la pena (cf. *supra* advertencia previa al § 61).

III. Finalmente, el § 111b, IV, regula el instituto jurídico de la *"ayuda para la recuperación de los frutos"*. De acuerdo con él, también se puede asegurar un beneficio patrimonial obtenido por el autor en virtud del hecho, al que tiene derecho el ofendido y que, por ello, según el § 73, I, 2, StGB, no está sujeto a confiscación especial. De este modo, al ofendido le queda abierta la posibilidad de aprovechar la ganancia que resultó del hecho, de manera que el precepto sirve a la realización de los intereses de reparación del ofendido. Con más detalles sobre ello, ACHENBACH, 1985.

IV. Asimismo, la Ley de aseguramiento de los derechos de la víctima [*OpferanspruchssicherungsG*], del 4/3/1998, sirve al aseguramiento de las pretensiones de Derecho civil del ofendido. Conforme a ella, la persona ofendida, en el sentido del § 172, adquiere un derecho prendario legal sobre los ingresos que le corresponden al autor por la comercialización pública de la historia del hecho. De esta forma se pretende evitar también que la víctima del hecho no obtenga nada con su derecho de reparación contra el autor quien, por lo demás, con frecuencia, no dispone de patrimonio, debido a que sus abogados lograron que los medios les cedieran sus créditos con anticipación.

Capítulo 14
Las clases especiales de procedimiento

§ 64. El procedimiento de seguridad

Bibliografía: *Henkel,* Das Sicherungsverf. gegen Gemeingefährliche, ZStW 57 (1938), 702; 58 (1939), 167; *Baumann,* Unterbringungsrecht, 1966; *idem.,* Unterbringung und Freiheitsentziehung, en: Handbuch der forensischen Psychiatrie I, 1972, 358; *Gruhl,* Nebenklage und Sicherungsverf., NJW 91, 1874.

A. Ámbito de aplicación

I. Imposición de medidas de seguridad y corrección

1. La doble vía de nuestro Derecho penal material –que además de la pena represiva también posee las medidas preventivas de seguridad y corrección (§§ 61 y ss., StGB) como consecuencia jurídica de un hecho antijurídico– ha conducido, en el ámbito procesal, a que en la StPO, junto al procedimiento penal propiamente dicho, esté regulado un procedimiento especial llamado *procedimiento de seguridad* (§§ 413/416). Mientras anteriormente en este procedimiento sólo se podía disponer la internación del imputado en un sanatorio o en un establecimiento de asistencia (§§ 429a/d, versión anterior), según la nueva regulación legal se puede imponer todas las medidas cuya orden independiente está permitida por el § 71, StGB, esto es, la internación en un sanatorio psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación, la privación del permiso para conducir y la inhabilitación para ejercer una profesión. La apertura del procedimiento de seguridad presupone que no se puede llevar a cabo un procedimiento penal debido a la inimputabilidad o a la incapacidad procesal del autor y, según el resultado de las investigaciones, es posible esperar que sean ordenadas medidas de seguridad (§ 413).

2. Según el BGHSt 22, 1, el procedimiento de seguridad también puede ser iniciado cuando, por un lado, la inimputabilidad del autor no es segura, pero, por otra parte, tampoco puede ser excluida. Esto, por cierto, va más allá del texto de los §§ 71, StGB, y 413, pero es necesario, ya que, debido a la falta de probabilidad suficiente de condena, la realización de un procedimiento penal no puede ser considerada (de otra opinión, Sax, JZ 68, 533).

II. Comparación con el procedimiento del Derecho administrativo

1. En el procedimiento de seguridad el hecho punible no es fundamento, sino mero motivo de la imposición de la medida de seguridad; por consiguiente, en cuanto al contenido, el juez ejerce una actividad administrativa. Por ello, varias medidas de seguridad tienen también un *paralelo con el Derecho administrativo*: así, la privación del permiso para conducir en el procedimiento en virtud de los §§ 4, StVG, y 3, StVZO, la inhabilitación

para ejercer una profesión en la prohibición de ejercer un oficio según el § 35, GewO, y la internación en un hospital psiquiátrico en el *procedimiento de internación* para dementes que constituyen un peligro público, regulado por el derecho estadual, ajustado a principios del Derecho de policía (sobre esto BAUMANN, 1972). En el procedimiento de internación decide, en general, el juez de jurisdicción voluntaria, quien –a diferencia del juez penal– también puede disponer la internación cuando la peligrosidad del enfermo no ha conducido aún a la comisión de un hecho punible.

2. Mientras en los dos primeros casos el *concurso* entre el procedimiento del proceso penal y el del Derecho administrativo está resuelto por el § 4, StVG, y por el § 35, III, GewO, en el sentido de una primacía de las constataciones jurídico-penales, esto fue discutido durante mucho tiempo para el procedimiento de internación. Sin embargo, la discusión está hoy en gran parte aclarada: el procedimiento de seguridad es llevado a cabo sin considerar si la internación ya ha sido ordenada conforme al Derecho estadual (de otra opinión PETERS, 569, quien querría aplicar el principio de prioridad). Después de que, tras muchas dudas, también el BGH aceptó este punto de vista (BGHSt 24, 98, con mayores detalles), la controversia se limita ahora a su fundamentación. En tanto en la literatura predomina la opinión procesal de que en caso de internación con motivo de la comisión de hechos punibles tiene prioridad el procedimiento de seguridad, como procedimiento especial del Derecho federal (cf. art. 31, GG) (BAUMANN, 1966, 45 y ss.; este manual desde la 9ª ed.), el BGH pretende resolver el problema desde el punto de vista del derecho material: una internación ordenada en virtud del Derecho estadual, debido a su reducido aseguramiento frente al alta anticipada de la persona que constituye un peligro público, no suprime la necesidad de una medida de seguridad en virtud del § 63, StGB.

III. ¿Procedimiento de seguridad sólo para hechos sintomáticos?

Según la opinión del BGH (E 5, 140) la iniciación del procedimiento de seguridad del proceso penal no presupone que la peligrosidad del autor se haya manifestado en los hechos cometidos, esto es, no es necesario que se trate de *hechos sintomáticos* (p. ej., internación de un demente peligroso con motivo de una injuria inofensiva). Además, también según el BGH, el procedimiento de seguridad en los delitos perseguibles a instancia de parte debe admitirse, incluso, cuando el ofendido (p. ej., en el caso de injurias recién mencionado) no ha ejercido la instancia de persecución penal, porque la protección de la generalidad no puede depender de la voluntad del ofendido (de otra opinión RGSt 71, 218; 73, 155, y PETERS, 570). Empero, en contra de la opinión del BGH, al menos en los casos en los que el hecho no está relacionado con la peligrosidad del autor, no debería considerarse a través del procedimiento de seguridad del proceso penal, orientado al hecho, sino por medio del procedimiento análogo del Derecho administrativo.

B. Particularidades del procedimiento

I. Para el procedimiento de seguridad, en tanto no esté dispuesto algo distinto, rigen análogamente los preceptos sobre el procedimiento penal (§ 414, I). P. ej., existe una orden de internación (§ 126a) en lugar de la orden de detención, y el requerimiento de realización del procedimiento de seguridad en lugar de la promoción de la acción (§ 414, II). ¡El afectado es llamado por la ley "imputado" (§§ 415 y siguientes)!

Sobre la acción adhesiva en el procedimiento de seguridad cf. *supra* § 62, C.

II. Si debe ser considerada la internación del imputado en un sanatorio psiquiátrico o la internación de seguridad, es *competente* la Gran Cámara Penal del LG (§§ 74, I, 2, y 76, I, 1, GVG), en cambio, cuando se espera la internación en un establecimiento de desintoxicación, la privación del permiso para conducir o la inhabilitación para ejercer una profesión, es competente el tribunal de escabinos (§§ 24 y 25, GVG).

III. El *juicio oral*, en el que la publicidad puede ser excluida (§ 171a, GVG), también se puede realizar en ausencia del imputado, cuando es conveniente debido a su estado o en razón de la seguridad y el orden públicos (§ 415, I y III) y él previamente ha prestado declaración ante un juez comisionado del tribunal de juicio y con la asistencia de un perito (§ 415, II y IV). En cualquier caso el imputado debe estar representado por un defensor (defensa necesaria, § 140, I, nº 7). Fuera de ello, un perito debe declarar sobre el estado del imputado (§ 415, V); a él se le debe conceder la oportunidad de examinar al imputado antes del juicio oral para preparar su dictamen (§§ 414, III, y 415, V).

IV. Si en el transcurso del juicio oral surge que el imputado ha cometido el hecho pero con capacidad de culpabilidad, el procedimiento de seguridad debe ser *transformado* al procedimiento penal general, es decir, debe continuar como proceso penal común, según la competencia que rige para ese caso (ver, en particular, § 416, II) o debe ser remitido al tribunal competente (§ 416, I). Por el contrario, si no se puede aclarar si la imputabilidad del imputado estuvo excluida o sólo disminuida considerablemente, el procedimiento de seguridad debe continuar (cf. BGHSt 18, 167).

V. La *decisión* en el procedimiento de seguridad se dicta por sentencia, que puede contener la imposición de la medida de seguridad (cf. § 71, StGB) o el rechazo del requerimiento. Con la sentencia firme del procedimiento de seguridad se agota la acción penal, del mismo modo que en el supuesto de una absolución, de forma tal que posteriormente el imputado ya no puede ser acusado con el fundamento de que, en realidad, él había sido capaz de culpabilidad (en todo caso entraría en consideración la revisión del procedimiento –ante la existencia de sus presupuestos generales–). Se discute si la sentencia también agota la pretensión estatal de seguridad, de modo que un requerimiento rechazado tampoco puede ser reiterado cuando posteriormente se manifiesta la peligrosidad pública del autor (a favor BGHSt 11, 322; en contra, con razones atendibles, PETERS, 572, y HENKEL, 418). Sin embargo, en todo cuanto se refiere a la interna-

ción en un sanatorio psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación, el significado práctico de esta discutida cuestión es reducido porque, en todo caso, sigue siendo admisible la internación en el procedimiento privativo de libertad del Derecho estadual.

§ 65. El procedimiento por confiscación especial, decomiso y secuestro del patrimonio

Bibliografía: *Bode*, Das neue Recht der Einziehung im Strafrecht nach dem EGOWiG, NJW 69, 1052.

A. El procedimiento por confiscación especial y por decomiso

Sobre confiscación especial, decomiso, destrucción e inutilización se debe decidir, por regla general, "en la sentencia", por lo tanto, en una sentencia penal que impone una pena a una persona determinada (esto es, en un *procedimiento subjetivo*).

Sin embargo, en el § 76a, StGB, está previsto que estas medidas puedan ser impuestas, bajo ciertas circunstancias, "independientemente", es decir, sin que se lleve a cabo un proceso penal contra una persona determinada. Es condición para ello que la condena de una determinada persona no sea factible; así, p. ej., el dinero falsificado puede ser decomisado (§ 150, StGB) aun cuando el falsificador esté prófugo o sea desconocido (llamado *procedimiento objetivo*).

I. La ley regula, en los §§ 430/439, el procedimiento de decomiso en un procedimiento penal dirigido contra una persona determinada (procedimiento penal *subjetivo*).

Pero es especialmente significativo que los terceros, que quizá tienen una pretensión jurídica referida al objeto del decomiso (los llamados *interesados en el decomiso*), deben ser oídos cuanto antes en el procedimiento preliminar (§ 432) y deben intervenir en el procedimiento intermedio y en el procedimiento principal (en particular, § 431). A través de la orden judicial de intervención ellos son constituidos en *"intervinientes por decomiso"* (§ 431, I, 1) y, en principio, tienen las mismas facultades que le corresponden a un acusado (§ 433, I). Por consiguiente, ellos pueden interponer excepciones contra el decomiso, pueden comparecer al juicio oral, formular requerimientos de prueba e interponer recursos (limitaciones en los §§ 436, II, y 437).

II. El *procedimiento objetivo* está regulado en los §§ 440 y 441:

1. En lugar de la accción se formula el requerimiento para ordenar independientemente el decomiso de una cosa o de su valor sustitutivo.

2. La decisión sobre el decomiso independiente la toma el tribunal que

sería competente en caso de persecución penal de una determinada persona, o bien el tribunal en cuya circunscripción ha sido asegurada la cosa (§ 441, I).

3. El tribunal decide por auto, recurrible con la queja inmediata (§ 441, II).

4. A pedido de la fiscalía, o de otro interviniente o por orden del tribunal se procede oralmente y se decide por sentencia (§ 441, III, 1). Si contra la sentencia se interpone una apelación admisible, ya no procede la posibilidad de interponer casación (§ 441, III, 2).

III. Ambos tipos de procedimiento rigen análogamente para la confiscación especial, para la destrucción, para la inutilización y para la eliminación de una situación antijurídica (§ 442, I). Si la confiscación especial se dirige contra un tercero, él debe intervenir en el procedimiento (ver, en particular, § 442, II).

B. El procedimiento en caso de embargo del patrimonio (inhibición general de bienes)

Ante la comisión de determinados delitos (ver, en particular, la lista de hechos punibles en el § 443, I), todo el patrimonio del imputado que se halla en el ámbito de validez de la StPO puede ser sometido a embargo cuando ha sido promovida la acción pública o cuando se ha emitido una orden de detención. No obstante, no se trata de un secuestro en el sentido de los §§ 94 y ss., y 111b y ss.; antes bien, este embargo del patrimonio pretende impedir que, aun durante el procedimiento, el imputado utilice su patrimonio en perjuicio del Estado afectado por él, p. ej., mediante propaganda, sobornos o reclutamiento de asesinos o de tropas.

El embargo del patrimonio debe ser ordenado por el juez; en caso de peligro inminente en la demora es posible una orden provisional de la fiscalía (§ 443, II). El secuestro debe ser revocado, a más tardar, una vez finalizado el juicio oral de primera instancia (§ 443, I, 3). Tanto el auto de embargo como su revocación deben ser publicados en el Boletín Federal (§ 443, III, en relación con los §§ 291 y 293, II).

Desde el punto de vista del Estado de Derecho, el precepto del § 443 no está libre de reparos, porque el fin legítimo de asegurar el procedimiento y de evitar otros hechos punibles únicamente justificará un embargo de todo el patrimonio sólo en los casos aislados.

§ 66. El procedimiento por mandato penal

Bibliografía: *Bruns*, Erlaubt die Rechtskraft des Strafbef. die zusätzl. Verfolgung nachträgl. eingetretener strafschärfender Tatfolgen?, JZ 60, 585; *Eser*, Das rechtl. Gehör im Strafbef.- und Strafverfügungsverf., JZ 66, 660; *Rieß*, Vereinfachte Verf.arten für die kleinere Kriminalität, en: Schreiber, Strafprozeß und Reform, 1979, 113; *idem*, Zweifelsfragen zum neuen Strafbef.verf., JR 88, 133; *Schaal*, Hinreichender Tatverdacht oder richterl. Überzeugungsbildung für den Strafbef.erlaß?, Meyer-GS, 1990, 427; *Greßmann*, Strafbef.verf. mit Auslandsberührung, NStZ 91, 216; *Blankenheim*, Zustellung des Strafbef. an Nichtseßhafte, MDR 92, 926; *Fezer*, Zur Zukunft des Strafbef.verf., Baumann-FS, 1992, 395; *Hohendorf*, Probleme bei Pflichtverteidigerbestellung nach § 408 b StPO, MDR 93, 597; *K. J. Müller*, Das Strafbef.verf., 1993; *Fezer*, Vereinfachte Verf. im Strafprozeß, ZStW 106 (1994), 1;

Hausel, Ungenutztes Beschleunigungspotential des Straf(-bef.-)verf.?, ZRP 94, 94; *Schellenberg*, Zur Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbef.weg, NStZ 94, 570; *Brackert/Staechelin*, Die Reichweite der im Strafbefehlsverfahren erfolgten Pflichtverteidigerbestellung, StrV 95, 547; *Martin*, Freiheitsstrafe beim Ausbleiben des Angeklagten?, GA 95, 121; *Böttcher*, Der Strafbefehl auf dem Vormarsch?, Odersky-FS, 1996, 299.

A. Importancia y problemática

I. Del principio de la StPO según el cual una pena criminal sólo puede ser impuesta sobre la base de un juicio oral, en el cual el imputado es oído por el tribunal que decide en la causa y tiene oportunidad de defenderse, hay una excepción muy significativa en la práctica, que consiste en el procedimiento por mandato penal. En este procedimiento, a pedido de la fiscalía y a través de un mandato penal escrito, se puede imponer penas de multa y privativas de libertad de hasta un año, pero también consecuencias jurídicas importantes como la inhabilitación para conducir y la privación del permiso para conducir hasta por dos años (§§ 407 y siguientes). El procedimiento por mandato penal se ha convertido en la clase de procedimiento más importante para la punición de la pequeña y mediana criminalidad, prácticamente encapsulada en él. El § 408a, introducido por la StrVÄG 1987, torna posible ahora, en caso de incomparecencia del acusado, la transformación al procedimiento por mandato penal aun después de la apertura del procedimiento principal y, dado el caso, incluso permite imponer una pena privativa de libertad. Para emitir un mandato penal, en un caso semejante, es necesario el requerimiento escrito de la fiscalía; en cambio, no es suficiente un requerimiento oral del representante en la audiencia, asentado en las actas (Hamburg NStZ 88, 522, con reseña de Rieß, JR 89, 171). Sobre los numerosos problemas que suscita el nuevo precepto, con mayores detalles, Schellenberg, NStZ 94, 570; Martin, GA 95, 121.

II. Contra este procedimiento sumario se *objeta* que en él, la mayoría de las veces, las penas serían pronunciadas de forma precipitada y sin que el imputado sea oído suficientemente conforme a la ley, que incluso con frecuencia los afectados no se defienden contra pronunciamientos injustos de penas por los motivos más diversos (indiferencia, timidez, ignorancia), y que a través de un mero mandato penal no se advierte suficientemente al culpable sobre la gravedad del hecho punible que cometió. También se sostiene que existe el peligro de que muchas veces la fiscalía y el tribunal tramiten una causa por mandato penal, únicamente con el fin de ahorrarse trabajo y que, además, la pena impuesta es muy baja intencionalmente, para evitar una objeción del imputado (cf. Schmidt-Hieber, NJW 82, 1020). A estas objeciones no se les puede negar la razón por completo. Sin embargo, un procedimiento sumario es indispensable: en vista de la gran cantidad de delitos de bagatela nuestra justicia estaría completamente sobreexigida si en cada caso se debiera llevar a cabo un juicio oral. Ya no se tendría el tiempo absolutamente necesario para el esclarecimiento diligente de los delitos más complicados y de mayor gravedad. Por ello, no se podrá renunciar al procedimiento por mandato penal. En la actualidad, las fiscalías realizan más procedimientos por requerimiento de mandato penal que a través de la interposición de una acusación. En 1992, p. ej., en los antiguos estados federados hubo 513.681 requerimientos de mandato penal frente a 431.444 acusaciones; más de dos tercios de los mandatos penales quedaron firmes sin objeción, apenas un tercio de las objeciones fue desistido[1].

B. Admisibilidad y desarrollo del procedimiento

I. Admisibilidad y competencia

1. El procedimiento por mandato penal es *admisible*, en principio, para todos los delitos; constituye presupuesto para ello que la fiscalía no considere necesaria la realización de un juicio oral (§ 407, I). Con todo, dado que hasta ahora sólo podían ser impuestas penas de multa, y distintas penas y consecuencias accesorias, pero no penas privativas de libertad (§ 407, II, 1, nº 1), su ámbito de aplicación estaba limitado. Sin embargo, en razón del nuevo § 407, II, 2, ahora también pueden ser establecidas penas privativas de libertad de hasta un año cuando su ejecución es suspendida condicionalmente y a prueba, aunque sólo si el procesado tiene un defensor; si el juez considera la posibilidad de dictar un mandato penal, en caso necesario tiene que nombrar un defensor al procesado (§ 408b). Como medida de seguridad y corrección sólo puede ser ordenada la privación del permiso para conducir, por la que el plazo de prohibición no puede exceder de dos años (§ 407, II, 1, nº 2; importante para la sanción del gran número de delitos de tránsito en el procedimiento por mandato penal). Actualmente, por mandato penal también puede considerarse la prescindencia de la pena, según el § 60, StGB (§ 407, II, 1, nº 3).

2. Es *competente* para dictar un mandato penal: en las causas penales de menor importancia (§ 25, GVG; BVerfGE 22, 254), el juez penal; en las causas de competencia del tribunal de escabinos (§ 24, GVG), el presidente del tribunal de escabinos (§§ 30, II, GVG, y 408, I). Si éste considera competente al juez penal, le entrega la causa, a través de la fiscalía, con efecto obligatorio; en el caso contrario, el juez penal presenta las actas al presidente del tribunal de escabinos por intermedio de la fiscalía (§ 408, I). Hausel, 1994, está a favor de la emisión de un mandato penal por las fiscalías cuando se trata de mandatos penales que imponen penas de multa.

[1] Cf. Böttcher, 1996, quien expone detalladamente el desarrollo legislativo.

II. El procedimiento propio del mandato penal

1. El procedimiento por mandato penal, en comparación con el procedimiento normal, está *abreviado* en cuatro aspectos:

a) Según el § 407, III, este procedimiento no requiere que el procesado sea oído por el juez antes de que se dicte el mandato penal (objeciones fundadas en contra de ello con respecto al art. 103, I, GG, en ESER, 1966).

b) En lugar de la acusación se formula el *requerimiento de mandato penal*, a través del cual es promovida la acción pública (§ 407, I, 4). El requerimiento (¡al contrario que la acusación!) debe estar dirigido a una consecuencia jurídica determinada (§ 407, I, 3).

c) Se suprime el auto de apertura.

d) Si el juez no tiene reparos contra la emisión, el mandato penal se dicta sin *juicio oral* previo (pero, en ciertas circunstancias, después de la realización de investigaciones judiciales complementarias, análogamente al § 202; discutido) (§ 408, III, 1) y se notifica al procesado por escrito (§ 409, I).

2. El mandato penal debe designar, además de la pena impuesta, la acción punible y su calificación jurídica, así como los medios de prueba y debe contener información sobre la interposición de recursos (§ 409, I). Formalmente, el mandato penal es un auto, materialmente una sentencia que impone una pena y, cuando deviene firme, constituye el único fundamento de la ejecución de la pena (ver § 410, III).

En HENKEL, 429, y GÖBEL, *Strafprozeß*, 1996, 5ª ed., núm. marg. 346, se puede encontrar *modelos de mandatos penales*.

3. Cuando el juez *competente* tiene *reparos* contra la emisión del mandato penal solicitado, dispone de las siguientes posibilidades:

a) Si él considera inadecuada una decisión basada en las actas, debido a la falta de averiguación suficiente de los hechos (y tampoco parece conveniente una investigación intermedia, análoga a la dispuesta por el § 202), convoca a *juicio oral* (§ 408, III, 2); en ese caso, no es necesario un auto de apertura especial, el requerimiento de mandato penal vale como acusación. Con la citación se debe comunicar al acusado una transcripción del requerimiento de mandato penal, sin la consecuencia jurídica solicitada (§ 408, II, 2).

A causa de la naturaleza sumaria del procedimiento y de que es escrito, para la emisión del mandato penal no se puede exigir la convicción del juez acerca de la culpabilidad del acusado, sino sólo la existencia de sospecha suficiente; a favor de ello habla también el § 408, II (con más detalles SCHAAL, 1990; discutido).

b) Si el juez quiere apartarse del requerimiento en la apreciación jurídica o en la *cuestión de la pena*, debe intentar ponerse de acuerdo sobre ello con la fiscalía, pues un mandato penal sólo puede ser emitido en caso de *total acuerdo* entre juez y fiscal (§ 408, III, 1 y 2; ¡una precaución especial del procedimiento por mandato penal a través de la cual se pretende disminuir el peligro de una decisión errónea!). Si el intento de acuerdo fracasa, se debe convocar a juicio oral (§ 408, III, 2).

c) Por último, el juez puede *rechazar* por completo el requerimiento de mandato penal, incluso sin juicio oral, cuando considera que el requerimiento es inadmisible o que la sospecha sobre la comisión del hecho punible es insuficiente (§ 408, II, 1). La decisión es equiparable al auto que rechaza la apertura del procedimiento principal (§ 408, II, 2), de modo tal que contra ella a la fiscalía, según el § 210, II, le corresponde la *queja* inmediata. Cuando, a consecuencia de ello, el tribunal que conoce del recurso de queja considera infundado el rechazo del requerimiento de mandato penal, él, sin embargo, no puede (¡en contra de lo dispuesto por el § 309, II!) emitir el mandato penal por sí mismo (¡según el § 407, I, eso sólo puede hacerlo el juez *competente del tribunal municipal*!), ni ordenar al juez que emita el mandato penal en contra de sus reparos, sino que sólo puede ordenar la convocatoria a juicio oral (arg. § 408, III, 2, discutido, ver *LR*-GÖSSEL, 24ª ed., § 408, núms. margs. 26/29).

III. La transformación al procedimiento normal

1. Contra el mandato penal, el imputado puede formular objeción dentro de dos semanas a partir de la notificación (ver, en particular, § 410, I). A través de la objeción admisible, que según el § 410, II, se puede limitar a determinados puntos, se fuerza la realización de un juicio oral ante el juez penal o ante el tribunal de escabinos (§ 411, I), a menos que la fiscalía desista antes de la acción. Según el § 411, III, cuando el mandato penal no fue emitido en el procedimiento de acuerdo con el § 408a, la acción y la objeción pueden ser desistidas, todavía, hasta el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, pero después del comienzo del juicio oral sólo con el consentimiento del opositor.

Según el BGHSt 25, 187, con comentario de HANACK, JR 74, 296, la objeción es admisible ya antes de la notificación, en tanto el mandato penal haya sido ya emitido, esto es, si ha sido firmado por el juez y se encuentra en trámite.

2. Para el *juicio oral* que se lleva a cabo tras la objeción rigen, en principio, las reglas generales. Junto a las reglas menos rígidas en el ámbito de la práctica de la prueba, tomadas del procedimiento acelerado sólo en 1994, en virtud de la VBG (cf. *infra* § 72, E, VII), existen excepciones, únicamente en cuanto a que, por un lado, el acusado no tiene que comparecer cuando está representado por un defensor provisto de poder escrito (§ 411, II), pero, por otra parte, la objeción es *rechazada*, sin más, cuando el acusado no comparece por sí mismo, ni está representado eficazmente (§ 412, que remite a la regulación del § 329, vigente para el procedimiento de apelación). Si la objeción es rechazada sin razón, según el § 412 el tribunal de apelación debe anular la sentencia y remitir la causa al AG (BGHSt 36, 139, con comentario de GÖSSEL, JR 90, 302). Él no puede decidir por sí mismo en la causa, porque el error del AG no puede, adicionalmente, quitarle al acusado una instancia en la que se examina a los hechos. Si el

acusado quiere intervenir en el juicio oral y se halla impedido de asistir, sin culpa alguna de su parte por la obstaculización del procedimiento, no se puede proceder sin él acerca de la objeción, aunque el defensor esté presente (Karlsruhe MDR 85, 868).

3. La *parte dispositiva de la sentencia* tiene la misma forma que en el procedimiento normal; no existe ninguna referencia al mandato penal anterior, que ya ha perdido validez a través de la objeción. El tribunal no está vinculado al mandato penal en cuanto a la apreciación del hecho, cuando ha sido formulada la objeción (§ 411, IV). Dentro de este margen, según el texto de la ley, es admisible, incluso, una *reformatio in peius*, pues la sentencia penal puede ser más grave que el mandato penal. Sin embargo, dado que esta regulación sólo se puede explicar por el carácter sumario del propio procedimiento por mandato penal, una *reformatio in peius* resulta inadmisible cuando en el juicio oral no surge agravación alguna en comparación con las circunstancias aceptadas en el mandato penal (ver OSTLER, NJW 68, 486; en contra SCHLÜCHTER, StPR, 191).

IV. La cosa juzgada del mandato penal

1. Si contra un mandato penal no se formula oportunamente la objeción, adquiere el efecto de una sentencia firme (§ 410, III). Hasta la StVÄG de 1987, la jurisprudencia constante (también la del BGHSt 28, 69) había reconocido al mandato penal, en contra del texto legal y frente a la oposición casi unánime de la literatura, sólo una fuerza de cosa juzgada limitada (ver 19ª ed., 393/395). De acuerdo con ello, a causa de la naturaleza sumaria del procedimiento por mandato penal, que no permite un esclarecimiento completo, se admitía perseguir otra vez un hecho juzgado a través de un mandato penal cuando, posteriormente, aparecía un punto de vista jurídico que no había sido considerado en el mandato penal y que fundaba una punibilidad mayor. Esta posición estaba en manifiesto desacuerdo valorativo con la regulación que había sido establecida en los procedimientos similarmente sumarios de los §§ 72, 84, II, 2, y 85, III, 2, OWiG, para el auto escrito que impone una enmienda y del § 153a para el sobreseimiento bajo imposiciones e instrucciones (§ 153a, I, 4). Por esa razón, el legislador de la StVÄG de 1987 ha unificado la regulación del mandato penal con la de las otras dos clases de conclusión abreviada del procedimiento. El efecto de cosa juzgada del mandato penal ya no se diferencia del de la sentencia material común (sobre ello, *supra* § 50). Sin embargo, según la nueva versión del § 373a, la revisión en perjuicio del condenado de un procedimiento concluido por un mandato penal firme es admisible, más allá de los casos del § 362, cuando son aportados nuevos hechos o medios de prueba que son adecuados, solos o junto con las pruebas anteriores, para fundar la condena por un crimen.

Libro Segundo
Historia y Derecho comparado

Capítulo 15
Historia

Bibliografía: *1. Bibliografía general sobre la historia del Derecho alemán*:

Stintzing-Landsberg, Gesch. der Dt. Rechtswissenschaft, 1880 -1910 (reimpresión 1957); *Brunner/v. Schwerin*, Dt. Rechtsgesch., 2ª ed., 1928; *Schröder/Künssberg*, Lehrbuch der dt. Rechtsgesch., 7ª ed., 1932; v. *Schwerin*, German. Rechtsgesch., 2ª ed., 1943; *Kern*, Gesch. des Gerichtsverfassungsrechts, 1954; *Mitteis*, Der Staat des hohen Mittelalters, 6ª ed., 1959; *Fehr*, Dt. Rechtsgesch., 6ª ed., 1962; *Conrad*, Dt. Rechtsgesch., t. I, 2ª ed., 1962, t. II, 1966; *Planitz/Eckhardt*, Dt. Rechtsgesch., 3ª ed., 1971; *Coing*, Epochen der Rechtsgesch. in Deutschland, 3ª ed., 1976; *Mitteis/Lieberich*, Dt. Rechtsgesch., 18ª ed., 1988; *Köbler*, Bilder aus der dt. Rechtsgesch., 1988; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 1997.

2. Bibliografía sobre la historia del Derecho procesal penal:

a) De la bibliografía *general* del Derecho procesal penal son especialmente importantes para la historia:

Planck, Systematische Darstellung des dt. Strafverf. auf der Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen, 1857; *Zachariä*, Hdb. des dt. Strafprozesses, 2 tomos, 1861, 1868; *Glaser*, Hdb. des Strafprozesses, I, 1883; v. *Hippel*, Der dt. Strafprozeß, 1941; *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im dt. Strafverf., 1979.

b) *Especialmente* para la historia del procedimiento penal:

Helbing-Bauer, Die Tortur, 1926; *Hall*, Die Lehre vom corpus delicti, 1933; *Nottarp*, Gottesurteile, 1949; *Döhring*, Gesch. der dt. Rechtspflege seit 1500, 1953; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Gesch. der dt. Strafrechtspflege, 3ª ed., 1965; *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit. Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rspr., 1980 (extraordinario libro de imágenes con 530 ilustraciones y explicaciones instructivas); *Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgesch., 3ª ed., 1998.

Advertencia previa

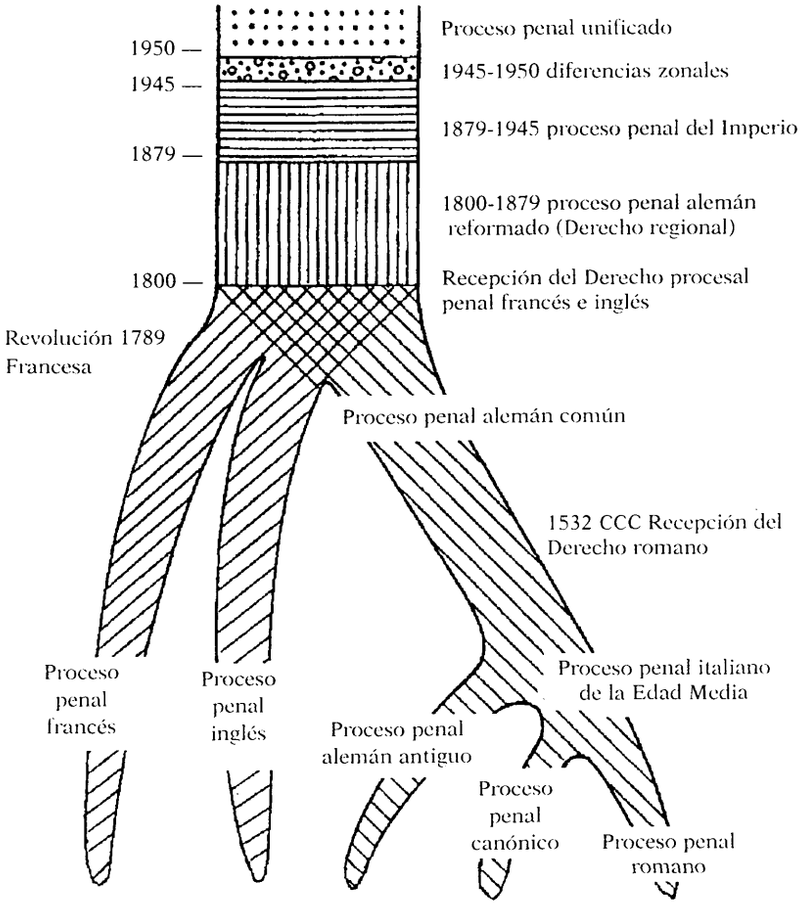
Nuestro Derecho procesal penal, como lo explica el dibujo, ha nacido de la raíz autóctona y de una doble recepción del Derecho extranjero, a saber:

1. la recepción del Derecho romano o, más bien, del Derecho *italiano de la Edad Media* en el siglo XV, y

2. hacia el año 1800, la recepción del pensamiento jurídico y de las instituciones jurídicas *anglo-francesas*.

A través de la recepción del Derecho italiano medieval se originó el *proceso penal alemán común*, que ha encontrado su principal expresión en la *Peinlichen Gerichtsordnung* (vulgar: *Carolina* = *Constitutio Criminalis Carolina*) de 1532; la adopción del Derecho anglo-francés creó el llamado, modernamente, *proceso penal alemán reformado*, que primero se impuso como Derecho regional en los distintos estados alemanes individuales y con la RStPO de 1877 se convirtió en Derecho del Imperio.

Las raíces del Derecho procesal penal vigente en la República Federal de Alemania



§ 67. Hasta el comienzo de la Recepción

Bibliografía: *Planck*, Das dt. Gerichtsverf. im Mittelalter, 1879; *Binding*, Die Entstehung der Strafe im german.-dt. Rechtskreis, 1909; *His*, Das Strafrecht des dt. Mittelalters, 2 tomos, 1920, 1935; *idem*, Geschichte des dt. Strafrechts bis zur Karolina, 1928 (reimpresión 1967); *Genzmer*, Rache, Wergeld und Klage im german. Rechtsleben, 1941; *Gernhuber*, Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Landfrieden von 1235, 1952.

A. En los **tiempos más antiguos** no encontramos ninguna diferencia entre proceso penal y proceso civil. La *organización de los tribunales* era democrática: todos los miembros de la comunidad administraban justicia en la asamblea popular, en el *Thing*, y, por cierto, a propuesta de hombres versados en leyes que, ante todo, eran nombrados por el pueblo sólo para el caso particular o por un tiempo breve (llamados *rachimburgi* en la época posterior) y cuya propuesta requería la conformidad de las demás personas reunidas (del *Vollbort*).

El *procedimiento* era oral y público. El tribunal se reunía en lugares abiertos, en colinas, debajo de árboles antiguos (*Gerichtseichen* o *Gerichtslinden*), en determinados días (día de audiencia era el de luna nueva o el de luna llena; además, el martes –*Zius-Tag*– era el día de audiencia). Antes del inicio de la audiencia se formulaban las tres cuestiones judiciales (*Gerichtspragen*): si eran correctos el lugar y el momento, si el tribunal estaba integrado correctamente y si se debía ordenar la paz judicial (*Gerichtsfriedens*).

El *procedimiento penal* coincidía con el procedimiento civil: era *puramente acusatorio*, provocado por la acción del ofendido y de su familia (por lo tanto, una acción privada). La acción estaba dirigida a la reparación, y, por cierto, en dinero, en especial el dinero por la sangre (*Wergeld*: la reparación por un hombre asesinado) y, además, al *Fredus* (el precio de la paz a pagar a la comunidad). Sin embargo, en los delitos de mayor gravedad, junto a ello también entraba en consideración la pérdida de la paz (*Friedloslegung*) a través de la cual el afectado era extrañado de la comunidad de origen y se convertía en "*Werwolf*" (hombre-lobo perseguido para darle muerte), y todos los individuos de la misma tribu eran llamados a matarlo.

El *derecho probatorio* obedecía a reglas legales rigurosas. Él era primitivo al extremo: para su defensa, el acusado podía jurar que era inocente (juramento depurador: *Reinigungseid*); conjuradores (*Eideshelfer*) presentados por él afirmaban su convicción sobre la pureza (= la verdad) de ese juramento; ellos no eran precisamente testigos de descargo que declaraban sobre observaciones propias. Con frecuencia, también eran comunes los juicios de Dios, así, el duelo o la prueba del agua (el acusado era arrojado al agua atado; si se hundía, era inocente y se lo sacaba del agua; si flotaba en la superficie, era considerado culpable porque el agua pura no lo aceptaba). Especialmente por mucho tiempo se mantuvo el *Bahrrecht*: el sospechoso de un asesinato debía besar el cadáver del muerto; si sus heridas comenzaban a sangrar, era culpable.

B. La época de los francos. La administración de justicia por el pueblo se mantuvo hasta CARLOMAGNO. La presidencia la ocupaba un funcionario del rey, el conde palatino (*Gaugraf*). Empero, junto a las antiguas asambleas populares (*Hundertschaftsgerichte*) aparecieron los *Sendgrafengerichte*, bajo la dirección de funcionarios del rey (*missi dominici*), superiores respecto del tribunal del conde palatino (*Gaugraf*), y el tribunal del rey, que constituía el rey en su corte permanente o para sus viajes. Este tribunal real era el tribunal de apelación contra las sentencias de los tribunales de los condes. No obstante, el rey también podía poner en marcha por sí mismo una investigación de Derecho penal (en el llamado *Rügeverfahren*).

La reforma de la organización judicial llevada a cabo por CARLOMAGNO, que consistió en la diferenciación entre verdaderas asambleas (*echten Thingen*, en las que debía participar el pueblo en conjunto) y asambleas urgentes (*gebotenen Thingen*, en las que la obtención de la sentencia era delegada en siete escabinos, *scabini*), pretendía eximir al pueblo de la agobiante obligación de participar en las asambleas (*Thingpflicht*). Esta primera *organización de escabinos* no se impuso en todas partes y cayó en desuso en la época postcarolingia.

C. Sólo **en la segunda mitad de la Edad Media** (por lo tanto, en la época entre los años 900 y 1450) encontramos *reformas al procedimiento penal* en las *ciudades*: un procedimiento de persecución oficial con inquisición reemplazó cada vez más al procedimiento acusatorio. Una misma persona, el juez, se convirtió, a la vez, en acusador y juzgador; el ofendido se convirtió en testigo y el sospechoso en objeto de la investigación (*inquisit*). En el procedimiento probatorio se aspiró a la verdad material: los conjuradores (*Eideshelfer*) desaparecieron; en su lugar aparecieron personas que declaraban según sus propias observaciones; así comenzó la prueba testimonial. En el centro del procedimiento probatorio se hallaba la confesión. Para obtenerla se hacía uso de la tortura (*peinliche Frage*) que ya era admisible en virtud de la Ley de Suabia (1270). Paulatinamente el proceso se volvió secreto y escrito. Las multas y los rescates de la sangre (*Wergelder*) fueron reemplazados cada vez más por las sanciones penales (*peinlichen Strafen*: *"zu Hals und Hand"*), que fueron previstas en las numerosas leyes para la paz de los territorios contra las "personas dañinas para el lugar".

En la *campiña* siguió todo como antes. La persecución penal siguió siendo un asunto privado; el procedimiento probatorio siguió siendo formal; los juicios de Dios se mantuvieron por mucho tiempo.

§ 68. La Recepción

Bibliografía: *Eb. Schmidt*, Inquisitionsprozeß und Rezeption, Studien zur Geschichte des Strafverf. in Deutschland vom 13.- 16. Jh., 1940; *idem*, Strafrechtspflege und Rezeption, ZStW 62 (1943), 232; *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, en: Landau/Schroeder (comps.), Strafrecht und Strafprozeß der Rezeption, 1984; *Oehler*, Zur Entstehung des strafrechtl. Inquisitionsprozesses, H. Kaufmann-GS, 1986, 847; *Jerouschek*, Die Herausbildung des peinl. Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit, ZStW 104 (1992), 328.

I. El *proceso alemán autóctono* de las postrimerías del siglo XV presentaba graves deficiencias: en especial, la aplicación de la tortura no estaba sujeta a un determinado grado de sospecha, sino que, en última instancia, quedaba al arbitrio del inquisidor. El Derecho procesal alemán apenas estaba desarrollado científica y sistemáticamente.

II. Por otro lado, en *Italia* se hallaba un Derecho altamente desarrollado. El Derecho italiano no era puramente romano ni canónico, sino el Derecho comunal de la Alta Italia. Se originó debido a que las obras de los postglosadores (particularmente de GANDINUS, BARTOLUS, BALDUS y ANGELUS ARETINUS) habían fundido el Derecho romano y el Derecho canónico en una unidad. Además, este Derecho había sido considerablemente influenciado por la práctica judicial.

III. El conocimiento de este Derecho italiano-medieval fue recibido en Alemania a través de dos vías diferentes; por un lado, a través de los *doctores iuris* alemanes que terminaban sus estudios en las universidades de la Alta Italia y, por otra parte, a través de la bibliografía de divulgación científica: a través de dos glosas jurídicas (*Rechtsspiegel*), a saber, la glosa judicial para demandar (*Klagspiegel*), que fue escrita aproximadamente en el año 1425, publicada en 1470 y editada nuevamente por SEBASTIAN BRANT en 1516 (BRANT se inspiró, sobre todo, en GANDINUS), y a través de la glosa para legos (*Laienspiegel*) de TENGLER, del año 1509; ambos eran apuntes jurídicos privados.

IV. Frente al Derecho autóctono, el Derecho italiano presentaba la ventaja de poseer una conceptualización y una sistematización claras. Como consecuencia de esta ventaja, a finales del siglo XV, comienzos del XVI, el *Derecho italiano fue determinante* para el Derecho procesal penal alemán. A pesar de ello, no fue tomada tanto la regulación de contenido del Derecho procesal penal italiano, sino, antes bien, el método científico-jurídico de la ciencia jurídica italiana. A través de la Recepción fueron establecidas, por primera vez, normas en el ámbito del Derecho procesal penal, que regulaban la aplicación del poder de la autoridad y, de este modo, limitaban el poder discrecional de los jueces. La tesis de EB. SCHMIDT acerca de que el proceso inquisitivo se desarrolló en suelo alemán, sin influencia italiana, se considera actualmente refutada (TRUSEN, 1984; OEHLER, 1986).

§ 69. La *Peinliche Gerichtsordnung* y el proceso penal alemán común

Bibliografía: *Benedict Carpzow*, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, 1635; *Malblank*, Die Geschichte der PGO Karls V., 1783; *Günterbock*, Die Entstehung der Carolina, 1876; *Brunnenmeister*, Die Quellen der Bambergensis, 1879; *Schoetensack*, Der Strafprozeß der Carolina, 1904; *Eb. Schmidt*, Die Carolina, ZRG Germ. Abt., 53 (1933), 1; *H. v. Weber*, Die PGO Kaiser Karls V., ZRG Germ. Abt., 77 (1960), 288; *Schroeder*, Die PGO Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532, en: Albrecht (comp.), Regensburg - Stadt der Reichstage, 1980, 25; *Rüping*, Carpzov und Thomasius, ZStW 109 (1997), 381.

Zachariä, Grundlinien des gemeinen dt. Criminalprozesses, 1837; *Hegler*, Die prakt. Tätigkeit der Juristenfakultäten des 17. u. 18. Jh., 1899; *Rich. Schmidt*, Die Herkunft des Inquisitionsprozesses, Großherzog Friedrich-FS, 1902; *H. v. Weber*, Benedict Carpzow, Rosenfeld-FS, 1949, 29; *ders.*, Juristen-Jahrbuch 7 (1966/67), 1; *S. Bruns*, Zur Geschichte des Inquisitionsprozesses, tesis doctoral, Bonn, 1994.

Zur Aktenversendung: Bülow, Das Ende des Aktenversendungsrechts, AcP 65, 1; *Löning*, Spätes Lob der Aktenversendung, ZRG Germ. Abt., 63 (1943), 333; *Klugkist*, Die Aktenversendung an Juristenfakultäten, JZ 67, 155.

A. La *Peinliche Gerichtsordnung*

La *Peinliche Gerchtsordnung del emperador Carlos V*, la *Constitutio Criminalis Carolina* (PGO o CCC), del año 1532 se funda en la Recepción.

I. Sus *antecedentes* fueron importantes leyes de recepción: la *Wormser Reformation* de 1498, la *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 (la llamada *mater Carolinae*) y la *Brandenburgica* de 1516 (la llamada *soror Carolinae*), que se le asemeja en lo esencial.

Por el contrario, las restantes leyes de las postrimerías del siglo XV y de los comienzos del siglo XVI, p. ej., las *Nürnberger Halsgerichtsordnungen* de 1481 y 1526 o las *Maximilianischen Halsgerichtsordnungen* (Tirol 1499, Radolfzell 1506, pub. por Eb. Schmidt, 1949), *no* son contadas entre las fuentes de la Carolina. Como ha demostrado convincentemente Eb. Schmidt (*Inquisitionsprozeß und Rezeption*, 1940), ellas están impregnadas completamente por el estilo de los preceptos jurídicos medievales y no permiten percibir "aún matiz alguno del espíritu de la Recepción".

De especial importancia es la *Bambergensis*. Su autor fue Johann Erich Freiherr von Schwarzenberg y Hohenlandsberg –el administrador territorial (*Landhofmeister*) del obispo de Bamberg–, quien más tarde, después de la conversión a la Reforma, entró al servicio de Brandenburg; no era jurista, sino un valiente soldado (1463-1528) que estaba bajo la influencia de las publicaciones italianas (sobre él cf., en especial, Erik Wolf en: *Große Rechtsdenker*, 1963, 4ª ed., 102; además Hellmer, JuS 65, 48).

II. La PGO es, a la vez, el primer StGB y la primera StPO alemanes, una codificación del Imperio que nació en medio de la Reforma.

Su texto apareció en una edición efectuada e introducida por Radbruch/Arth. Kaufmann (*Reclam*, 1984, 6ª ed., con información detallada sobre la bibliografía), de buen precio, que todo estudiante debería tener. Schroeder, 1980, proporciona una introducción a la Carolina muy adecuada para estudiantes.

1. Fueron *motivo* de esta codificación las numerosas quejas de arbitrariedad en las causas penales y de asesinatos judiciales ante la Cámara Imperial, que había sido creada en 1495 por la Dieta de Worms; posteriormente se llevó a cabo un informe de la Cámara Imperial a la Dieta que se constituyó en Freiburg i. Br. en 1498 y decidió "realizar una reforma y reglamento general en el Imperio sobre cómo se debe proceder *in criminalibus*". Para la redacción de la ley fue llamado Schwarzenberg, quien no vivió para ver la aprobación definitiva de la ley; con todo, dado que la PGO se basa muy limitadamente en la *Bambergensis*, está, sin embargo, decisivamente impregnada por su espíritu. Fue deliberada y votada por las Dietas de Augsburg (1530) y Regensburg (1532). No obstante, a causa de la oposición de las ciudades imperiales y de los estados territoriales más poderosos debió agregarse la *"cláusula de excepción"* que le otorgaba validez únicamente subsidiaria frente al Derecho estadual "antiguo común, aplicado legítima y equitativamente"; sólo algunos "abusos" drásticos (cf. art. 218) tuvieron que ser suprimidos obligatoriamente.

2. La PGO es, ante todo, una StPO; sólo en la parte sobre la sentencia ("cómo se debe castigar los crímenes") está contenido el Derecho penal material. Ella significaba un *adelanto*, no sólo en el Derecho penal material, sino también en el ámbito del procedimiento.

a) Ella hizo retroceder el procedimiento acusatorio que, en sí, todavía era posible, pero también allí donde se presentaba un acusador, el *procedimiento* era, en rigor, *inquisitivo*; por lo demás, se buscaba desalentar con éxito al acusador, por un lado, a través de la obligación de prestar caución y, por el otro, debido a que también se lo detenía mientras el imputado no era juzgado. Por regla general, ahora los delincuentes eran "sospechados de oficio". Los príncipes y las ciudades habían reconocido la persecución de los criminales como una tarea estatal. A través de la PGO fue suprimida de manera definitiva la pretensión penal del Derecho privado.

El juez intervenía en virtud de una denuncia o de una sospecha y ponía al sospechoso en prisión preventiva. El procedimiento consistía, exclusivamente, en una investigación realizada por el juez, el inquisidor, quien se esforzaba por probar la culpabilidad de la persona sometida a investigación por él, el inquirido.

b) El *Derecho probatorio* seguía siendo formal, esto es, el juez estaba sujeto a determinadas *reglas probatorias legales*: la condena presuponía la confesión o la prueba a través de dos testigos intachables (*"clásicos"* = hábiles). Por ello, el objetivo principal del procedimiento era la confesión; para inducir al sospechoso a ello se podía proceder a torturar. Sin embargo, la admisibilidad de la *tortura* estaba vinculada a la existencia de *indicios considerables*, cuya descripción fue desarrollada cuidadosamente y explicada con ejemplos gráficos por Schwarzenberg. Éste tomó por base

la idea de que la mera prueba indiciaria no era segura y debía ser complementada por la confesión; si la confesión era negada persistentemente por el acusado, en verdad, ya considerado culpable por los indicios, se autorizaba su tortura. Empero, muchas veces los límites establecidos por la ley para los presupuestos y la ejecución de la tortura no eran observados. Por lo demás, el acusado debía ratificar su confesión después de la tortura; la confesión realizada durante la tortura no era válida; pero si él insistía en la afirmación de su inocencia, se lo seguía torturando, bajo ciertas circunstancias con una intensidad mayor.

El procedimiento era escrito y secreto; sin embargo, en los interrogatorios también debían estar presentes algunos escabinos –en cierto modo como testigos del juez–. Sólo al término del procedimiento se llevaba a cabo una audiencia oral y pública, la llamada audiencia final (*endlicher Rechtstag*). Empero, en realidad, en esa sesión no se procedía, no se producía prueba ni se obtenía la sentencia, sino que sólo se pronunciaba por lectura pública y se ejecutaba públicamente la sentencia, que ya había sido dictada mucho antes en un procedimiento escrito y secreto.

Los jueces y escabinos no eran necesariamente versados en leyes y, con frecuencia, no podían hacer frente a sus deberes; en especial, no conocían el "Derecho imperial" (el Derecho romano), al que la PGO remitía en varios sitios. Por ello, en todos los casos dudosos y difíciles, la PGO ordenaba al tribunal la *remisión de las actas* a un consejo superior o a una facultad de Derecho para pedir su opinión. Una vez devueltas las actas, el dictamen simplemente era hecho público como sentencia, de modo tal que las personas que en realidad dictaban la sentencia no llegaban a ver en absoluto al acusado –quien, entretanto, cumplía prisión preventiva en la torre–.

B. Sobre la base de la PGO se desarrolló el **proceso penal alemán común**. La persecución penal era, *exclusivamente*, un asunto del Estado. El procedimiento era *inquisitivo*, esto es, el sospechoso, que era detenido de inmediato preventivamente, se hallaba poco menos que indefenso, como objeto de la investigación, frente a la persona que dirigía la investigación; la defensa, en lo esencial, estaba limitada a presentar una valoración jurídica escrita de los elementos recolectados y asentados por escrito por el inquisidor; la defensa no ejercía influencia alguna en la aportación del material del proceso.

El *derecho probatorio* seguía siendo formal; toda la investigación se dirigía a la confesión que, en caso necesario, era obtenida a través de la tortura.

Si la prueba formal no conseguía demostrar plenamente la culpabilidad, pero quedaban dudas sobre la inocencia del reo, se le imponía o bien la llamada *pena de sospecha* –más leve– o era absuelto provisionalmente, con la salvedad de que en cualquier momento se podía reanudar el procedimiento (*absolutio ab instantia*).

En las causas penales especialmente difíciles (*delicta excepta*), como procesos contra brujas y contra herejes, así como por un *crimen laesae majestatis*, según el modo de pensar de aquella época, el procedimiento penal (por lo tanto, en particular el interrogatorio bajo tortura) no estaba sujeto a límite alguno –en lugar de sostenerse la opinión de que cuanto más grave fuera la imputación, el procedimiento debía ser más minucioso y diligente y al imputado se le debía dar mayores oportunidades de defensa–.

En el *Estado absoluto* el pueblo fue expulsado de las bancas de jueces por jueces –dependientes– con categoría de funcionarios. En los casos difíciles, las sentencias penales necesitaban de la confirmación del monarca, quien podía revocarla, disminuirla, pero también aumentarla; y mientras en las causas civiles el monarca renunció a la "justicia de gabinete", en las causas penales se reservó el poder judicial superior, aun hasta entrado el siglo XIX.

En el *siglo XVIII* hubo, todavía, múltiples *codificaciones* del Derecho penal material y del Derecho procesal penal y, por cierto, la mayoría de las veces en una misma ley. De esas codificaciones en especial el *Codex Maximilianeus iuris Bavarici Criminalis*, de 1751 (cuyo autor fue KREITTMAYR), y la *Constitutio Criminalis Theresiana* austríaca, de 1768, se aferraron al antiguo proceso penal inquisitivo, escrito y secreto, con tortura y limitaciones extremas de la defensa.

§ 70. La influencia de la Ilustración y de la Revolución Francesa. El proceso penal alemán reformado

Bibliografía: *Haeberlin*, Sammlung der neuen dt. Strafprozeßordnungen, 1852, completado por *Sundelin*, 1861; *Planck*, Systemat. Darstellung des dt. Strafverf. auf der Grundlage der neuesten Strafprozeßvorlagen für 1848, 1857; *Esmein*, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882; *Gneist*, Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland, 1849; *Schwinge*, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, 1926, reimpresión 1970; *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im dt. Strafverf., 1979; *Achenbach*, Vom Inquisitionsprozeß zum reformierten Strafverf. usw., OLG Oldenburg-FS, 1989, 177; *Deimling* (comp.), Cesare Beccaria, 1989; *Volk*, Napoleon und das dt. Strafrecht, JuS 91, 281; *Jerouschek*, Friedrich von Spee als Justizkritiker, ZStW 108 (1996), 243; *idem*, Symposion in memoriam Benedikt Carpzov, ZStW 109 (1997), 390; *Rüping*, Carpzov und Thomasius, ZStW 109 (1997), 381.

A. La **Ilustración** produjo un cambio fundamental en el Derecho procesal penal.

I. Como *precursor* del Iluminismo en Alemania se destacó particularmente CHRISTIAN THOMASIUS (1655-1728; primero profesor de filosofía en Leipzig, luego, en 1690, perseguido en Sajonia a causa de su franqueza, acogido en Prusia, en 1694 participó en la fundación de la Universidad de Halle y allí fue profesor de Derecho), un valiente luchador contra los arraigados abusos y las supersticiones. Al igual que el jesuita RIEDRICH VON SPEE

(*Cautio criminalis*, 1631)también conocido como poeta, THOMASIUS atacó los procesos contra brujas en su trabajo publicado en 1701 *"De crimine magiae"*, mientras que su discípulo BERNHARDI, en su tesis doctoral *"De tortura e foris Christianorum prohibenda"* de 1705, luchó contra la tortura.

II. Con sus postulados de razón, humanidad y respeto a la persona humana, el *Iluminismo* exigía la supresión del proceso inquisitivo y de la tortura. En *Francia* fue sobre todo VOLTAIRE (1694-1778) quien, con motivo del asesinato judicial del comerciante Jean CALAS en Toulouse (al que en 1762, siendo inocente, se le había impuesto el suplicio de la rueda y había sido condenado a pena de muerte por el supuesto asesinato de su hijo), llamó la atención del pueblo sobre la mala situación de la justicia penal. *"Les formes en France ont été inventées pour perdre les innocents."*

De los representantes *italianos* de la Ilustración debe mencionarse a BECCARIA (1738-1794), con su conocido libro: *Dei delitti e delle pene* (1764, nueva edición alemana de 1998). BECCARIA no sólo fue el primero en levantar su voz contra la pena de muerte y en luchar enconadamente contra la tortura; también sus demás exigencias, dirigidas a dar vida al Estado de Derecho en el procedimiento penal, influyeron eficazmente en el movimiento de reforma europeo. La sintética frase final de su obra: "Para que la pena no sea un acto de violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, ella debe ser absolutamente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada al delito y dictada por la ley", no ha perdido, hasta hoy, nada de su validez.

En *Alemania*, FEDERICO EL GRANDE suprimió la tortura en Prusia en el primer año de su gobierno (1740), pero, en la práctica, durante mucho tiempo ella fue reemplazada por innumerables interrogatorios (*torturae spirituales*) y por una larga y atormentadora prisión preventiva, a través de la cual se quería vencer la resistencia del imputado.

B. En **Francia**, al igual que en Alemania, hasta la **Revolución** había regido un proceso inquisitivo, secreto y escrito. Después de que MONTESQUIEU, particularmente, había ponderado como modelo para la organización judicial y para el procedimiento penal a las instituciones jurídicas inglesas, éstas fueron adoptadas en el transcurso de la Revolución, así, en especial, el principio acusatorio con la acción popular, el deber de probar de las partes, la oralidad y la publicidad, pero, ante todo, el tribunal de jurados (el *jury*) con dos comisiones distintas de jurados, el gran *jury* de acusación, con 23 miembros, que tenía que deliberar sobre la admisión de la acción, y el pequeño *jury* de sentencia, con 12 miembros, que tenía que decidir, sin distinción entre cuestión de hecho y de Derecho, si el acusador había probado su acusación. El juez tenía que hacer un resumen a los jurados antes de que dictaran su veredicto, es decir, una sinopsis del resultado de la recepción de la prueba; él no estaba limitado, como posteriormente en el derecho alemán, a una instrucción jurídica; con ello, como es natural, su influencia en el veredicto de los jurados era esencialmente mayor.

La codificación del proceso penal francés en el *Code d'instruction criminelle* de 1808 le asignó al fiscal (*procureur d'état*) un papel conducente en el procedimiento penal; la acción popular inglesa no fue adoptada, así como tampoco el *jury* de acusación. La decisión sobre la admisibilidad de la acusación fue puesta en manos de una cámara especial de acusación (de un tribunal decisor). El rasgo significativo del procedimiento penal francés fue, pues, un procedimiento acusatorio en el cual la acusación era promovida por una autoridad estatal especial, a cargo de la persecución penal, la fiscalía. A ello se agregaba, también con gran trascendencia, la conducción del procedimiento preliminar por un juez independiente, el juez de instrucción (*juge d'instruction*), la división en tres de los tribunales de primera instancia, según la gravedad del hecho, en tribunales policiales, cámaras penales y tribunales de jurados, con lo cual el juicio ante el tribunal de jurados requería un procedimiento especial, y, por último, los principios de publicidad, oralidad e inmediación, así como la libre valoración de la prueba. Las reglas probatorias legales fueron suprimidas; así, los jurados sólo tenían que preguntarse si habían obtenido la *intime conviction* (íntima convicción) de la culpabilidad del acusado.

C. Alemania

I. La codificación napoleónica, y con ello el *Code d'instruction criminelle*, fue introducida en Alemania, en la parte izquierda del Rin, en especial en la Renania prusiana, y quedó en vigor allí aun después de la caída de NAPOLEÓN, hasta 1849. El proceso penal francés presentaba ventajas objetivamente indiscutibles frente al procedimiento inquisitivo, secreto y escrito y que regía en Prusia (en virtud de la Ordenanza Criminal de 1805), pero también tenía más en cuenta los intereses de libertad de los ciudadanos. Por ello, el liberalismo exigía también en Alemania, además de la independencia de los tribunales, la supresión de la justicia de gabinete en todas sus formas y el establecimiento de tribunales de jurados, un procedimiento con principio acusatorio y fiscalía (sobre el origen histórico de la fiscalía, cf., en especial, ROXIN, DRiZ 97, 114). Estos reclamos fueron incorporados en los Derechos Fundamentales proclamados en la Iglesia de Paul (*Grundrechte der Paulskirche*) del 27/12/1848 y en la Constitución Imperial de Frankfurt del 28/3/1849. Allí, junto al tribunal de jurados, se estableció el proceso acusatorio y, de este modo, la fiscalía (§ 179); además, en razón de las amargas experiencias de la época de la reacción, se exigió, en particular, la "persecución de los demagogos", la prohibición de establecer tribunales de excepción (§ 174, II, 2) y la orden judicial de detención para la protección contra la arbitrariedad de la policía (§ 138, II).

II. A partir de 1848, la mayoría de los estados alemanes particulares (Baviera 1848 y 1861, Prusia 1849, Baden 1864, Wurtemberg 1868, entre otros) establecieron nuevas ordenanzas procesales penales y todas introdujeron la participación de legos (jurados o escabinos), la fiscalía, la pu-

blicidad, la oralidad y la libre valoración de la prueba, en parte también la dirección del procedimiento preliminar por un juez de instrucción (sobre el desarrollo del principio de inmediación, cf. especialmente GEPPERT, 1979, 67). Este proceso penal moderno, en un primer momento sólo regional, es designado como *proceso penal alemán "reformado"*. La StPO austríaca de 1873 y la RStPO de 1877 siguen los principios del proceso penal reformado.

§ 71. El origen de la RStPO y la evolución hasta 1945

Bibliografía: *Dochow*, Die Deutsche StPO vom 1. Februar 1877, en: v. Holtzendorffs Handbuch des Strafprozesses, 1879, t. I, 103; *Hahn* (comp.), Die gesamten Materialien zur StPO und zum EinführungsG zu derselben, I. Abt. 1880, II. Abt. 1881; *Rieß*, Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverf. in Entwicklung und Reform der StPO, en: Vom Reichsjustizamt zum BJM, 1977, 373; *Ingo Müller*, Verteidigungsrechte, en: Holtfort, Strafverteidiger als Interessenvertreter, 1979, 69; *idem*, Rechtsstaat und Strafverf., 1980; LR, *Schäfer*, 24ª ed., Int. a los caps. 2 y 3; *Schubert/Regge* (comps.), Entstehung u. Quellen der StPO von 1877, 1989; *Schubert* (comp.), Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses (1903-1905), 2 tomos, 1991; *idem*, Entwürfe einer StPO und Novelle zum GVG nebst Begründung (Berlin 1908-1909), 1991; *idem*, Protokolle der Reichstagsverhandlungen, Bericht der 7. Kommission des Reichstags (1910-1911) zur Beratung der Entwürfe einer StPO und eines Gesetzes, betreffend Änderungen des GVG, 1991.

A. Origen

Después de que la Constitución del Imperio de 1871, en el art. 4, nº 3, atribuyó al Imperio la competencia para legislar sobre Derecho penal y procedimiento penal, en los años 1873 a 1877 fueron deliberadas y concluidas la GVG, la StPO y las demás leyes judiciales del Imperio, con el asesoramiento del Ministerio de Justicia del Imperio y del Consejo Federal, en audiencias de la Dieta del Imperio y en sesiones de la Comisión de Justicia del Imperio (esto es, una Comisión de la Dieta del Imperio de 28 miembros, compuesta por 27 juristas y un médico). Allí surgieron fuertes diferencias de opinión entre la mayoría liberal de la Dieta del Imperio y los conservadores, concepción del Estado también representada por BISMARCK en el Consejo Federal, en especial, sobre la participación de legos en el procedimiento penal y sobre la apelación; así, el gobierno quería suprimir nuevamente los tribunales de jurados, establecidos en 1848, y organizar los tribunales de escabinos para todas las causas penales, mientras que la Dieta del Imperio insistía en los tribunales de jurados. El resultado fue un compromiso que, ante todo, aportó una solución singular a la organización de los tribunales penales: para las causas más sencillas, tribunales de escabinos; para las causas de mediana dificultad, las cámaras penales, integradas exclusivamente por jueces profesionales; y para las causas más graves, los tribunales de jurados, en los cuales la tarea de administrar justicia estaba dividida entre el banco de jueces, ocupado por tres jueces profesionales, y el banco de jurados, ocupado por doce jurados. Apelación sólo existía contra las sentencias de los tribunales de escabinos; ella iba a la Cámara Penal, lo que tenía como consecuencia que los legos estaban excluidos de la instancia superior.

La GVG fue concluida el 27/1/1877, la StPO, el 1/2/1877. Ambas leyes entraron en vigor, junto con las demás leyes judiciales del Imperio, el 1/10/1879. Las leyes judiciales del Imperio produjeron la unidad jurídica alemana en un sector importante del Derecho. Ellas satisficieron, en el ámbito del procedimiento penal, los objetivos que alcanzó, parcialmente, el liberalismo alemán, en una lucha tenaz.

B. La evolución hasta 1933

I. El procedimiento penal de la RStPO permaneció inalterado, en lo esencial, hasta el final del Imperio (los pocos complementos y los primeros intentos de reforma están expuestos en la 8ª ed. de este libro, 308 y siguiente).

II. En los años *1919-1933* el Derecho procesal penal alemán sufrió las primeras *modificaciones* importantes en algunos sectores.

1. En virtud del art. 106, WV, en el año 1920 fue derogada la jurisdicción militar en tiempos de paz, excepto para los buques de guerra.

2. El año 1923, con la *Ley de justicia de menores*, trajo una reorganización completa del procedimiento penal de menores.

3. La *reforma Emminger* del 4/1/1924, llamada así por el entonces Ministro de Justicia del Imperio, produjo modificaciones fundamentales. Ante todo, suprimió los verdaderos tribunales de jurados que, en los hechos, se habían convertido en un gran tribunal de escabinos —pero no así su nombre— (cf. *supra* § 7, B, I); a través del traspaso a los tribunales municipales de todas las causas que hasta ese momento correspondían a la Cámara Penal, esta reforma hizo posible la apelación contra todas las sentencias de primera instancia (con excepción de los nuevos tribunales de jurados). En el procedimiento, la regulación trajo, entre otras cosas, excepciones a la obligación de perseguir; además, a partir de ese momento, por mandato penal se podía imponer penas privativas de libertad de hasta tres meses.

Una parte de estas reformas fue anulada posteriormente por los decretos de urgencia de 1931 y 1932; en particular, fue restablecida la competencia en primera instancia de las cámaras penales.

4. A través de la llamada *lex Höfle*, del 27/12/1926, fue establecida la audiencia oral para la prisión preventiva, así como el examen judicial obligatorio sobre su mantenimiento.

C. La época del nacional-socialismo

Bibliografía: *Schorn*, Der Richter im Dritten Reich, 1959; *idem*, Die Gesetzgebung des Nat.soz. als Mittel der Machtpolitik, 1963; *Weinkauff/Wagner*, Die dt. Justiz und der Nat.soz., t. I, 1968; *Bader*, Strafverteidigung vor dt. Gerichten im 3. Reich, JZ 72, 6; *Lengemann*, Höchstrichterl. Strafgerichtsbarkeit unter der Herrschaft des Nat.soz., 1974; *Wagner*, Der Volksgerichtshof im nat.soz. Staat, 1974; *Kolbe*, RG-Präsident Dr. Erwin Bumke, 1975; *Majer*, Justiz und NS-Staat, DRiZ 78, 47; *Rüping*, Nat.soz. Rspr. am Beispiel der SS- und Polizeigerichte, NStZ 83, 112; *Ostendorf*, Strafverteidigung im "Dritten Reich", StrV 83, 120; *Rüping*, Strafjustiz im Führerstaat, GA 84, 2; *Terhorst*, Polizeil. planmäßige Überwachung und polizeil. Vorbeugehaft im Dritten Reich, 1985; *Jahntz/Kähne*, Der Volksgerichtshof, 2ª ed., 1987; *König*, Vom Dienst am Recht: RAe als Strafverteidiger im Nat.soz., 1987; *Messerschmidt/Wüllner*, Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nat-.soz., 1987; *Gribbohm*, Nat.soz. und Strafrechtspraxis, NJW 88, 2842; *Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich 1933-1940, 1988; *idem*, "Reichskristallnacht" und Justiz im "Dritten Reich", NJW 88, 2856; *Spendel*, Mord durch ein "Standgericht", JuS 88, 856; *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeil. Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989 (sobre ello Müller-Dietz, GA 91, 289); *Ecke*, Die braunen Gesetze, 1990; *Rüping*, StA und Provinzialjustizverwaltung im Dritten Reich, 1990; *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeil. Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, JZ 92, 221; *Marxen*, Das Volk und sein Gerichtshof, 1994; *Klein*, Der Strafverteidiger im nationalsozialistischen Staat, 1996.

I. No toda modificación del Derecho procesal penal llevada a cabo por la "toma del poder" nacional-socialista estaba impregnada de nacional-socialismo. En especial, con el importante decreto reglamentario de la Ley sobre delincuentes habituales del 24/11/1933 (RGBl. I, 1000) fueron realizadas viejas ideas de reforma que, por un lado, extrajeron consecuencias de la introducción de medidas de seguridad y corrección (como se llamaban todavía en aquella época) pero, por otro lado, también eran independientes de ella, como, p. ej., la creación de los §§ 81a/81d.

II. Después de que, ya durante los años 1933-1935, distintas medidas individuales habían modificado el Derecho procesal penal y el Derecho de la organización de los tribunales en el sentido del nacional-socialismo (cf. *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Intr. al Cap. 3, núms. margs. 22 y ss.), la Ley sobre la modificación de disposiciones del procedimiento penal y de la GVG del 28/6/1935 (RGBl. I, 844) produjo una sistematización de medidas, consideradas especialmente urgentes por los nuevos detentadores del poder como anticipo de la proyectada reforma total del Derecho procesal penal; ellas condujeron, sin excepción, a una disminución de las seguridades propias del Estado de Derecho, alcanzadas con la RStPO (en particular, ver la 14ª ed., 350).

III. Mientras que en los años 1936-1939, en consideración a la actividad de una Comisión de Reforma bajo la dirección del Ministro de Justicia del Imperio, Dr. GÜRTNER, la actividad legislativa había ido disminuyendo sensiblemente, al estallar la Segunda Guerra Mundial fueron

aumentando los decretos de simplificación y de medidas de guerra, que condujeron a un desmantelamiento ulterior, rápido y progresivo, de un procedimiento penal estrictamente regulado por la ley (sobre esto, cf. la 14ª ed., 350 y s., y *LR*-SCHÄFER, 24ª ed., Intr. al Cap. 3, núms. margs. 34 y siguientes).

IV. La perversión del Derecho procesal alcanzó una dimensión todavía esencialmente peor en las jurisdicciones especiales del Tercer Imperio. El *Tribunal del Pueblo* (*Volksgerichtshof*), que juzgaba las causas penales políticas, que antes residían en la competencia de primera instancia del RG, estaba integrado por jueces que eran nombrados directamente por Hitler; este tribunal era un instrumento, desligado, en gran parte, de ataduras legales, para aniquilar a los enemigos del régimen y solamente en el año 1944 dictó más de 2.000 sentencias de muerte. Sobre la cuestión de si el Tribunal del Pueblo puede ser considerado como un tribunal, ver RÜPING, *Wassermann-FS*, 1984, 983. Para los delitos políticos de la instancia inferior eran competentes *tribunales especiales*, cuyos procesos pueden ser caracterizados, asimismo, como "procedimientos simulados, sin ninguna garantía y con resultados establecidos de antemano" (RÜPING, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 1998, 3ª ed., 101 y siguiente). A ello se sumaban los *Tribunales de las SS y Tribunales Policiales*", así como las "*Jurisdicciones de Honor*" de las NSDAP, de las HJ y de las SA, que debían imponer ampliamente la ideología nacional-socialista en las estructuras del partido. Estas reestructuraciones de la justicia penal estaban acompañadas por un "desenfreno del poder de la policía" (EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1965, 3ª ed., 439), la que podía tomar en "prisión de protección" a las personas mal vistas y privarlas de toda protección jurídica a través de la detención en campos de concentración.

§ 72. Sobre la historia del Derecho procesal penal a partir de 1945 y sobre la ulterior reforma

Bibliografía: *Rudolphi*, Strafprozeß im Umbruch, ZRP 76, 165; *Zipf*, Reform des Strafverf.rechts, en: Handwörterbuch der Kriminologie, Erg.-Bd., 2ª ed., 1977, 121; *Rieß*, Gesamtreform des Strafverf.rechts - eine lösbare Aufgabe?, ZRP 77, 67; *Achenbach*, Kriminalpolit. Tendenzen in den jüngeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozeßrechts, JuS 80, 81; *Rieß*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverf.rechts, Schäfer-FS, 1980, 155; *Ingo Müller*, Rechtsstaat und Strafverf., 1980; LR, *Schäfer*, 24ª ed., Int. al Cap. 3; *Wolter*, Strafverf.recht und Strafprozeßreform, GA 85, 49; *Schreiber/Wassermann* (comps.), Gesamtreform des Strafverf., 1987; *Schünemann*, Reflexionen über die Zukunft des dt. Strafverf., Pfeiffer-FS, 1988, 461; *Brüssow*, Strafprozeßreform in Raten?, Koch-FS, 1989, 57; *Engelhard*, Ist eine große Strafprozeßreform notwendig?, Rebmann-FS, 1989, 45; *Hornhardt*, Die Stunde der Justiz. Die Entnazifizierung und Erneuerung des Strafprozeßrechts nach 1945, ZRG, Germ. Abt., 106 (1989), 308; *Wolter*, Informelle Erledigungsarten und summarische Verf. bei geringfügiger und mittelschwerer Kriminalität. Ein Beitrag zur Gesamtreform des Strafverf. mit Gesetzesvorschlägen, GA 89, 397; *Roxin*, Über die Reform des dt. Strafprozeßrechts, Jauch-FS, 1990, 183; *Wolter*, Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007, 1991; *Taschke*, Überlegungen zu einem künftigen Strafprozeß, en: 16. Strafverteidigertag, 1992, 173; *Scheffler*, Strafprozeßrecht, quo vadis?, GA 95, 449.

A. El desarrollo hasta la Ley de Unificación

A partir de 1945 el control de las potencias ocupantes sobre la legislación procesal penal condujo a profundas divergencias entre las zonas individuales ocupadas y, con ello, a una considerable descentralización jurídica. Mientras el desarrollo en la zona ocupada por los soviéticos, aquello que más tarde sería la RDA, siguió su propio curso (cf. la 19ª ed., cap. 16), para la RFA la *Ley de unificación* del 12/9/1950 (BGBl. 455) devolvió la unidad jurídica (sobre sus antecedentes e importancia, cf. las detalladas explicaciones de la 8ª ed. de este libro, 8 y ss. y 315 y siguientes). Esta ley, en lo esencial, derogó las modificaciones al Derecho procesal penal realizadas por el nacional-socialismo. Además, en razón de las experiencias de los tiempos del nacional-socialismo, fue incluida la disposición del § 136a, que pretende asegurar el respeto a la dignidad humana en el procedimiento penal.

B. La Ley de modificación del proceso penal de 1964

La siguiente modificación profunda, la llamada *pequeña reforma del proceso penal*, trajo la Ley de modificación del proceso penal de 1964 (StPÄG 1964) del 19/12/1964 (BGBl. I, 1067). Sus innovaciones fundamentales fueron:

1. El *derecho a detener* fue modificado profundamente con el objetivo de limitar las detenciones; en especial, se atribuyó importancia a la realización del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la introducción de los nuevos motivos de detención del § 112, III y IV (ahora §§ 112, III, y 112a; cf. *supra* § 30, B, II, 2) está en contradicción con otros objetivos fijados por la StPÄG de 1964.

2. El *derecho a ser oído* conforme a la ley ante el tribunal (§§ 33 y 33a) fue reforzado.

3. A través de la extensión de la defensa necesaria (§§ 140 y s.) y de la ampliación del derecho a examinar las actas y del derecho de visita (§§ 147 y s.) fue mejorada la *posición jurídica del defensor*.

4. La obligación de *informar al imputado* sobre su libertad de declarar fue extendida a todos los órganos encargados de tomar declaración (§§ 136, 163a y 243, IV).

5. En el *procedimiento de revisión*, a través de la introducción del § 23, II, nueva versión, fue suprimida la posibilidad de actuación de un juez que ya había intervenido en la decisión impugnada.

6. Por último, el anterior *auto de apertura*, que manifestaba positivamente la existencia de sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible, fue reemplazado por el auto sobre la admisibilidad de la acusación (§ 207; sobre los reparos contra esta regulación, cf. *supra* § 40, A, II, 2).

En la 7ª ed., 302 y ss., se encuentra una exposición detallada de los trabajos preliminares y de las deliberaciones sobre la StPÄG de 1964. Resumidamente, Rieß, *Das StrafprozeßänderungsG 1964 - Vergängliches und Bleibendes*, *Kleinknecht-FS*, 1985, 355.

C. La evolución hasta 1973

La 8. StrRÄndG del 25/6/1968 eliminó el principio de legalidad para los delitos contra la seguridad del Estado, por medio de la introducción del nuevo § 153c (hoy § 153d). A través de la llamada Ley de interceptación de comunicaciones telefónicas del 13/8/1968 fue regulada por primera vez, en los §§ 100a y 100b, la vigilancia telefónica, inadmisible hasta aquel momento. También es importante la modificación de las disposiciones sobre costas que produjo la Ley de introducción a la OWiG en los §§ 467 y 467a, StPO, con efecto desde el 1/10/1968; de acuerdo con ello, en adelante, en caso de absolución y, en parte, igualmente en caso de sobreseimiento del proceso, los gastos necesarios del imputado también recaen sobre la caja estatal. Además, la "Ley sobre la introducción general de una segunda instancia en las causas por delitos contra la seguridad del Estado", del 8/9/1969, remedió el inconveniente de que, hasta entonces, precisamente para los delitos "políticos" especialmente complicados, el examen judicial de la sentencia era imposible. La StrEG del 9/3/1971 dispuso, sobre una base legal completamente nueva, el resarcimiento por medidas de persecución penal que no condujeron a una condena (cf. *supra* § 58, A). Del mismo modo, la BZRG del 18/3/1971 (sobre ello *supra* § 56, C) reformó los efectos del registro de las sanciones del Derecho penal en una regulación centralizadora. Finalmente, la reforma más importante del año 1972 consiste en la introducción del § 112a por la ley del 7/8/1972, que extendió el motivo de detención de peligro de repetición a algunos delitos con ejercicio de violencia, patrimoniales y de drogas (cf. *supra* § 30, B, II, 2, d).

D. La reforma procesal penal de 1975

Bibliografía: *Grünwald*, en: Verhandlungen d. 50. DJT [Sesiones de las 50ª Jornadas de los juristas alemanes], Bd. I, 1974, C 20 y ss.; *Dahs*, Bewältigung großer Strafprozesse - um welchen Preis?, NJW 74, 1588; *Grünwald*, Die Strafprozeßreform - Sicherung oder Abbau des Rechtsstaats?, Vorgänge 18 (1975), 36; *Peters*, Der neue Strafprozeß, 1975; *Schmidt-Leichner*, Strafverf. 1975 - Fortschritt oder Rückschritt?, NJW 75, 417; *Herrmann*, Die Strafprozeßreform v. 1. 1. 1975, JuS 76, 413; *Rieß*, 15 Jahre Strafprozeßreform in Raten, Pfeiffer-FS, 1988, 155.

Los años 1974 y 1975 trajeron modificaciones especialmente decisivas al Derecho procesal penal a través de la Primera ley para la reforma del Derecho procesal penal (1. StVRG) del 9/12/1974 y de la Ley complementaria de la 1. StVRG del 20/12/1974, pero también, junto a ellas, a través de la Ley de introducción al Código Penal (EGStGB) del 2/3/1974 (todas las leyes entraron en vigencia, en lo esencial, el 1/1/1975).

I. La *1. StVRG*, ante todo, persigue el fin de posibilitar un aceleramiento del proceso penal. Tal objetivo pretende ser alcanzado a través de un conjunto completo de medidas: sobre todo, a través de la abolición de la instrucción judicial previa (a cargo de un juez de instrucción), de la au-

diencia fiscal para cerrar la investigación y de la declaración del procesado durante la instrucción judicial, así como también al tornarse obligatorio para el imputado, los testigos y los peritos cumplir con las citaciones de la fiscalía (cf. *supra* §§ 25, II, 26, B, I, y 27, C, II) y a través de numerosas disposiciones individuales que tienen influencia sobre la celeridad del desarrollo del procedimiento, las que, oportunamente, fueron señaladas en el texto.

Otras disposiciones sirven a la remoción de inconvenientes que habían surgido en la práctica a partir de la regulación de los plazos vigentes hasta la fecha. Así, la demora en la redacción de las sentencias —en otros tiempos, con frecuencia, por espacio de varios meses— es evitada prolongando el anterior plazo de una semana del § 275 (plazo que, sin embargo, apenas era cumplido de vez en cuando) a cinco semanas (en procedimientos complejos todavía por más tiempo): empero, la violación de este plazo fue transformada en un motivo absoluto de casación (¡§ 338, nº 7!) (cf. *supra* § 48, I).

Fuera de ello, para evitar la renovación reiterada de juicios monstruos en caso de procedimientos complejos, el anterior plazo de suspensión de diez días del § 229 fue reemplazado por la autorización, por dos veces, de una suspensión de treinta días; posteriormente, la StVÄG de 1987 produjo otra ampliación de esa posibilidad de suspensión (cf. *supra* § 42, C, II). Entre las demás reformas son especialmente interesantes la ampliación del derecho a estar presente durante los interrogatorios judiciales (§ 168c, ver *supra* § 37, C, II, 2), la introducción de la obligación de nombrar un defensor en procedimientos de revisión que, en principio, permiten vaticinar éxito (§§ 364a y 364b, cf. *supra* § 55, D, II) y la transformación del tribunal de jurados, que con anterioridad sesionaba periódicamente, en un órgano de decisión del LG que sesiona permanentemente, con disminución del número de escabinos: de seis, hasta entonces, a dos (§ 76, GVG).

II. La Ley complementaria de la 1. StVRG (*ErgG 1. StVRG*), que, bajo el efecto provocado por el procedimiento de investigación *Baader-Meinhof*, fue aprobada con gran prisa por el legislador, condujo, ante todo, a una primera regulación legal sobre la exclusión del defensor (cf. *supra* § 19, D, I), suprimió por completo la posibilidad de la defensa conjunta de varios imputados por un defensor común (§ 146) y limitó a tres el número de defensores para un imputado (§ 137, I, 2), así como estableció la posibilidad de llevar a cabo el juicio en ausencia del acusado, cuando éste provocó dolosamente su incapacidad procesal (§ 231a). Además, fue precisado el derecho a formular aclaraciones en el juicio oral (§ 257), fueron aumentadas las medidas de corrección de los §§ 177 y s., GVG, que fueron puestas, en parte, únicamente en manos del presidente (cf. *supra* § 45, B, IV, 2), y, por último, se estableció la posibilidad de anunciar un auto que excluye la publicidad, bajo ciertas circunstancias, también en una audiencia sin publicidad (§ 174, GVG). Fuera de ello, se reguló nuevamente la prestación de juramento (cf. *supra* § 26, C, II, 3) y el interrogatorio de niños y menores de 16 años (§§ 241a y 247, I).

III. El *EGStGB* prevé la adaptación de numerosas disposiciones individuales del proceso penal al nuevo Derecho penal material, pero en muchos puntos va más allá de ello. Así, el aseguramiento de cosas y de ventajas patrimoniales, que están sujetas a decomiso o a confiscación especial (§§ 73 y ss., StGB), fue regulado nuevamente por completo y fue puesto al servicio del resarcimiento del ofendido (§§ 111b y siguientes). Las posibilidades de sobreseimiento en el ámbito de la pequeña criminalidad fueron aumentadas considerablemente (cf. § 153a y *supra* § 14, B, II, 2, b). El procedimiento contra ausentes está limitado al mero procedimiento de aseguramiento de prueba conforme a los §§ 285 y ss.; el juicio oral contra ausentes fue derogado. Con la supresión de las contravenciones en el Derecho penal material también quedó suprimido el procedimiento por disposición penal. En el ámbito de la ejecución de la pena (ver *supra* § 56, B) el EGStGB, además de una regulación más detallada de la ejecución de las multas, estableció la competencia exclusiva de la fiscalía como autoridad de ejecución y la creación de cámaras de ejecución penal (§§ 78a y 78b, GVG) que, en lo esencial, son competentes para las decisiones judiciales posteriores, en el supuesto de penas privativas de libertad. Por último, merece mención el hecho de que, en virtud del § 172, GVG, la posibilidad de excluir la publicidad se extendió a la discusión de circunstancias privadas de la vida de un interviniente en el proceso, así como a la discusión de un amplio grupo de secretos profesionales o privados y al interrogatorio de niños menores de 16 años.

IV. La Ley sobre el *derecho a abstenerse de declarar testimonialmente* de los colaboradores de *prensa y radio* del 25/7/1975 reemplazó a la anterior regulación procesal penal en esta materia, que sólo tenía en cuenta de manera insuficiente la idea de proteción del informante y llenaba el vacío que existía desde que el BVerfG (E 36, 193, 314) había declarado la nulidad de las amplias disposiciones de las leyes de prensa estaduales (cf. *supra* §§ 26, B, II, 2, c; 34, C, II, 1, e; y la 13ª ed., 126, 174 y siguiente).

E. El desarrollo posterior

Las modificaciones legales subsiguientes aspiran a combatir de manera más eficaz el terrorismo y la criminalidad organizada, a acelerar el proceso penal y a descongestionar la administración de justicia penal. Así como es necesario dirigirse hacia esos objetivos, también es importante, en su persecución, no poner en peligro ni renunciar directamente a garantía alguna, exigida por el Estado de Derecho, propias de las formas de un proceso penal estrictamente regulado por la ley. En el año 1986, con la Ley de protección a la víctima (*OpferschutzG*), se dio el primer paso hacia una mejora fundamental de la posición del ofendido en el procedimiento penal.

I. La *Ley para la modificación del StGB, de la StPO, etc.* del 18/8/1976, además de precisiones en la cuestión de la exclusión del defensor (§ 138a, IV y V), trajo, ante todo, medidas dirigidas al procedimiento con motivo de la creación o fomento de una agrupación terrorista (§ 129a, StGB): según el § 112, III, la sospecha vehemente de haber participado en un hecho punible de tal naturaleza funda la imposición de la prisión preventiva para asegurar los fines del procedimiento (cf. *supra* § 30, B, II, 2, c); de acuerdo con los §§ 148, II, y 148a, la correspondencia entre defensor e imputado en procedimientos a causa del § 129a, StGB, está sujeta a control judicial; y la exclusión del defensor de la actuación en un procedimiento por terrorismo también torna imposible su defensa de imputados detenidos en otros procedimientos por el § 129a, StGB (§ 138a, V, 1).

Muy crítico con respecto a esta ley, DAHS, NJW 76, 2145, cf., sin embargo, H.-J. VOGEL, NJW 78, 1217.

II. La llamada *Ley de impedimento de contacto*, del 30/9/1977, autoriza a los gobiernos estaduales, a una autoridad estadual superior establecida por ellos o al Ministro Federal de Justicia a prohibir el contacto entre el abogado y su cliente durante el transcurso de actividades terroristas (ver, en particular, §§ 31 y ss., EGGVG, y *supra* § 19, E, V).

III. La *Ley para la modificación de la StPO* del 14/4/1978 permite el registro de viviendas en una medida extensa, para el esclarecimiento de hechos terroristas (§ 103), crea la posibilidad de organizar puestos de control en calles y plazas públicas (§ 111) y establece, sobre una nueva base legal, la facultad de los órganos de persecución penal para identificar personas y para detenerlas provisionalmente (§ 163b, § 163c; cf. *supra* §§ 31, A, I, 3, y 33, A, III). Además, obliga a los establecimientos penitenciarios a instalar los llamados "cristales de separación" para las conversaciones entre supuestos terroristas y sus defensores (§ 148, II) y aumenta las posibilidades de excluir defensores del procedimiento penal (§§ 138a y ss.; cf. *supra* § 19, D, E, V).

Bibliografía: *H.-J. Vogel*, NJW 78, 1217; *Klughardt*, Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus, 1984.

IV. La *Ley de modificación del procedimiento penal* de 1979 (StVÄG 1979) del 5/10/1978, que entró en vigencia el 1/1/1979, persigue esencialmente el fin de acelerar el procedimiento penal. Para alcanzar este objetivo restringe el derecho a impugnar por la incompetencia del tribunal (§§ 6a y 16) y a hacer valer la sospecha de parcialidad de los jueces (§ 29, II). Para limitar las impugnaciones, en la instancia de casación, por la integración del tribunal contraria a las prescripciones, en los §§ 222a y 222b se ordena el examen de la integración durante el juicio oral para las causas penales que son llevadas a cabo en primera instancia ante el LG o ante el OLG (sobre todo esto, cf. *supra* §§ 41, C y 53, E, II, 2, a). Más allá de ello, la ley establece una enorme cantidad de reglas que tienen por fin ahorrar trabajo. Así, los §§ 154 y 154a aumentan considerablemente las posibilidades de sobreseer de la fiscalía (cf. *supra* § 14, B, II, 2, a, bb), el § 168a admite el registro provisional, fuera del juicio oral, del contenido de las actas en cintas magnetofónicas (cf. *supra* § 49, VI) y el § 267, en determinadas sentencias de los tribunales municipales, permite remitir la acusación en razón del § 212a, II, 2, o el mandato penal, así como el requerimiento de mandato penal, al escrito de acusación (cf. *supra* § 48, III, 5).

Bibliografía: *Rieß*, NJW 78, 2265; *Katholnigg*, NJW 78, 2375; *Kurth*, NJW 78, 2481; *Hamm*, NJW 79, 135; *Köhler*, NJW 79, 348; *Schroeder*, NJW 79, 1527.

V. Sólo en los años 1984 a 1989 volvió a ponerse en movimiento una actividad importante del legislador. Sin embargo, en parte, se trata de modificaciones de las consecuencias que se habían producido por las reformas realizadas fuera de la StPO; ellas están tratadas en el texto de este libro de estudio y no necesitan aquí mención alguna. No obstante, merecen ser resaltadas cinco leyes que produjeron reformas fundamentales para el procedimiento penal:

1. La StPÄG 1986 del 19/4/1986, en vigencia desde el 1/4/1987, le dio fundamento legal, en el nuevo § 163d, a la llamada *red de búsqueda informática*, muy cuestionada (sobre esto *supra* § 10, B, I, 2, a).

2. La 1ª Ley para la mejora de la posición del ofendido en el procedimiento penal (*OpferschutzG*) del 18/12/1986, en vigencia a partir del 1/4/1987, modificó la acción adhesiva y el procedimiento por anexión en puntos fundamentales (con mayores detalles *supra* §§ 62 y 63, A) y, por otra parte, también aumentó las facultades del ofendido en una nueva sección de la StPO (§§ 406d y ss.) (sobre ello *supra* § 63, B).

3. La Ley para la *Lucha contra el terrorismo* del 19/12/1986 (TerrorismusG), en vigencia desde el 1/1/1987, extendió la competencia en primera instancia de los tribunales superiores estaduales y, de este modo, también la del Procurador General Federal en el § 120, II, GVG, redactado nuevamente, al ámbito general de hechos terroristas y centralizó así la persecución penal en este ámbito (con mayores detalles *supra* §§ 7, A, III, 3, a; 10, A, I, 3).

4. La *Ley de modificación del procedimiento penal* (StVÄG 1987), del 27/1/1987, en vigencia desde el 1/4/1987, intenta lograr un aceleramiento del proceso a través de un sinnúmero de pequeñas modificaciones legales que están consideradas en el texto de este libro. Fuera de ello, ella se esfuerza por seguir aumentando la eficiencia del procedimiento penal y funda la cosa juzgada del mandato penal en una nueva base (con mayores detalles, *supra* § 66).

5. La StrRÄndG del 9/6/1989, que sirve a la lucha contra el terrorismo, incluyó en el § 112a, I, nº 2, el caso de la perturbación del orden público especialmente grave (§ 125a, StGB) en el motivo de detención consistente en el peligro de reiteración. Además, el art. 4 de la ley introdujo una regula-

ción del testigo de la corona (o arrepentido) para hechos punibles terroristas, limitada temporalmente, en un primer momento, al 31/12/1993, y, entretanto, prorrogada hasta el 31/12/1999, y –por medio del nuevo art. 5 de la ley– fue extendida a ciertos hechos punibles cometidos en forma organizada en el ámbito del § 129, StGB (sobre esto *supra* § 14, B, II, 2, c, ee).

Bibliografía: *Berz*, Blau-FS, 1985, 51; *Achenbach*, Kriminalistik 87, 296; *Rieß/Hilger*, NStZ 87, 145, 204; *Achenbach*, Kriminalistik 89, 633; *Kunert/Bernsmann*, NStZ 89, 449; *Hassemer/Rudolphi*, StrV 89, 78; *Hilger*, NJW 89, 2377.

VI. Los años 1992 y 1993, con la OrgKG y con la Ley para el descongestionamiento de la administración de justicia, trajeron modificaciones especialmente decisivas a la StPO.

1. La OrgKG del 15/7/1992, que entró en vigencia el 22/9/1992, está dedicada a la *"Lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras manifestaciones de la criminalidad organizada"*. Junto a una serie de reglas del Derecho penal material produce, ante todo, una mejora de la protección de los testigos (en especial a través de la nueva versión del § 68; con mayores detalles *supra* § 26, C, I, 3), así como la regulación legal, retrasada durante largo tiempo, de algunos métodos modernos de investigación, tales como la búsqueda selectiva por ordenador (§§ 98a y 98b), la comparación de datos (§ 98c), la utilización de medios técnicos (§§ 100c y 100d), el empleo del agente encubierto (§§ 110a-110e) y el sometimiento a observación policial (§ 163e); con mayores detalles al respecto, *supra* § 10, B, II, 1b/f. Fuera de ello, proporciona —ante todo a través de la inclusión de los §§ 111o, 111p, 459i— las disposiciones necesarias para la realización procesal de la pena patrimonial del § 43, StGB, introducida recientemente (cf. *supra* §§ 34, D, II, y 56, B, III, 4).

Bibliografía: *Caesar*, ZRP 91, 241; *Ostendorf*, JZ 91, 62; *Hilger*, NStZ 92, 457, 523; *Krey/Haubrich*, JR 92, 309; *Krüger*, Kriminalistik 92, 594; *Meertens*, ZRP 92, 205; *Möhrenschlager*, wistra 92, 281, 326; *Rieß*, NJ 92, 491; *Weil*, ZRP 92, 243, así como la opinión de la Comisión de Derecho penal de la Asociación Alemana de Abogados para el proyecto de la OrgKG, StrV 92, 29; *Böttcher*, Schüler- Springorum-FS, 1993, 541; *Hund*, StrV 93, 379; *Ranft*, Jura 93, 449; *Zaczyk*, StrV 93, 490. Cf., también, el cuantioso material compilado por el BJM para la OrgKG.

2. A través de la ley del 23/7/1992 se estableció en el § 53, I, nº 3, b, el derecho a abstenerse de declarar testimonialmente para los asesores en materia de drogas con reconocimiento estatal.

3. La *Ley para el descongestonamiento de la administración de justicia* del 11/1/1993, que entró en vigencia el 1/3/1993, intentó producir descongestionamientos (también) para la justicia penal con una serie de modificaciones de la StPO y de la GVG. Son importantes, en especial, el aumento de las posibilidades de sobreseer de la fiscalía en los §§ 153 y 153a, la exigencia de admitir la apelación en el supuesto de determinadas sentencias de primera instancia (§ 313; cf. *supra* § 52, A, D, F, I), la admisión de mandatos penales también en caso de condenas a pena privativa de libertad condicionales de hasta un año (§ 407, II, 2; cf. *supra* § 66, B, I, 1), la ampliación de la competencia del AG a penas privativas de libertad de hasta cuatro años y de la del juez penal a penas privativas de libertad de hasta dos años (§§ 24 y 25, GVG), la asignación de todas las apelaciones contra las sentencias del AG a la Pequeña Cámara Penal (§ 76, I, 1, GVG), así como la posibilidad de la Gran Cámara Penal de decidir tan sólo con dos jueces profesionales (§ 76, II, GVG).

Bibliografía: *Hamm*, StrV 91, 530; *Schulz*, StrV 91, 354; Stellungnahmen der *Strafvert.vereinigungen*, 1991; *Werle*, JZ 91, 789; *Asbrock*, ZRP 92, 11; *Schlüchter*, Weniger ist mehr. Aspekte zum RechtspflegeentlastungsG, 1992; *Böttcher/Mayer*, NStZ 93, 153; *Hansens*, AnwBl. 93, 197; *Kissel* u. *Meyer-Goßner*, NJW 93, 489 u. 498; *Schlothauer*, StrV 93, 147; *Schomburg/Klip*, StrV 93, 208; *Siegismund/Wickern*, wistra 93, 81, 136; *Zaczyk*, *Pütter* u. *Asbrock*, en: 17. Strafverteidigertag (17ª Jornadas de los defensores penales), 1993, 221, 241 y 251; *Laufhütte*, Salger-FS, 1995, 337. Cf., también, el cuantioso material compilado por el BJM para la Ley de descongestionamiento de la administración de justicia (*RechtspflegeentlastungsG*).

VII. La *Ley para la lucha contra la criminalidad* del 28/10/1994 (VBG), en vigencia desde el 1/12/1994, disciplinó de nuevo, ante todo, el procedimiento acelerado en los §§ 417-420 (ver *supra* § 59); las posibilidades introducidas allí de practicar prueba en forma simplificada han sido declaradas aplicables en el § 411, II, 2, también para el procedimiento por mandato penal. La StPO fue ampliada con el agregado del Libro Octavo (§§ 474-477) sobre el "Registro Interestadual de Procesos de la Fiscalía", a través del cual se pretende facilitar la persecución penal supraregional (ver *supra* § 56, D). Además, se extendió el motivo de detención consistente en la gravedad del hecho (§ 112, III) a las lesiones corporales intencionales graves y al incendio doloso especialmente grave (§§ 225, versión anterior, y 307, versión anterior, StGB). En la GVG, el nuevo § 122, II, permite que las salas penales de los OLG decidan también con sólo tres jueces (en lugar de cinco).

Bibliografía: *Bandisch*, StrV 94, 153; *Hamm*, StrV 94, 456; *Köhler*, StrV 94, 386; *Neumann*, StrV 94, 273; *Wächtler*, StrV 94, 159; *König/Seitz*, NStZ 95, 1. Cf., también, el cuantioso material compilado por el BJM para la VBG.

VIII. En los años 1997 y 1998 se produjeron otras modificaciones esenciales de la StPO (al menos, con respecto a la introducción del encarcelamiento para la realización del juicio oral y del "gran espionaje acústico", muy problemáticas):

1. La *Ley de modificación del procedimiento penal* del 17/3/1997 regula la admisibilidad de exámenes de genética molecular. Según el § 81e están ahora autorizados, bajo ciertos presupuestos, los análisis de ADN en los casos de los §§ 81a y 81c, StPO, pero también en el material de rastros asegurado o secuestrado (cf. sobre ello, con mayores detalles, *supra* § 33, A, II).

2. A través de la *Ley para la modificación de la StPO* del 17/7/1997 fue introducido el llamado encarcelamiento para la realización del juicio oral, § 127b. La disposición contiene un derecho a detener y un motivo de prisión. A través del objetivo restringido de aumentar cuantitativamente la aplicación del procedimiento acelerado, se introdujo un cuerpo extraño en el sistema de detención de la StPO (con mayores detalles *supra* § 59, A, C).

3. La *Ley de protección al testigo* del 30/4/1998 (ZSchG), en vigencia a partir del 1/7/1998, posibilita la realización, con la debida precaución, del interrogatorio por grabación y transmisión de video fuera del juicio oral de testigos expuestos a un peligro (§§ 58a, 168e, 247a y 255a); cf., en particular, *supra* § 42, II, 3. Fuera de ello, la ZSchG establece en determinados casos el derecho del testigo a la asistencia de un abogado a costa del Estado ("letrado de la víctima"; §§ 68b, 397a, 406g, h); cf., en particular, *supra* §§ 26, C, I, 3, y 62, B, I.

4. La *Ley de aseguramiento de los derechos de la víctima* (*OpferansprüchssicherungsG*) del 8/5/1998, en vigencia a partir del 20/7/1998, tiene por objeto la mejora de la indemnización a la víctima; cf. *supra* § 63, C, IV.

5. Después de la modificación del art. 13, GG, la *Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada* del 4/5/1998, que entró en vigencia el 9/5/1998, introdujo el "gran espionaje acústico". Sin embargo, los conocimientos obtenidos de la vigilancia acústica de viviendas están sujetos a limitaciones en favor de los autorizados para abstenerse de declarar testimonialmente (§§ 100c, I, nº 3, y 100d, III); cf., en particular, *supra* § 10, B, II, 1, e.

F. Otros proyectos de reforma

El propósito de realizar una reforma íntegra de la StPO, manifestado en el año 1964, en una decisión de la Dieta Federal alemana, fue abandonado, entretanto, en favor de una reforma por etapas. Sólo en una comunicación de prensa del Ministro Federal de Justicia del 29/9/1986 es recogida nuevamente la idea de una reforma integral y de constituir una Gran Comisión de Procedimiento Penal; en primer lugar, ella debe ser discutida y analizada con los estados federados y con las corporaciones (cf. ENGELHARD, 1989).

Estos proyectos a largo plazo tienden, ante todo, a una reforma radical de los procedimientos de investigación, principal y de recursos; también la actualización de la Ley de protección a la víctima (cf. *supra* E, V, 2), en el sentido de una inclusión más importante de la idea de reparación, debería figurar entre los objetivos prioritarios de una reforma integral.

RIEß, 1980, y WOLTER 1985, 1989, 1991, proporcionan valiosas consideraciones para una futura reforma integral. SCHÜNEMANN, 1988, WOLTER 1989, 1991, y ROXIN (en *Schreiber/Wassermann*, 1987, 16 y ss., así como en *Jauch-FS*, 1990, 194 y ss.) acentúan especialmente la importancia que le corresponderá a la cooperación entre los intervinientes en el procedimiento en el modelo de un nuevo procedimiento penal. También el Congreso de la Asociación para el Derecho Comparado, que en septiembre de 1991 se dedicó a la reforma general europea del proceso penal, permite reconocer –acentuando puntos distintos– una tendencia general en el futuro proceso penal europeo a la unión de elementos contradictorios y consensuales; cf. las ponencias de STILE, FIGUEIREDO DIAS, CIESLAK y WEIGEND, así como el informe sobre la discusión en ZStW 104 (1992), 429-523. En una dirección semejante se dirigen las "13 tesis para un proceso penal orientado hacia los Derechos humanos" presentadas por TIEDEMANN, ZRP 92, 107.

Entretanto, la reforma de los recursos, impulsada ampliamente en los años 70, ha fracasado (cf. las informaciones en la bibliografía especificada). Sin embargo, recientemente —por razones de economía— está otra vez en conversación el establecimiento de un "recurso optativo" (el condenado puede interponer o apelación o casación) (sobre esto SCHIEFFLER, StrV 95, 599). Por otra parte, para la reforma de materias especiales se remite al texto de este libro: sobre la defensa, al § 19; sobre la prisión preventiva, al § 30, D, IV; sobre el procedimiento de investigación, al § 37, D; sobre el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública, al § 39, B, I, 3, a; sobre el procedimiento intermedio, al § 40, A, II, 2; sobre el juicio oral, al § 42, G; sobre la publicidad, al § 45, A; sobre la revisión, al § 55, D; y sobre la posición del ofendido, a la advertencia previa al § 61.

Bibliografía: Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verf. im Strafprozeß (comp. por el BRAK con la colaboración de *Hanack, Gerlach* y *Wahle*), 1971; Reform der Rechtsmittel in Strafsachen, Bericht über die Entstehung der gegenwärt. Rechtsmittelvorschriften und die Bemühungen um ihre Reform (hecho por *Fezer*, comp. por el BJM), 1974; *Fezer*, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, 1975; *Tröndle*, en: Probleme der Strafprozeßreform, 1975, 73. Especialmente sobre "Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen" der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Strafverfahrensreform" (El Proyecto de discusión sobre una ley de recursos en materia penal" del Grupo de trabajos Federación-estados sobre "Reforma del proceso penal") de diciembre 1975: *Rieß, Lisken y Enzian*, DRiZ 76, 3, 197 y 374; *Sarstedt* u. *Krauth*, en: Dreher-FS, 1977, 681 y 697. El tema: "Empfiehlt es sich, das Rechtsmittel in Strafsachen grundlegend, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, zu ändern?" (¿Debe recomendarse la modificación básica del régimen de los recursos en material penal, en especial a través de la instroducción de un recurso único?"), fue objeto de las 52ª Jornadas para los juristas alemanes de 1978 (Dictamen de *Peters*, ponencias de *Rieß* y *Sarstedt*), que se pronunciaron en contra de un recurso único. Cf., además, *Meyer-Goßner*, JZ 78, 329. "Zur Rechtstatsachenforschung im Zusammenhang mit der Rechtsmittelreform" cf.*Bender/Heissler*, ZRP 78, 30; *Helmken*, Zweifelhafte Rechtstatsachenforschung zur Dauer von Strafverf., ZRP 78, 133; *Teyssen*, Empfiehlt sich eine Erweiterung der Revision im Strafprozeß?, JR 78, 309; *Dahs*, Die Urteilsrüge - ein Irrweg, NJW 78, 1551; *Gössel*, Überlegungen zur Beschleunigung des Strafverf., GA 79, 241; *Schreiber*, Tendenzen der Strafprozeßreform, en: *idem.* (comp.), Strafprozeß und Reform, 1979, 15; *Moos*, Zur Reform des Strafprozeßrechts und des Sanktionsrechts für Bagatelldelikte, 1981; *Baumann*, Die Situation des dt. Strafprozesses, Klug-FS, 1983, 459; *Frohn*, Zum Entwurf des StVÄG 1984, GA 84, 554; *Taschke*, Überlegungen zu einem künftigen Strafprozeß, NJ 93, 198; *Scheffler*, Das Wahlrechtsmittel kommt!, StrV 95, 599.

Capítulo 16
Derecho comparado

§ 73. Las ideas fundamentales de los ordenamientos procesales extranjeros más importantes

Bibliografía: *Jescheck/Krümpelmann* (comps.), Die U-Haft im dt., ausländ. und internat. Recht, 1971; *Jescheck/Meyer* (comps.), Die Wiederaufnahme des Strafverf. im dt. u. ausländ. Recht, 1974; *Jescheck*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974), 761; *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im dt. Strafverf., 1979; *Jescheck/Leibinger*, (comps.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländ. Recht, 1979; *Jung* (comp.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländ. Verfahrensordnungen. Frankreich, Österreich, Schweiz, UdSSR, USA, 1990; *Eser*, Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa, ZStW 108 (1996) 86.

Cf., además, las presentaciones generales de Derecho comparado (sobre ello, el informe bibliográfico de *Fr. Chr. Schroeder*, ZStW 86 [1974], 783).

Para la reforma del procedimiento penal, la comparación jurídica obtiene cada vez más importancia. A continuación se ofrece un panorama sobre los procedimientos penales inglés y francés. ESER, 1996, informa sobre el desarrollo del Derecho procesal penal en toda Europa, con un excelente análisis de las investigaciones del Instituto Max Planck de Friburgo. En lo que sigue, se indica algunos estudios particulares importantes sobre el Derecho procesal extranjero.

Cf. sobre *España: Tackenberg*, Kreuzverhör und Untersuchungsgrundsatz im span. Strafprozeß, 1960; *Volkmann-Schluck*, Der span. Strafprozeß zwischen Inquisitions- und Parteiverf. 1979 (según él, el proceso penal español no es adecuado como modelo para una reforma); sobre *Argentina: Schöne*, Zur Strafprozeßreform in Argentinien, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 759; *Guariglia*, Der verdeckte Ermittler im Strafverfahren Argentiniens, ZStW 109 (1997), 686; sobre la escuela jurídica *escandinava*: Andenaes, Grundsätze und Methoden der Beweiserhebung im skandinavischen Strafprozeß, ZStW 72 (1960), 606; *idem*, Die neue norweg. StPO, Jescheck-FS, 1985, 715; *G. Schmidt*, Die Reform der U-Haft in Schweden, Tröndle-FS, 1989, 871; *Herrmann/Bratt/Cornils*, Die Hauptverhandlung im schwed. Strafverf., ZStW 102 (1990), 753; *Garde*, Die Rolle des Richters bei der Beweisaufnahme im dänischen Strafprozeß, ZStW 107 (1995), 1003; sobre *Japón: Dando*, Japanese Criminal Procedure (Publications of the comparative criminal law project, New York University, Vol. 4), 1965; Die Japan. StPO (nº 91 de la colección de códigos penales extranjeros); *Nose*, Fehlerquellen im japan. Strafprozeß, Peters-FG II, 1984, 339; sobre *Italia: Maiwald/Ippoliti*, Eine neue StPO für Italien, JZ 89, 874; *Amodio*, Das Modell des Anklageprozesses im neuen ital. Strafverf.gesetzbuch, ZStW 102 (1990), 171; *Marx/Grilli*, Der neue ital. Strafprozeß, GA 90, 495; *Budde*, Vereinbarungen im ital. Strafprozeß nach altem und neuem Recht, ZStW 102 (1990), 196; sobre *Rusia: Thamann*, Das neue russische Geschworenengericht, ZStW 108 (1996), 191; sobre *Grecia: Kaiafa-Ghandi*, Verschiedene Systeme des Einsatzes "Verdeckter Ermittler" am Beispiel des griechischen und deutschen Rechts, Bemmann-FS, 1997, 560.

Los Derechos procesales penales de *Austria* y de *Suiza* no tienen ninguna exposición independiente en este libro, debido a que el lector se puede informar fácilmente por las obras

de lengua alemana. No obstante, sobre Austria cf. la 19ª ed. de este libro, 430 y ss.; sobre Suiza, la 11ª ed., 376 y siguientes. Para la lectura introductoria son apropiadas, en especial, las siguientes obras más recientes:

Austria: Bertel, Grundriß des österr. Strafprozeßrechts, 5ª ed., 1997; *Foregger/Kodek,* Die österr. StPO, Komm., 7ª ed., 1997; *Platzgummer,* Grundzüge des österr. Strafverf., 8ª ed., 1997; *Roeder,* Lehrbuch des österr. Strafverf.rechtes, 2ª ed., 1976; *Seiler,* Strafprozeßrecht, 1998; *E. Steininger,* Hdb. der Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren, 2ª ed., 1998.

Suiza: Hauser, Kurzlehrbuch des schweizer. Strafprozeßrechts, 2ª ed., 1984 (con información detallada); *Noll,* Strafprozeßrecht, 1977; *Piquerez,* Précis de Procédure Pénale Suisse, 1987; *N. Schmid,* Strafprozeßrecht, 1989.

A. El procedimiento penal inglés

Bibliografía: *Romberg,* Die Richter Ihrer Majestät, Porträt der engl. Justiz, 3ª ed., 1971, en especial 77 y ss.; *Reynold,* Justiz in England, 1968; *Knittel,* Das engl. Schwurgericht, 1968; *Kayser,* Die Auswahl der Richter in der engl. und amerik. Rechtspraxis, 1969; *J. Henkel,* England - Rechtsstaat ohne "gesetzl. Richter", 1971; *Herrmann,* Die Reform der dt. Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerik. Strafverf., 1971; *Middendorf,* Der Kronzeuge, ZStW 85 (1973), 1102; *Lauermann,* Strafrechtspflege am engl. Magistrates' Court, 1987.

Cf., también, *Hirschberg,* Das amerik. und dt. Strafverf. in rechtsvergl. Sicht, 1963; *Radbruch,* Der Geist des engl. Rechts, 5ª ed., 1965; *Fulda,* Einführung in das Recht der USA, 1966; *Honig,* Beweisverbote und Grundrechte im amerik. Strafprozeß, 1967; *Hay,* Einführung in das amerik. Recht, 1975; *Blumenwitz,* Einführung in das Anglo-Amerik. Recht, 2ª ed., 1976; *Schwinge,* Richter und Strafverteidiger in den USA, DRiZ 76, 300; *Herrmann,* Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergl. Überlegungen zum dt. und amerik. Recht, Jescheck-FS, 1985, 1291; *idem,* Neuere Entwicklungen in der amerik. Strafrechtspflege, JZ 85, 602; *Weigend,* Anmerkungen zur Diskussion um den Kronzeugen aus der Sicht des amerik. Rechts, Jescheck-FS, 1985, 1333; *Schmid,* Das amerik. Strafverf., 1986.

Sobre el Derecho escocés, en parte distinto al Derecho inglés y ampliamente codificado, cf.: *Gordon,* The Criminal Law of Scotland, 1979; *Renton/Brown,* Criminal Procedure according to the Law of Scotland, 5ª ed., 1983.

El Derecho procesal penal y el Derecho de la organización judicial ingleses se basan, por una parte, en un sinnúmero de leyes individuales –a veces muy antiguas– y, por otra, en el Derecho judicial. Desde hace algún tiempo se han puesto en movimiento fuertes tendencias reformistas que condujeron a importantes modificaciones, sobre todo en el *Criminal Justice Act* de 1967, el *Courts Act* de 1971, el *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 y el *Crown Prosecution Service Act* de 1985.

I. Organización de los tribunales

La organización judicial inglesa es especialmente compleja. Para la pequeña criminalidad son competentes en primera instancia las *Magistrates' Courts*, que, en su gran mayoría están integradas por (varias) personas que no son juristas, que realizan su función *ad honorem* (los jueces de paz); sólo en algunas ciudades grandes están integradas por jueces profesionales (los *Stipendiary Magistrates*; aprox. 19000:50). Todos los tribunales superiores de primera instancia son verdaderos *tribunales de jurados* en los cuales un *jury* de doce jurados decide sobre la cuestión de la culpabilidad y un único juez con formación jurídica decide sobre la cuestión de la pena, así como sobre todas las cuestiones jurídicas; en las causas especialmente importantes, el cargo de juez es ejercido por uno de los miembros del *Queen's Bench* en la *Crown Court*. Cerca del 98 % de todos los delitos son juzgados en el llamado procedimiento sumario ante los *Magistrates' Courts*, por consiguiente, sin *jury*.

II. Autoridad encargada de la acusación

Hasta hace poco tiempo no había en Inglaterra una fiscalía comparable al órgano estatal de persecución alemán. Sin embargo, a partir del *Crown Prosecution Service Act* de 1985 existe ahora también en Inglaterra una autoridad acusatoria estatal bajo la dirección del *Director of Public Prosecution*. No obstante, el *Crown Prosecution Service* (CPS) es difícilmente comparable a la fiscalía alemana. Si hasta ahora la persecución penal y la acusación eran realizadas predominantemente por la policía, en la actualidad la acusación (*prosecution*) es representada, en general, por los abogados del CPS. Fuera de ello, existe, además, la acción popular: teóricamente, toda persona puede promover la acusación. Sigue siendo problemático el hecho de que el CPS no cuenta con recursos humanos suficientes –sin miras de cambio– y no dispone de fuerzas de investigación propias. La investigación continúa estando exclusivamente en manos de la policía y, de este modo, conduce a que el CPS dependa fuertemente de ella.

Bibliografía: Michael *Zander:* Cases and Materials on the English Legal System, 212, 5ª ed., London 1988; James *Morton:* "One Year of the CPS", en: Policing (Spring 1988).

III. Desarrollo del procedimiento

El *proceso penal* es muy similar al proceso civil: rige el principio dispositivo; en Inglaterra no hay elementos del proceso inquisitivo, como son reconocibles todavía entre nosotros (sobre todo en el interrogatorio del imputado y de los testigos por el presidente, en el juicio oral). Así se explican por sí mismas las diferencias llamativas y fundamentales del procedimiento penal angloamericano frente al alemán y, en general, frente al procedimiento penal europeo-continental.

1. El *procedimiento de investigación policial*, que anteriormente estaba regido por las *Judges' Rules* –formuladas por los jueces del *Queen's Bench*–, a partir de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984, está regulado por los reglamentos de comportamiento para los funcionarios de policía (*codes of practice*) que dicta el Ministro del Interior.

2. El *procedimiento penal judicial* comienza con la presentación de la denuncia penal o con la conducción forzada del imputado y, por cierto, siempre ante un *Magistrates' Court*. Si ella es competente, procede, sin más, sobre la causa. Si ella es incompetente en razón de la materia, tiene que realizar un *examen previo* (*preliminary examination*), una audiencia de

la naturaleza de un juicio oral que, desde 1967, puede ser llevada a cabo de forma escrita y simplificada. Aquí se aclara si la culpabilidad está probada *prima facie*. En caso afirmativo, los jueces de paz remiten la causa al tribunal de jurados competente.

3. El *juicio oral* ante el *tribunal de jurados* está dividido en el debate sobre la cuestión de la culpabilidad y en el debate sobre la cuestión de la pena.

Después de la lectura de la acusación, o bien del auto de apertura (*indictment*), se pregunta al acusado si se declara culpable o no. En el primer caso no se realiza la recepción de la prueba sobre la cuestión de la culpabilidad y el juez procede inmediatamente, sin incorporar a los jurados, sobre la medida de la pena. De lo contrario, el funcionario judicial forma un banco de doce jurados con las personas citadas por él. La recusación de jurados es posible, pero sucede con escasa frecuencia.

La *recepción de la prueba* comienza con una exposición del acusador; luego, él llama a sus testigos de cargo y el acusado a sus testigos de descargo. El interrogatorio se divide en interrogatorio principal (*examination-in-chief*), a cargo de la parte que citó al testigo, interrogatorio cruzado (*cross-examination*), a cargo del adversario, y un reinterrogatorio (*re-examination*), en el que se puede aclarar la manifestación realizada en el interrogatorio cruzado. El *juez* puede intervenir complementariamente en la recepción de la prueba; por lo demás, él se limita a rechazar preguntas inadmisibles. La recepción de la prueba está sujeta a *reglas probatorias* rigurosas (*rules of evidence*); son inadmisibles, en especial:

a) la pregunta por antecedentes penales en la recepción de la prueba sobre la cuestión de la culpabilidad,

b) todas las preguntas sugestivas fuera del interrogatorio cruzado y

c) todas las preguntas que el testigo no puede responder a partir de su propia observación (por consiguiente, los "testigos de oídas" están excluidos de un modo general, la llamada *"hearsay evidence"*, cf. GEPPERT, 1979, 36).

Después de los informes finales del acusador y del defensor, el juez da una instrucción jurídica a los jurados, en un discurso que a veces dura horas, así como un resumen y apreciación del resultado de la prueba (*summing up*); naturalmente, de este modo, él ejerce una influencia muy importante en los jurados. En general, éstos no pueden disgregarse antes de que hayan llegado a un veredicto unánime; sin embargo, desde 1967, bajo ciertas condiciones es suficiente una mayoría de diez votos. Si ellos no se ponen de acuerdo, el juez disuelve el jurado y la causa se presenta ante un nuevo banco de jurados; si él tampoco puede ponerse de acuerdo, la acción es sobreseída.

Si el veredicto de los jurados es "no culpable", el acusado es puesto en libertad de inmediato. En caso de que el veredicto sea de culpabilidad sigue la *segunda etapa de la audiencia*, con recepción de la prueba y alegatos sobre la *medida de la pena*; aquí decide solamente el juez. La sentencia es pronunciada y funda oralmente. Sólo si el condenado interpone un recurso, el juez debe proporcionar un informe escrito.

4. Contra la decisión de las *Magistrates' Courts* es posible interponer *appeal* ante la *Crown Court* o *"appeal by case stated"* (limitado a las cuestiones jurídicas) ante la *High Court*. Contra las sentencias de los *tribunales de jurados* sólo el condenado puede interponer *appeal* ante la *Criminal Division* de la *Court of Appeal*, en Londres; el recurso es admisible ilimitadamente cuando se motiva en lesiones a la ley; en caso de impugnación sobre la determinación de los hechos y sobre la medición de la pena, únicamente con autorización judicial (normalmente del *iudex ad quem*). Contra una decisión de la *Court of Appeal*, el acusado, o excepcionalmente el acusador, puede acudir con un *appeal* ulterior a la *House of Lords*.

Por lo demás, en comparación con nuestra StPO, el derecho a interponer recursos se caracteriza por una mejor posición del acusado en dos aspectos: una absolución de los jurados no puede ser revisada en absoluto. Además, las infracciones procesales graves de la primera instancia (¡aunque sea incluso en favor del acusado!) ¡en la segunda instancia deben conducir, en principio, a la absolución! Para ello es determinante la idea de que al acusado no se le puede exigir, una vez más, el soportar los suplicios de un procedimiento. No obstante, se puede ordenar un reenvío al tribunal de jurados cuando la condena es anulada por la existencia de nuevos elementos de prueba.

El Derecho inglés no posee un procedimiento de revisión. En su lugar, el condenado puede solicitar al *Home Secretary* (Ministerio del Interior) que su caso sea remitido a la *Court of Appeal* para un nuevo examen o que su condena y pena sean revocadas a título de gracia.

IV. Menosprecio al tribunal

Es característica del Derecho inglés la protección penal del tribunal contra *Contempt of Court*: un concepto que es muy amplio y al que, además de la falta de decoro, pertenecen la información judicial falsa, la influencia sobre la opinión pública, las informaciones privadas al juez y la inobservancia del deber de los testigos.

B. El proceso penal francés

Bibliografía: *Esmein*, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882; *Vouin/Léauté*, Droit pénal et procédure pénale, 1960; *Roth*, Das Französ. Strafverf. recht und seine Reform, tesis doctoral, Freiburg, 1963; Doris *Cramer*, Das französ. Schwurgericht, tesis doctoral, Marburg, 1967; *Bouzat/Pinatel*, Traité de droit pénal et de criminologie, t. II (de Bouzat) Procédure pénale, 1970, 2ª ed.; *Merle-Vitu*, Traité de droit criminel, t. II: Procédure pénale, 1973, 2ª ed.; *Juris-Classeur*, de Procédure Pénale, Komm. (Losebl.-Ausg.); *Stéfani-Levasseur-Bouloc*, Procédure pénale, 1984, 12ª edición

I. Historia

Hasta la Revolución Francesa había regido en Francia, en lo esencial, un proceso inquisitivo escrito y secreto, con reglas probatorias legales y tortura.

En el año 1791 Francia reformó su Derecho procesal penal, en gran medida, según el modelo inglés: de la organización judicial inglesa adop-

tó el gran y el pequeño *jury*; del procedimiento, la oralidad, la publicidad, el juicio oral contradictorio y la libre valoración de la prueba; suprimió la pena de sospecha y la absolución de la instancia (*absolutio ab instantia*, ver *supra* § 69, B). Por otra parte, Francia transformó el instituto de la fiscalía, desarrollado en su suelo, en una autoridad de acusación pública y conservó la investigación previa inquisitoria.

El *Code d'Instruction Criminelle* de *1808* (CIC) suprimió el *jury* de acusación y transfirió sus funciones a una cámara para la apertura, compuesta por jueces profesionales, cuyo auto ponía al imputado en estado de acusación. Los jurados que integraban el *jury* de sentencia, quienes originariamente sólo eran reclutados entre las clases más pudientes y educadas, eran únicamente *juges de fait*, pero no así *juges de droit*, esto es, sólo tenían que decidir sobre la cuestión fáctica y no sobre la cuestión jurídica. La recepción de la prueba se realizaba (en contraposición con el Derecho inglés) a través del presidente del tribunal (es decir, por un juez profesional).

El proceso penal francés tuvo aceptación en Italia, en la Suiza francesa, en Holanda, Bélgica, Rumania, Rusia, Portugal y España. En Alemania él fue convertido directamente en ley en la región situada a la izquierda del Rin y desde allí influyó fuertemente en el desarrollo del Derecho procesal penal alemán. A consecuencia de ello, la estructura de los tribunales, la fiscalía y los principios del procedimiento muestran en Alemania la misma imagen que en Francia.

Por cierto, el CIC fue modificado o complementado muchas veces, pero en total permaneció vigente durante 150 años. En 1958 fue reemplazado por el *Code de Procédure Pénale* (CPP), el que, en esencia, sólo representa una nueva versión del antiguo CIC, que con el transcurso del tiempo se había tornado complicado y poco claro.

II. El Derecho vigente

El procedimiento penal se divide en tres etapas: procedimiento de investigación, instrucción preliminar y procedimiento principal.

1. En el *procedimiento de investigación* la policía criminal (*la police judiciaire*) investiga los crímenes, reúne las pruebas y presenta su material a la fiscalía (ver arts. 14 y 75, CPP). Para ella, en la promoción de la acusación rige el principio de oportunidad (al contrario que en Alemania); como compensación sirve la acción privada, siempre admisible, a través de la reclamación de la pretensión de indemnización civil ante el tribunal penal (*action civile*), cuya formulación promueve automáticamente la acción penal pública, aun contra la voluntad de la fiscalía; por consiguiente, tiene la característica de compeler a la promoción de la acción pública.

2. La *instrucción preliminar* es obligatoria cuando se trata de crímenes, en caso de delitos y contravenciones es facultativa. En el supuesto de un crimen de la competencia del tribunal de jurados está ordenado un *procedimiento de apertura* especial: la admisión de la acusación sólo puede ser declarada aquí por la *Chambre de'accusation* que, a la vez, también decide sobre la apelación contra las disposiciones del juez de instrucción.

3. Mientras que el procedimiento de investigación y la investigación previa están configurados de forma puramente inquisitoria, el *juicio oral* es público, oral y contradictorio, esto es, la producción de la prueba es llevada a cabo, en principio, como en el proceso penal alemán, a través del presidente del tribunal, pero al interviniente en el proceso se le debe dar la oportunidad de tomar posición con respecto a sus resultados (para el Derecho alemán, cf. § 257). El *tribunal de jurados* (la *Cour d'assises*) está compuesto, actualmente, por tres jueces profesionales (*la cour*) y por nueve jurados (*le jury*, ver art. 296, CPP), que en realidad son escabinos (¡en la deliberación no hay separación de jueces profesionales y laicos!). Toda decisión desfavorable para el acusado necesita de una mayoría de, por lo menos, 8 contra 4 votos (art. 359, CPP). En principio, en el proceso penal francés la prueba testimonial de oídas está permitida como consecuencia obligatoria del deber oficial ilimitado de esclarecimiento; cf. GEPPERT, 61.

4. Como *recurso* ordinario existe el *appel*, análogo a nuestra apelación; como recurso extraordinario, el *pourvoi en cassation* (que corresponde a nuestra casación) y el *pourvoi dans l'intérêt de la loi* (comparable al recurso de nulidad en salvaguarda de la ley en Austria, cf. 19ª ed., § 75, C, V). El *pourvoi en révision* se asemeja a nuestra revisión; ¡pero él no puede ser utilizado en perjuicio de una persona absuelta!

5. Para el procedimiento por hecho en flagrancia, que es juzgado en un plazo especialmente corto, rigen disposiciones especiales.

6. El procedimiento contra *ausentes* está permitido con gran extensión y regulado de modo tal que el prófugo primeramente es presionado para comparecer, y si así no comparece, es juzgado conforme a las actas (en caso de delitos *jugement par defaut*, arts. 487 y ss., CPP, en caso de crímenes *jugement par contumace*, arts. 627 y ss., CPP).

7. En 1972 Francia introdujo el procedimiento *por mandato penal* (*ordonnance pénale*, arts. 524 y ss., CPP), que originariamente sólo regía en Alsacia y Lorena, proveniente del Derecho alemán. Ya no existe la posibilidad de una liberación de la persecución penal a través del pago de una *amende de composition* (sobre esto, cf. la 13ª ed., 368).

Índice por materias

Los números se refieren a los parágrafos de este libro.
Las localizaciones principales están impresas en *cursiva*.

A

Abogado de oficio para compeler a la promoción de la acción pública 39 B III
Abogado oficial 10 A I
Absolución 47 B II; imposición de costas 57 C II
Absolución parcial 47 B III, 57 C I
absolutio ab instantia 69 B
Abuso de los derechos del imputado y de los del defensor 19 A II
Acceso a las declaraciones procesales 22 B VI
Acción 38 C; efectos 38 D; retractabilidad 14 B III
Acción adhesiva 62
Acción de nulidad 50 B IV
Acción popular 12 A I, 12 A V
Acción privada 12 A I, *61*; historia 12 A I, 61 A I; asunción por la fiscalía 61 F IV
Aceptación de la apelación *52 A, D, F I*, 53 A II
Acta *49*; fuerza probatoria 15 C II, 49 III
Acta de la audiencia v. acta
Acta y casación 49 V
Acto de autoridad 2 A II
Acto de la administración de justicia 29 D I
Acto ejecutivo 22 A II
Actos antijurídicos 53 D II
Actos procesales *22*; doble función 22 A III; forma 22 B II; vicio de voluntad 22 B II; revocabilidad 22 B IV
Actos provocativos 22 A II
Actuario, deber de estar presente 42 E II
Acuerdo 61 F IV
Acuerdos 15 A II; 19 E VI
Acuerdos 15 A II; 19 E VI
Acuerdos en el procedimiento penal 11 V, 15 A II, *19 E VI;* como motivo de parcialidad 9 II
Acumulación de poderes 2 A II
Acusación 38
Acusación complementaria 50 B II
Acusación complementaria 50 B II
Acusación suplementaria 13 B I, *46 B II*
Acusado 5 B III, en lo demás v. imputado
Admisión de la acusación 40 C II
Agente encubierto 10 B II
Agente provocador 10 B II
Agotamiento de la acción penal 50 B; a través de sentencias extranjeras 50 B III
Alegatos 5 B III
Ampliación de la acusación 46 B II
Amtsgericht (AG = Tribunal Municipal), estructura 7 A III; integración 7 A III; competencia 7 *A I*
Análisis de ADN 15 C II 2, *33 A II 1, B II 4;* 43 A 3
Análisis genético 15 C II 2; *33 A II 1;* 43 A 3
Antecedentes penales, averiguación 25 III
Apelación *52*; valor jurídico-político 52 B
Apelación limitada a la medida de la pena 51 B III; casación limitada a la medida de la pena 51 B III, 53 D III
Aplazamiento de la pena 56 B II
Apoderado para la recepción de notificaciones 30 A III
Aseguramiento de objetos 34
Asesor como defensor 19 C 3
Asistencia del ofendido 63 B II
Asistente jurídico del testigo 26 D
Asistente, del acusado 19 F; del ofendido 63 B II; del testigo 26 D
Audiencia de los sujetos procesales 23 B I
Audiencia final 69 A II
Auto 23 A I

Auto de apertura 5 B II, *40 C* II, 41 E
Auto de internación 33 A I
Autopsia 27 B I
Autopsia 27 B I
Auto-recusación 9 II
Autoridad arbitral 61 F I
Autoridades arbitrales 3 A; comentario previo a 61
Autoridades de la justicia en sentido funcional 10 B I
Autos que aplican la pena única 50 B III
Auxiliares de la investigación 10 D; 56 B I
Auxilio judicial *10 D;* 56 B I
Auxilio judicial en el juicio de menores 10 D
Ayuda para las costas del proceso 19 B, 62 B I, 63 A I, III, B II

B

Beccaria 70 A II
BGH (Tribunal Supremo Federal), integración de los senados, v. cuadro en 7, 7 B II; competencia, v. cuadro en 7, 7 A III 4
Bismarck 71 A
Búsqueda selectiva por ordenador 10 B II

C

Caducidad del derecho de recurrir en casación 42 D II; de la pretensión penal 21 B III
Caducidad en el Registro Central 56 C I; prohibición de valoración 24 D III, 56 C I
Cámara Penal, Gran 7 A III, IV, B II, cuadro en 7; Pequeña 7 A III, B II, cuadro en 7
Cambio de papeles 26 A III
Capacidad de pasar en autoridad de cosa juzgada de las decisiones judiciales 50 B III
Capacidad funcional de la administración de justicia penal 1 B II
Capacidad para ser parte 21 B III
Capacidad procesal 21 B III
Capacidad procesal 21 B III, 22 B I
Carlomagno 67 B
Casación *53*; con fundamento en el interrogatorio defectuoso de testigos 26 C I; por lesión del deber de esclarecimiento 27 B I; del principio de publicidad 53 E II; planes de reforma 72 F
Casación *per saltum* 53 A II
Casación procesal 53 C, F II, J
Casación procesal 53 C, F II, J
Casación sustantiva 53 C, F II, I II
Caso "Bartsch" 43 A 4
Caso Contergan 15 C II
Caso Honecker 21 B III, 45 A
Caso Lebach 18 C
Causas por delitos contra la seguridad del Estado, competencia 7 A III; sobreseimiento del proceso 14 B II
Centro de gravedad funcional de la fiscalía para la criminalidad económica 10 A I
Certificación de ejecutoria 56 B II
Certificación de la cosa juzgada 56 B II
Certificado de conducta 56 C I
Citación 41 B
Cláusula de excepción 69 A II
Coacción directa 31 A III
Coartada 15 C II, D
Codex Maximilianeus 69 B
Códigos procesales extranjeros 73
Coimputado como testigo 26 A III
Comparación de datos 10 B II
Competencia de los tribunales penales 7; como presupuesto procesal 21 B I; móvil 7 A IV; territorial *8*; material *7 A*
Composición entre autor y víctima *3 A;* comentario previo a 61
Comprobación de la identidad 31 A I, B, 33 A III, B III
Cómputo de la duración de la pena 56 B III
Concepto de hecho v. objeto procesal
Concurso ideal 20 B I
Condiciones 14 B II
Condiciones de punibilidad, objetivas 21 A
Conducción forzada *31 C*; del acusado que no comparece 31 C II, 42 F III; del imputado 31 C II; del detenido 30 C II; del testigo 31 C III
Conexidad entre varias causas penales 7 A V, 20 B III
Confesión 15 C II, 67 C, 69 A II
Confesión espontánea 15 C II, 24 D III

Conflicto de competencia 8 B II
Conformación del escabinado, antigua 67 B; moderna 7 B I, 71 B II
Confrontación 33 A III
Conjurador 67 A
Constancia de cierre *37 C III*
Constitutio Criminalis, Bambergensis 69 A I; Carolina *69 A*; Theresiana 69 B
Contempt of Court 73 A IV
Convención de derechos humanos 3 C II, 11 II, 11 V
Conversaciones iniciales 26 B II
Convicción judicial *15 C II*, 24 A
Cooperación con el imputado 19 E VI; entre la defensa y el tribunal 15 A II, 19 E VI
Corrección del acta 49 IV
Correspondencia del detenido 30 D III
Cosa juzgada *50*; del sobreseimiento en el proced. 38 B II; en el procedimiento intermedio 50 B III; del mandato penal 50 B III, 66 B IV; absoluta 50 A II; relativa 50 A II; formal *50 A*; material *50 B*
Cosa juzgada parcial *50 A II, 51 B III*, 52 C I
Costas *57;* 62 E
Crímenes de guerra 6 IV; 8 A I
Criminalidad económica 10 A I
Cuestión de culpabilidad 46 C III
Cuestión de hecho 53 D III
Cuestión de la pena 46 C III
Cuestión jurídica v. lesión de la ley
Cursos hipotéticos de la investigación 24 D III

D

Datos personales, deber de aportarlos 25 III, 31
Deber de acusar de la fiscalía 10 A III
Deber de advertencia en caso de modificación de la calificación jurídica 42 D V
Deber de asistencia judicial 2 B, 11 V, 22 B II, 42 C II, D V, 47 A III, 51 B V, 52 C II
Deber de comparecer del imputado 25 II; de los peritos 27 C II; de los testigos 26 B I
Deber de guardar silencio 45 B II
Deber de jurar 26 B III, 27 C II
Decisión sobre la quiebra 25 III
Decisión sobre las costas 57 B; impugnación 57 D
Decisiones accesorias, pronunciamiento 47 B I
Decisiones judiciales 23
Declaración del imputado *25 III*; en el procedimiento preliminar 37 C II; consular 44 B I; del testigo 26 C I
Declaraciones oficiales 9 I, 43 C II, 44 B II
Decreto 23 A I
Defensa múltiple 19 C
Defensa, voluntaria *19 B*; necesaria *19 B*, 64 B III
Defensor *19*; exclusión 19 D; registro 19 E V; apartamiento de la sala de la audiencia 19 D II; deberes 19 A II, E; derechos 19 E; posición jurídica 19 A II; defensor de resguardo 19 C 6; compatibilidad con el rol de testigo 26 A III; comunicación con el imputado 19 E V; nombrado, elegido 19 C; como representante del acusado 42 F IV
Defensor de elección 19 C
Defensor de oficio *19 B*; revocación 19 C 5; en causas por revisión 55 D II
Defensor sustituto 19 C
Deliberación de la sentencia 46 C I
Deliberación para dictar sentencia 46 C I
Delito de cuello blanco 10 A I
Delitos cometidos por organizaciones 20 B I
Delitos de acción privada 12 B II, 14 B II, 61 B
Delitos de instancia privada 12 B II
Delitos plurisubsistentes 20 B I
Delitos sujetos a una autorización especial para la persecución 12 B II
Denuncia 37 A II
Denunciante 39 B I
Depósito, toma oficial en 34, B II
Derecho a abstenerse de declarar testimonialmente *26 B II*, 74 B; relaciones con las leyes de prensa locales 26 B II
Derecho a abstenerse de prestar declaración 15 C 2, 24 D III, 25 III
Derecho a abstenerse de responder determinadas preguntas 26 B II

Derecho a estar presente en la realización de inspecciones oculares 28 A 2; en el procedimiento preliminar 37 C II; en el examen de la prisión preventiva 30 G II; del defensor 19 E III
Derecho a formular aclaraciones 42 D IV; del imputado *18 B I*; a defenderse 18 B I; v. también derecho a estar presente, a interrogar y a callar
Derecho a formular preguntas de los intervinientes en el juicio oral 42 D III
Derecho a la autodeterminación informativa *10 B II*, 19 E IV, 29 B, 33 A III, 63 B II
Derecho a rehusar el examen 33 B II
Derecho a ser oído conforme a la ley *18 B I*; fuera del juicio oral 23 B I; en el juicio oral 42 A, B III; en el procedimiento de queja 54 C III
Derecho de abstenerse de dictaminar 27 C II
Derecho de comunicación del defensor 19 E V
Derecho de devolución 10 A I, III
Derecho de negarse a jurar 26 B III
Derecho de recurrir, pérdida del 42 D II
Derecho de sustitución 10 A I, III
Derecho penal internacional 6 II
Derecho procesal penal, tareas y fines *1 B*; concepto y extensión 1 C; fuentes *3*; literatura *4*; relación con el Derecho penal material 1 A, D II; con otros Derechos procesales 1 D I; con el orden constitucional *2*
Derechos fundamentales 2 A II, 3 C I; garantías judiciales 3 C I
Derechos personalísimos 18 C
Desistimiento del recurso 51 B V
Detector de mentiras 25 IV 2
Detención 30 C I; procedimiento posterior 30 C II
Detención en flagrancia 31 A I
Detención reiterada 30 B II
Detención, provisional *31*, presupuestos 31 A I; realización 31 A II; procedimiento posterior 31 A IV; por perturbaciones de la actividad oficial 31 A V
Determinación alternativa del tenor 47 B I
Dictámenes v. peritos; valor probatorio 27 D
Dilación 30 C II
Dilación del proceso 43 C II
Dinero por la sangre 67 A
Dirección del juicio 42 D; formal 42 D I
Dirección material del juicio 42 D
Dispensa del deber de guardar silencio 26 B II
División de poderes 2 A II
Docente de derecho como defensor 19 C 3
Documentación de la Stasi 15 C II, *24 D III*
Documento de la sentencia 48

E

Efecto de arrastre 20 B I
Efecto devolutivo 51 B I
Efecto extensivo de la casación 53 K
Efecto suspensivo 51 B I
Ejecución de la pena (de cualquiera de las existentes) 1 C, 3 D, *56 A, B*; medios de impugnación 56 B IV
Ejecución de la prisión preventiva 30 D
Ejecución de la prisión preventiva 30 D
Ejecución penal (sólo de la pena privativa de libertad) 1 C, 3 D, 56 A; situación jurídica y reforma 56 A III
Ejecución ver ejecución penal y ejecución de la prisión preventiva
Elementos democráticos del proceso penal 2 A II, 2 B
Empleo de medios técnicos 10 B II
Encarcelamiento para la realización del juicio oral *59 A, C;* 31 A I 5
Escabinos 7 B I
Escrito de acusación 38 E V; lectura 5 B III, 42 B II
Espionaje acústico 10 B II
Estructura del proceso penal alemán 17
Etapas del proceso 5; panorama 5 D
Etapas del proceso penal 5
Examen de la prisión 30 G
Examen del imputado en un hospital 33 A I; del imputado, corporal 33 A II; de otras personas 33 B
Examen sobre la credibilidad 33 B I

Excesiva duración del proceso 16 C
Exclusión de los miembros del tribunal 9
Extracción de sangre 33 A II
Extraterritorialidad 6 III

F

Facultad de dar instrucciones de la fiscalía a la policía 10 B II 2
Facultades de injerencia de la policía 10 B
Fair trial 2 B, *11 V*, 15 A II, C II, 24 D III, 42 B II, 44 B IV, 51 B III, 53 E II
Falta de decoro 45 B III; del defensor 19 D II
Federico el grande 70 A II
Fijación del término 41 A
Filmaciones en la sala del tribunal 45 A
Firma 48 IV
Fiscal de emergencia 10 C II, 13 B I
Fiscalía *10 A*, 13 A, 37 C I; historia 70 C
Forma escrita 22 B II
Fórmula de juramento 26 C II, 27 C II
Forzamiento de la entrega de cosas 34 B II
Fotografías, posibilidad de valorarlas 24 D III
Fredus 67 A
Frutos del árbol venenoso = fruit of the poisonous tree doctrine 24 D IV
Fuerza probatoria del acta de la audiencia 15 C II, 49 III
Fuerzas de choque de la OTAN 6 I
Funcionarios auxiliares de la fiscalía 10 B I
Fundamentación de la casación 53 F II
Fundamentación de la sentencia 48 III
Fungibilidad de los medios de prueba 43 C II

G

Gastos de la Caja estatal 57 A I; del acusado, necesarios 57 B
Generalidad, deber de denunciar 37 A II
Glosa para demandar 68 III
Glosa para legos 68 III
Glosas jurídicas 68 III
Goldschmidt 71 B III
Grabación en banda magnetofónica como medio de prueba 28 C; prohibición de valoración 24 D III
Gravamen 51 B II
Gravedad del hecho como motivo de prisión preventiva 30 B II

H

Hallazgo 27 D
Hallazgos casuales 34 C IV, 35 A IV
Halsgerichtsordnungen 69 A I
Hechos adicionales 27 D 2
Hechos notorios 24 C II
Hechos notorios judiciales 24 C II
Hechos punibles en el extranjero 14 B II
Hechos que ayudan a la prueba 24 C I
Hechos vinculados 27 D
Honorarios 57 A I; de los peritos 27 C II; de los testigos 26 D 3
Hospital, psiquiátrico 33 A I, 36 B, 64

I

Identidad de hecho 20 B I
Igualdad de armas 11 V
Ilustración, su influencia en el proceso penal 2 A II, *70*
Impedimento procesal v. presupuesto procesal
Impedimento procesal v. presupuesto procesal; en caso de excesiva duración del procedimiento penal 16 C
Impresiones digitales 33 A III; "genéticas" 33 A II
Impugnación de las decisiones judiciales *51*; de la decisión sobre las costas 57 D; de medidas de la policía 29 D I, II; de medidas de identificación 33 A III; de actos procesales *22 B II*; de la renuncia a recurrir 51 B V; de una orden de revisación médica 33 A II; de una orden de establecer un puesto de control 35 B I
Impugnación parcial de la sentencia *51 B III*, V
Imputado, concepto 25 III; denominaciones 5 C; como medio de prueba *25 I*; como sujeto procesal *18 A*; deber de comparecer 25 II; derechos de la personalidad 18 C; derechos procesales 18 B; interrogatorio 25 III; v. también silencio del imputado, medios de coerción, conducción forzada, detención, investigación; muerte 51 B II

In dubio pro reo 11 II, *15* C II, *D*; validez para los presupuestos procesales 15 D 3, 21 B III, 43 A 3; en el procedimiento de revisión 55 C II
Inasequibilidad de testigos 43 C II
Incomparecencia del acusado en el juicio oral *42 F*; en la instancia de apelación *52 F II*
Incomparecientes 60 A
Indemnización a la víctima 58 B; 63 C
Indemnización, del imputado *58* A; de la víctima 58 B; en caso de condenación ilegal 55 C III, *58 A I*; en caso de otras medidas de persecución penal 58 A II; del perito 27 C II; del ofendido *63 A*, C; del testigo 26 D 3
Independencia judicial 2 A II, B; en el mandato penal 66 B II
indicium rescissorium 55 C III
Información al imputado 25 III 1; al testigo 26 B II; sobre los recursos 47 A III; consecuencias jurídicas de su inobservancia 24 D III
Información del Registro Central 56 C I
Información ilimitada 56 C I
Información sobre la interposición de recursos 47 A III
Informante 10 B II, *43 C II, 44 B III, IV*
Informes de la prensa 18 C
Infracción de las reglas del proceso 15 D
Inhabilitación para ejercer la profesión, provisional *36* A I, D, 64 A, B II
Inhibición general sobre el patrimonio para asegurar la ejecución 34 D II, III, 56 B III; para la comparecencia 60 B II; en los delitos contra la seguridad del Estado 65 B
Inmunidad 21 B III
Inquisición 2 A II, 67 C
Insignificancia 14 B II
Inspección ocular 28 A, realización antes del juicio oral 41 D, colaboradores 27 A II
Instancia de persecución penal o de parte 12 B II, 37 A III
Instancias 7 A III
Instrucciones 14 B II
Intangibilidad del hecho 21 B II
Integración de los tribunales penales, v. cuadro en 7, 7 B; errores en la 53 E II
Intento de conciliación 61 F I
Interceptación y secuestro de correspondencia 34 C IV
Interlocutorio de culpabilidad 2 A II, 42 G II; informal 42 G II
Interlocutorio sobre el hecho 2 A II, 42 G II
Internación para observación 33 A I
Internación provisional 36 B
Internación provisional 36 B
Interpelación a partir de las actas 44 B I
Interposición de recursos 22 B II, 51 B IV; del acusador adhesivo 62 B II
Interpretación de los actos procesales 22 A II
Intérprete 18 B I, *22 B II*
Interrogatorio alternativo 17 C
Interrogatorio consular 44 B II
Interrogatorio cruzado, en el Derecho vigente 17 C, 42 D III; en el proceso penal inglés 17 C, 73 A III
Interrogatorio informativo 25 III
Interrogatorio por ardid 24 D III, 25 III, *IV*
Interrogatorio, del acusado 25 III; del testigo 26 C I
Interrupción del juicio oral 42 C;
Intervención en los derechos fundamentales v. medidas de coerción
Intervinientes accesorios 51 B II
Intervinientes por el decomiso, interesados en el decomiso 51 B II, 65 A
Investigación, introducción *37 A*; desarrollo 37 C; conclusión 38; constancia de cierre 37 C III; encubierta 10 B II
Investigaciones previas 37 B I
iudex a quo 51 B IV, 53 F I, 54 B III
iudex ad quem 54 B III
iudicium rescindens 55 C II

J

Jueces adicionales 42 E I
Juez de la investigación 10 C
Juez establecido por la ley 7 A IV; 14 A II
Juez honorario 2 B, *7 B I*
Juez lego 2 B, *7 B I*
Juez penal 7 A III, B II, cuadro en 7
Juez profesional 7 B I
Juez que ordenó la detención 30 B III

Juez unipersonal 7 A III, B II, cuadro en 7
Juez, comisionado 41 D; ciego 44 B VI; requerido 41 D; establecido por la ley 7 *A IV*; que se queda dormido 44 B V; v. también excusación y recusación
Juicio oral 5 B III, D, 42; desarrollo 5 B III, D, 42 B; fuera del distrito judicial 41 D; dirección 42 D; preparación *41*; en ausencia del acusado 42 F II, 60; en la instancia de apelación 5 B IV, 52 E II; en la instancia de casación 5 B V, 53 H; planes de reforma *42 G*; cesura 42 G II
Juicio por jurados, inglés 73 A I; francés 70 B, 73 B I, II
Juicio rápido 59 A
Juicios de Dios 67 A
Jurados 7 B I
Juramento anterior 26 C II
Juramento del perito 27 C II; del testigo 26 C II
Juramento depurador 67 A
Juramento parcial 26 B III
Juramento posterior 26 C II
Jurisdicción penal internacional 6 IV
Jurisdicción penal, extensión de la jurisd. penal alemana *6*; sobre las fuerzas de choque de la OTAN 6 I; internacional 6 IV
Jurisdicciones 8
Justicia de gabinete 69 B
Justificación 22 B V, 24 A

K

KREITTMAYR 69 B

L

Lectura de actas en el juicio oral 44 B I
Lectura de la acusación o de la hipótesis acusatoria 5 B III, 42 B II; de la declaración anterior de un testigo con derecho a abstenerse de declarar 44 B III; de actas en el juicio oral *44 B I*; manifestaciones escritas 44 B I
Lenguaje judicial 22 B II
Lesión de la ley en el derecho de casación 53 D
Ley de unificación 72 A
Ley G 10 34 C IV
Ley Höfle 71 B II
Ley para la lucha contra el crimen (VBG) 14 B II, 34 C IV, 56 D, 59 B II, comentario previo a 61, 63 C II, 66 B III, *72 E VII*
Liberalismo 2 A II, B, 70 C
Libertad provisional 30 E
Libre valoración de la prueba 11, *15 C*
Licenciado en Derecho como defensor 19 C 3
Limitación de la cosa juzgada en caso de consecuencias ulteriores del hecho 50 B II
Limitaciones al registro 35 A IV
Lineamientos para el procedimiento penal y para el procedimiento para la aplicación de una enmienda 3 D; para las relaciones con el extranjero 3 D
Lista de disposiciones legales 47 B VI, 48 II
Litispendencia 38 D I

M

Mandato de lealtad v. *fair trial*
Mandato penal *66*; objeción 66 B III; cosa juzgada 66 B IV
Manifestación de adhesión del acusador adhesivo 62 D I
Máxima de concentración 16 C, 42 C I
Máximas de la instrucción 11 I, 15 A
Máximas de la investigación 11 I, 15 A
Medición de la pena por el tribunal de casación 53 J III
Medidas de coerción 29; competencia 29 C; otras medidas para aseguramiento de la persecución penal 30 A III; durante la detención 31 A III; protección jurídica 29 D, 33 A III
Medidas de corrección 26 B IV, 27 C II
Medidas de identificación 33 A III
Medidas de persecución penal excesivas 58 A II
Medidas de seguridad y corrección 47 B IV; v. también procedimiento de seguridad
Medios de impugnación 51 A; en la ejecución de la pena 56 B IV
Medios de prueba, legales 24; presentes 43 C I; materiales *28*
Medios técnicos 10 B II

Medios y proceso penal 9 III; 18 C
Mega-procesos penales 16 C
Métodos de interrogación inadmisibles 25 IV
Modificación de la calificación jurídica, deber de advertirlo 42 D IV
Montesquieu 70 B
Motivación de la sentencia 48 III
Motivación de la sentencia penal 48 III
Motivos absolutos de casación v. casación
Motivos de casación, absolutos y relativos 53 E
Motivos de detención 30 B II
Muerte del acusado 21 B III; después del pronunciamiento de la sentencia 55 A II

N

Nacionalsocialismo 71 C
Narcoanálisis 25 IV 2
Ne bis in idem 50 B I
Necesidad de prueba 24 C
Negación del imputado 25 III
No sentencias 50 C I
Norma de juramento 26 C II
Notificación 21 B III; 22 B V, 23 B III
Notificación de las decisiones judiciales 23 B III
Nulidad de la sentencia 50 C II

O

Objeción al servicio civil 50 B II
Objeción contra el mandato penal 66 B III
Objeto procesal *20*, 38 E V, 46 B, 50 B II
Obligación de decir verdad del imputado 25 III 2; del defensor 19 A II, E I; del testigo 26 B II, C II
Obligación de declarar del testigo 26 B II
Obligación de denuncia de la comunidad, del juez 37 A II; de los funcionarios encargados de la persecución ante conocimiento privados 37 A I
Obligación de estar presente del acusado en el juicio oral *42 F*; de los jueces en el juicio oral 42 E I; del fiscal 42 E III; del actuario 42 E II; del defensor 42 E IV
Obligación de fundamentar las decisiones judiciales 23 B II
Obligación de perseguir 14
Obligación de protocolizar 42 E II
Obligación judicial de esclarecimiento 43 A, 44 B IV
Obligatoriedad de la acción v. principio de legalidad
Observación 10 B II
Observaciones de carácter oficial 43 C II, 44 B II
Obstrucción de la administración de justicia penal 9 III
Ofendido 9 I, 12 I, 34 D I, 39, 45 B II, comentario previo a 61, 61 E, 62 A, C, *63*, 72 EV; facultades 63 B; indemnización 63 A, C
Oficina Criminal Federal 10 B IV
Oficina federal para la protección de la Constitución 10 B I
OLGBay, v. cuadro en 7
Orden de aprehensión 32
Orden de búsqueda 32
Orden de comparecencia del acusado 42 F III
Orden de detención o de prisión *30 B III*; revocación 30 F
Orden de internación 36 B II
Ordenanza para la ejecución de la pena 3 D 2, 56 A II
Organización de los tribunales penales, v. cuadro en 7
Organización judicial 6; inglesa 73 A I

P

Parcialidad, temor de 9 II 1, v. también recusación
Parte dispositiva de la sentencia 47 B
Peinliche Gerichtsordnung 12 A III, 69
Peligro de entorpecimiento 30 B II
Peligro de fuga 30 B II
Peligro de reiteración 30 B II
Pena de sospecha 69 B
Pena disciplinaria, relaciones con la pena criminal 50 B I
Pérdida de la paz 67 A
Peritos 27; recusación, exclusión 27 B IV; concepto 27 A; posición jurídica 27 C
Permiso para declarar 18 B I; 26 B II
Persecución penal 12 B
Planificación del reparto de trabajo 7 A IV; 41 C; 53 D I

Planteo de recusación 9 II 4
Plazo 22 B V; de la interposición de recursos 51 B IV, 52 C I, 53 F I; de la fundamentación del recurso de casación 53 F I; de la queja inmediata 54 D I; para depositar la sentencia 48 I; v. también plazo de citación y plazo de inactividad
Plazo de citación 41 A
Plazo de inactividad 41 A
Plazos de los recursos 51 B IV
Poder de policía de la audiencia 19 D, 42 D I, 42 F III; v. también falta de decoro
Policía *10 B*; utilización de armas de fuego 31 A III; protección jurídica v. impugnabilidad
Polígrafo 25 IV
Posglosadores 68 II
Precepto de orden 53 E I
Preceso penal inglés 17 B 2, *73 A*
Precio de la paz 67 A
Preclusión de la instancia 41 C
Prejuzgamiento a través de los medios *9 III;* 18 C
Prensa, información y derechos personalísimos 18 C; secuestro 34 C II, IV; prohibición de publicar 18 C, derecho a abstenerse de declarar testimonialmente 26 B II
Preparación del juicio oral 41
Prescripción 21 B II, 46 C III
Presidente 7 B II, 42 D I
Prestación de una caución para la suspensión de la prisión preventiva 30 E II; para las costas de la pena y del procedimiento cuando se trata de extranjeros 30 A III; en lugar de detención 31 A I
Presunción de inocencia 11 II
Presunción de verdad 43 C II
Presunciones de culpabilidad 15 D 3
Presupuestos procesales *21*, 38 D III, E V; votación 46 C III; in la instancia de casación 21 C, 53 J I, K; constatación de los 21 C
Pretensión punitiva 1 D I
Primera intervención 10 B II
Principio acusatorio *I I I I*, *13*, 70 B
Principio de celeridad 16 CX, 42 C I
Principio de formalidad del procedimiento penal 1 B
Principio de inmediación10 A III, *44 A II*
Principio de inmutabilidad 14 B III
Principio de investigación 11 I, 15 A
Principio de la igualdad de armas 11 V
Principio de la verdad formal 15 A
Principio de legalidad 10 A III, *14*
Principio de oficialidad 11 II, IV, *12*; historia 12 A; limitaciones 12 B II
Principio de oportunidad 10 A III, 14 A, *14 B II*; v. también sobreseimiento
Principio de oralidad 16 A, *44 A I*, B
Principio de proporcionalidad 2 A III, B; 18 C; en la internación para observación 33 A I; en caso de registro 33 B II; en la detención 31 A II; en la ejecución de la prisión 30 D II; en el secuestro a la prensa 34 C II; en la prisión preventiva 16 C, 30 A III, B II, E I, IV, 30 F I; en la realización de un examen 33 A II; en las medidas de coerción 31 A II
Principio del Estado social 2 A II, B
Principio dispositivo 15 A
Principio inquisitivo 11 I, 15 A
Principio referente a los rastros 33 B I
Principio testifical en caso de exámenes 33 B I
Principios del procedimiento penal 11
Principios probatorios 15
Prisión de protección 71 C IV
Prisión intermedia 30 F I
Prisión intimidatoria 26 B IV, 27 C II
Prisión preventiva *30*, 72 B; suspensión 30 E; duración 30 F; continuación después de la sentencia 47 A III; en causas de acción privada 30 B II; suspensión 30 F III; presupuestos 30 B II
Privación del permiso para conducir, provisional 34 C III, 36 C
Procedimiento acelerado *59*, 66 B III
Procedimiento contumacial en la apelación 52 F II
Procedimiento de acusación, puro 17 B 2; con principio de investigación 17 C
Procedimiento de determinación de las costas 57 E
Procedimiento de internación 64
Procedimiento de investigación 5 B I, *37*

Procedimiento de partes 17 B 2
Procedimiento de seguridad *64*; concurso con el procedimiento de internación 64 A II
Procedimiento en ausencia 60
Procedimiento en casación 50 B IV
Procedimiento intermedio 40
Procedimiento objetivo v. procedimiento de decomiso
Procedimiento para asegurar la prueba 60 B
Procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública *39*; presupuestos 39 B I; jurisdiccional 39 B III
Procedimiento para compeler al testigo 26 B IV
Procedimiento por anexión 63 A
Procedimiento por decomiso, *65 A*, en caso de material pornográfico 34 C IV
Procedimiento preliminar 5 B I, *37*
Procedimiento principal 5 B III, D, *41*; en la instancia de apelación52 E II
Procedimiento, acelerado *59*; contra ausentes 60; contra incomparecientes 42 F I-III, 60 A 1; objetivo 65
Procesado 5 C, 40 A y B
Proceso acusatorio v. Proceso por acusación
Proceso de conocimiento 5
Proceso inquisitivo 13 A, 17 C, *69 B*
Proceso penal austríaco 73 (previo a A)
Proceso penal común comentario previo a 67, 69 B
Proceso penal francés 73 B
Proceso penal japonés 73 comentario previo a A
Proceso penal reformado, comentario previo a 67, 70 C II
Proceso penal, desarrollo *5*; historia *67 ff*; estructura *17*; fines *1 B*; inglés 17 B 2, *73 A*; francés *73 B*
Procurador General Federal 10 A I
Prohibición de anticipar prueba 43 C I
Prohibición de contacto 19 E V
Prohibición de declarar de funcionarios 26 B II
Prohibición de discriminación 11 V
Prohibiciones de ingreso 34 C IV
Prohibiciones de valoración probatoria *24 D III*; en caso de informaciones en el procedimiento concursal 25 III; en caso de manifestaciones en un procedimiento por delito fiscal 25 III; en caso de secuestro 34 C II; en caso de vigilancia telefónica 34 C IV
Prohibiciones probatorias *24 D* (aquí también prohibiciones de obtener y realizar pruebas, de métodos y medios de prueba, de tema probatorio y prohibiciones probatorias relativas); efectos ulteriores 24 D IV
Prometido 26 B II
Promoción de la acción 5 B I, 38 C II
Pronunciamiento 23 A II
Protección de testigos 26 *C I 3*, D
Protección jurídica frente a la fiscalía y a la policía 29 D; v., además, impugnación
Protocolos sobre rastros 19 E IV
Prueba de indicios 15 C II; 24 C I
Prueba de la voz para determinar la identidad 24 D III, 25 IV, 33 A III
Prueba documental 28 B
Prueba libre 21 C, 24 B, 40 B II, 53 H I
Prueba *prima facie* 15 C II
Prueba prima-facie 15 c II
Prueba rigurosa 24 B I, II
Publicidad 16 B, *45*; exclusión 45 B II; restricciones 45 B I; ampliaciones 45 C II; mediata 45 A; casación 45 C, 53 E II
Puesto de control 35 B I
Punción lumbar 33 A II

Q

Quebrantamiento de la cosa juzgada 50 B IV, 53 K, 55 A I
Queja 51 B I, *54;* simple o normal 54 B; inmediata 54 D; posterior 54 E
Queja contra la detención 30 G I
Queja inmediata 54 D

R

Radio, grabaciones en la sala del tribunal 45 A, C II; secuestro 34 C II; información y derechos personalísimos 18 C; derecho a abstenerse de declarar testimonialmente 26 B II
Raíces del Derecho procesal penal actual 67-72

Realización de la pena 56 A I
Reapertura del juicio oral 46 C I
Recepción 68
Recepción de la prueba, extensión *43*; por comisión 41 D
Reconocimiento 33 A III d
Reconocimiento de cadáveres 27 B I
Reconocimiento entre varias personas 33 A III
Reconocimiento fotográfico 33 A III
Reconvención 61 G
Rectificación de la acusación 50 B II
Rectificación de la sentencia 48 I, *51 A I*
Rectificación del fallo de culpabilidad *53 J III*
Recursos 51
Recusación del personal del tribunal 9; del juez 9 *II*, III; de la fiscalía *10 A III*
Red de búsqueda informática *10 B II*, 29 B, 31 B, 35 B I, 72 E V
Redada policial 35 B
Reenvío por el tribunal de apelación 52 F II; por el tribunal de la queja 54 C III; por el tribunal de casación 53 J II
Reforma del procedimiento penal alemán 72 D, E, F
Reforma del proceso penal 72 D, E, F
Reforma Eminger 71 B II
Reformatio in peius 47 B I, *51 B VI*
Reformatio in peius 51 B VI
Registro *35*; de oficinas de prensa 35 A IV; de personas 35 A II, 35 A V; del defensor 19 E V; examen de los papeles hallados en el registro 35 A IV
Registro Central 56 C I
Registro Central de Contravenciones en el Tránsito 56 C II
Registro Central Federal *56 C I*, D
Registro de procesos 3 A, *56 D*, 72 E VII
Registro domiciliario *35 A IV*; de oficinas de prensa 35 A IV
Registro en cintas magnetofónicas 49 VI
Registro en vídeo y transmisión en vídeo de las declaraciones de testigos 18 B I 2, 19 E III, 26 C I 2, *37 C II 2, 42 F II 3*, 44 B I d
Registro penal 56 CI
Reglas probatorias, legales 15 C I, 69 A II, 73 A III
Reinclusión de las partes separadas del hecho 14 B II
Remisión de las actuaciones 44 A III
Renuncia a recurrir por un determinado motivo 42 D II
Renuncia al recurso 51 B V; impugnación y retractación de la 51 B V
Reparación 3 A, comentario previo a 61, 62 A, 63 A I, C;
Reposición al estado anterior *22 B V*, 52 F II, 53 I *I 3*
Requerimiento de captura 32
Requerimiento de investigación de prueba 43 B I
Requerimiento de profundizar la investigación 53 E I
Requerimiento de prueba 43 B I; motivos de rechazo 43 C
Requerimiento eventual 22 B III, 43 D
Reserva de la ley 2 A II
Reserva de las actuaciones 44 B I
Restricciones al recurso de casación 53 E III
Resultados de la investigación 38 A
Retrasos del procedimiento 16 C
Revisión *55*; indemnización en caso de absolución *55 C III*; e *in dubio pro reo 55* C II; reforma 55 D
Revocación de autos de apertura 41 E
Revocación del defensor de oficio 19 C 5

S

Salvoconducto 60 B III
Salvoconducto 60 B III
Schwarzenberg, Freiherr von 69 A I
Secreto bancario 26 B II
Secuestro *34 C*, 66 B; como "otra medida para asegurar la persecución penal" 30 A III; prohibición probatoria 34 C II; objetos libres 34 C II; v. pornografías 34 C IV; v. envíos postales 34 C IV; v. producciones de la prensa 34 C II; para asegurar el procedimiento 34 A-C; para asegurar la ejecución 34 A, D
Sentencia *46*; depósito 48 I; estructura *48 II*; concepto y clases 46 A; fundamentación *48 III*; objeto 46 B; pro-

nunciamiento 45 B V, *47 A*; abreviada 48 III; formación de la *46 C*; del tribunal de apelación 52 F; del tribunal de casación 53 J II; publicación 48 comentario previo a I
Sentencia de mérito 46 A
Sentencia errónea 1 E, 37 D, 55 A I
Sentencia procesal 46 A
Separación de las etapas procesales 20 B III; 42 F II
Servicio federal de informaciones *34 C IV*, 56 D
Silencio del imputado 15 C II, 25 III 6
Simulacro de proceso 2 A II, 45 C II
Sistema composicional 12 A I
Sobreseimiento del procedimiento en el procedimiento preliminar 38 B; en el procedimiento intermedio 40 C II; entre el auto de apertura y el juicio oral 41 E; por sentencia 46 A, 47 B V; en la instancia de casación 53 J I; definitivo 40 C II, provisional 40 C II; por insignificancia 14 B II; cosa juzgada 14 B II, competencia 14 B II; v. también principio de oportunidad
Solicitud de una decisión judicial en el proceso para obligar a acusar 39 B III; como motivo de un mandato penal 66 B II; en la persecución penal 37 A III
"Solución pool" 45 A
Sometimiento a observación policial *10 B II*
Sospecha o sospecha sobre la comisión del hecho punible, vehemente, suficiente 30 B II, 38 E II, 40 C II; grados de 37 B
Spee, Friedrich von 70 A I
Subsanación de defectos procesales 42 D VI
Suicidio 42 F II, 52 F II
Sujetos procesales 17 A, 18 A
Suspensión condicional de la pena bajo con 47 A III
Suspensión del juicio oral 16 C, *42 C II*, 53 E I, 72 D I

T

Televisión, retransmisiones en la sala del tribunal 45 A, C II; información y derechos personalísimos 18 C; búsqueda 32 C
Tenor o parte dispositiva 47 B
Teoría del ámbito de derechos 24 D III 2, IV 1, 53 E I
Teoría del Derecho procesal penal 1 E
Teoría del proceso penal 1 E
Teoría del umbral 10 B II
Teoría general del Derecho procesal 1 D I
Término 22 B V
Testigo *26*; intercambiabilidad 43 C II; presentados 43 C I; clásico o hábil 15 C I, 69 A II; indirecto 44 B IV; identificación 41 C; testigo-perito 26 A II, 27 A II, III; de oídas 11 V, 44 B IV, 75 A III; información 26 B II; deberes *26 B*; derechos 26 D; incompatibilidad con otros roles procesales 26 A III; juramento 26 B III, C II; declaración 26 C I
Testigo de la corona 14 B II, 72 E V
Thing o Asamblea popular 67 A, B
Thomasius 70 A I
Tipos de casación 53 C, F II; caducidad 42 D II
Título 48 II
Tormento 2 A II, 67 C, 69 A II
Traslado contrario al Derecho internacional público 21 B III
Tratado de unión 3 A, 50 B IV
Tribunal de escabinos, integración, v. cuadro en 7, 7 B II; competencia 7 A III, v. cuadro en 7
Tribunal de jurados, integración v. cuadro en 7 B II; competencia 7 A III, v. cuadro en 7; historia en Alemania 7 B I, 71 A
Tribunal decisor 40 C I
Tribunal estadual, estructura 7 A III, cuadro en 7; integración cuadro en 7, 7 B II; competencia 7 A III, IV, cuadro en 7
Tribunal penal internacional 6 IV
Tribunal Superior Estadual, integración de las salas penales, cuadro en 7, 7 B II; competencia 7 A III, cuadro en 7
Tribunal, decisor 40 C I
Tribunales de excepción 50 C II

U

Última palabra 5 B III, *42 B III*, 53 E III

Uso de armas de fuego por particulares 31 A II; por la policía 31 A III; y poder de dirección de la fiscalía 10 B I
Utilización de agentes encubiertos 10 B II

V

Valoración de la prueba, libre 11, *15 C*
Víctima 58 B; 61 (consideraciones previas); 63 C; v. también ofendido
Vigilancia por vídeo 10 B II
Vigilancia telefónica 11 V, *34 C IV*; y *fair trial* 19 E IV; prohibición de valoración 34 C IV
Vigilancia y observación policial 10 B II
Vista de las actuaciones por el defensor 11 V, 19 E IV, 37 C III; por terceros 19 E IV; por el ofendido 63 B II; protección jurídica 29 D I
Vollbort 67 A
Votación en tribunales colegiados 46 C I
Votación por el dispositivo 46 C III
Votación por el resultado 46 C III