

Principios del proceso
penal europeo
Análisis de la Convención Europea
de Derechos Humanos

KAI AMBOS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL,
DERECHO COMPARADO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL
EN LA UNIVERSIDAD DE GEORG-AUGUST GÖTTINGEN
DIRECTOR DE DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL EXTRANJERO E INTERNACIONAL

TRADUCCIÓN DE

ANA BELTRÁN MONTOLIU

AYUDANTE DE INVESTIGACIÓN DEL ÁREA DE
DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD JAUME I, ESPAÑA

GUILLERMO ORCE

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

Principios del proceso penal europeo

Análisis de la Convención Europea
de Derechos Humanos

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

ISBN 958-616-928-6

- © KAI AMBOS, 2005
 - © ANA BELTRÁN MONTOLIU (trad.), 2005
 - © GUILLERMO ORCE (trad.), 2005
 - © UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005
- Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948
[www.librosuexternado.com]

Primera edición: mayo de 2005

2005/3600

Ilustración de portada: *El juramento de la fidelidad de los Sajones*, por PIETRO BENVENUTI, Galería de Arte Moderno (Florenia, Italia).

Composición, impresión y encuadernación: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestrosa

Secretario General
Hernando Parra Nieto

COLECCIÓN DE ESTUDIOS N.º 31

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
ABREVIATURAS	13
CAPÍTULO PRIMERO	
LINEAMIENTOS EUROPEOS PARA EL PROCESO PENAL (ALEMÁN).	
ANÁLISIS CON BASE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ENTRE EL PERÍODO 2000-2003	17
OBSERVACIÓN PRELIMINAR	17
I. DURACIÓN DEL PROCESO FUERA DE UN PLAZO RAZONABLE (ART. 6.º)	21
A. Consideraciones generales	21
B. Determinación y consecuencias de la dilación indebida	22
II. PROVOCACIÓN DEL DELITO (ART. 6.º)	32
III. DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN LOS PROCESOS FISCALES (ART. 6.º)	34
IV. PROBLEMAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL (ARTS. 5.º, 6.º Y 8.º)	37
A. Derecho a examinar los autos e igualdad de armas (art. 5.º, iv, en relación con el art. 6.º)	37
B. Duración de la prisión provisional (art. 5.º [1], § 121 StPO)	42
V. DERECHO DEL ACUSADO A INTERROGAR A LOS TESTIGOS	45
A MODO DE CONCLUSIÓN: TEDH Y DERECHO PENAL EUROPEO	51
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS PROCESALES	55
IGUALDAD DE ARMAS, PROCEDIMIENTO PRELIMINAR PARTICIPATIVO Y EL ARTÍCULO 6.º CEDH	55
INTRODUCCIÓN	55
I. RANGO DEL CEDH EN EL DERECHO INTERNO Y EFECTO VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	60
II. IGUALDAD DE ARMAS EN UN PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EUROPEO	67
A. Igualdad de armas en el sentido del Convenio	67

B. Los derechos del imputado enumerados en el párrafo 3.º artículo 6.º CEDH como emanación de la igualdad de armas	72
1. Sistemática del artículo 6.º CEDH	72
2. Párrafo 3.º (a) artículo 6.º CEDH	74
3. Párrafo 3.º (b) artículo 6.º CEDH	81
4. Párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH	82
5. Párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH	87
6. Párrafo 3.º (e) artículo 6.º CEDH	91
7. Consecuencias de la lesión del artículo 6.º CEDH, la llamada consideración integral	92
III. IGUALDAD DE ARMAS EN ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA	95
A. Igualdad de armas y procedimiento de investigación oficial inquisitiva	95
B. Igualdad de armas y participación en el procedimiento preliminar	103
1. Información al imputado	103
2. Derecho a presenciar los interrogatorios	107
3. Derecho a acceder al expediente	113
4. Consecuencias de la lesión de los derechos del imputado	118
5. Excurso: otras fricciones con el párrafo 3.º artículo 6.º CEDH no limitadas al procedimiento preliminar	119
PANORAMA: IGUALDAD DE ARMAS Y EUROPEIZACIÓN DEL PROCESO PENAL	122
ANEXO	
NORMAS DE MAYOR IMPORTANCIA	127
I. LEY TRIBUTARIA ("ABGABENORDNUNG"-AO)	127
II. CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, ROMA, 4 DE NOVIEMBRE 1950 (CEDH)	127
III. CÓDIGO PENAL ("STRAFGESETZBUCH"-StGB)	130
IV. LEY PROCESAL PENAL ALEMANA ("STRAFPROZESSORDNUNG"-StPO)	133

PRESENTACIÓN

El siguiente libro reúne dos estudios que originalmente fueron publicados en las revistas alemanas *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 2002, pp. 628 y ss., y 2003, pp. 14 y ss., y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) t. 115 (2003), pp. 583 y ss. Este último estudio corresponde a la versión ampliada de mi exposición en las Jornadas de los Catedráticos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de Alemania, Austria y Suiza de 2003 en Bayreuth, Alemania.

En primer lugar, agradezco a los traductores de los dos estudios, ANA BELTRÁN M. (España) y GUILLERMO ORCE (Argentina). Como reconocimiento de su trabajo aparecen en la carátula del libro. Vale la pena decir que la mención expresa de las personas que realizan las labores de traducción es una buena tradición de las series de la Universidad Externado de Colombia editadas por el Prof. EDUARDO MONTEALEGRE. Además, debo agradecimiento al Prof. Dr. FERNANDO HINESTROSA, Rector de la Universidad, y a ÁNGELA DE LA TORRE, asistente indispensable en el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, así como a la Editorial de la Universidad.

Al colega EDUARDO MONTEALEGRE debo agradecer la idea y la realización de esta (otra) publicación, que se entiende como complemento del libro *Constitución y sistema acusatorio*, editado por él y por quien escribe estas líneas. Creemos que el proceso penal latinoamericano en general y el colombiano en particular, requieren de una fundamentación constitucional y teórico procesal sólida,

que no sacrifique los derechos fundamentales reconocidos y elaborados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, a favor de una dudosa eficiencia. Los ciudadanos latinoamericanos merecen el respeto de sus derechos fundamentales, no menos que los ciudadanos europeos. Los derechos humanos son universales, con independencia de la nacionalidad, religión, etnia, etc. Justamente de allí viene la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que forma la base central de los estudios aquí presentados.

KAI AMBOS

Bogotá/Göttingen, marzo de 2005

ABREVIATURAS

Abs.	Absatz (apartado)
AE-EV	Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (Proyecto Alternativo de Reforma del procedimiento de investigación)
AG	Aktiengesellschaft (Sociedad Anónima)
AJP	<i>Austrian Journal of Public and International Law</i> (Revista Austria)
AK-StPO	<i>Alternativer Kommentar der Strafprozessordnung</i> (Comentario StPO Alemania)
AnwBl	<i>Anwaltsblatt</i> (Revista Alemania)
AO	Abgabenordnung (Ley Tributaria)
ap.	apartado
art., arts	artículo, artículos
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (Derecho Procesal Administrativo)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera)
BG suizo	Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal suizo)
BGBL.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial Federal alemán)
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts (decisiones del Tribunal Supremo Federal suizo)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHst	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BPI	Barreau Pénal International
BT	Bundestag (Parlamento alemán)
BV	Bundesverfassung (Constitución Federal suiza)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)

CDI	Comisión de Derecho Internacional de la ONU (citado también como ILC)
CE	Convención Europea
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CONV	Convention
CPI	Corte Penal Internacional
DAV	Deutscher Anwalt Verein (Asociación de Abogados Alemanes)
DDHH	Derechos Humanos
DÖV	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i> (Revista Alemania)
ECBA	European Criminal Bar Association (Colegio de Abogados Penal Europeo)
ECHR	European Convention on Human Rights (CEDH)
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica (citado también como U.S.)
EG	Europäische Gemeinschaft (Comunidad Europea)
EHRR	<i>European Human Rights Reports</i> (Revista europea)
EP-Bericht	Europäisches Parlament-Bericht (Informe PE)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (CEDH)
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EuGRZ	<i>Europäische Grundrechte-Zeitschrift</i> (Revista Alemania)
EuR	Europarecht (Derecho europeo)
FAZ	<i>Frankfurter Allgemeine Zeitung</i> (Periódico Alemania)
FS	Festschrift (libro homenaje)
fund.	fundado
GA	General Assembly (ONU) y <i>Goltdammer's Archiv für Strafrecht</i> (Revista Alemania)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
ICB	International Criminal Bar (Colegio de Abogados Penales ante la CPI Internacional)
ICTY	International Criminal Tribunal for the (prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of) Former Yugoslavia
IGH	Internationaler Gerichtshof (Corte Internacional de Justicia)
ILC	International Law Commission (citado también como CDI)
Int.Cr.L.Rev.	<i>International Criminal Law Review</i>
IntKommEMRK	<i>Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention</i> (Revista internacional)
intr. al párr.	Introducción al párr.

IPbpR	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)
JRP	<i>Journal für Rechtspolitik</i> (Revista Alemania)
JuS	<i>Juristische Schulung</i> (Revista Alemania)
JZ	<i>Juristen Zeitung</i> (Revista Alemania)
KK-StPO	<i>Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung</i> (Revista Alemania)
KOM	Kommission (Comisión de las Comunidades Europeas)
KritV	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i> (Revista Alemania)
LG	Landgericht (Tribunal del Land -estado-)
lic.	licenciado
LR	Löwe-Rosenberg (Revista Alemania)
Ls	Leitsatz (doctrina jurisprudencial)
MRK	Menschenrechtskonvention (Convención de Derechos Humanos)
Nds.	Niedersachsen (Land)
NJ	<i>Neue Justiz</i> (Revista Alemania)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (Revista Alemania)
n. m.	número/s marginal/es
NPD	Partido Neo-nacional socialista
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (Revista Alemania)
NStZ-RR	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungs-Report</i> (Revista Alemania)
num.	numeral
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i> (Revista Alemania)
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo)
ÖJZ	<i>Österreichische Juristen-Zeitung</i> (Revista Austria)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
ONU	Organización de Naciones Unidas (citado también como UN)
ÖriZ	<i>Österreichische Richterzeitung</i> (Revista Austria)
östAnwBl.	<i>Österreichisches Anwaltsblatt</i> (Revista Austria)
PE	Parlamento Europeo
PKK	Partido de los Trabajadores Kurdos
RPE	Rules of Procedure and Evidence (Reglas de procedimiento y prueba)
SK	Systematischer Kommentar (Comentario StGB Alemania)
Slg.	Sammlung (colección, antología)
StGB	Strafgesetzbuch (CP Alemania)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal Alemania)
StR	Strafrecht (derecho penal)

StraFO	<i>Strafverteidiger Forum</i> (Revista Alemania)
StrV	Gesetz über das Strafverfahren (Ley procesal penal Suiza)
StV	<i>Strafverteidiger</i> (Revista Alemania)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
ThürVerfGH	Thüringischer Verfassungs- Gerichtshof (Tribunal Constitucional de Thüringen)
u.a.	und andere (y otros)
UE	Union Europea
UN	United Nations (citado también como ONU)
ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i> (Revista Alemania)
Zeus	<i>Zeitschrift für europarechtliche Studien</i> (Revista Alemania)
ZfRV	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung</i> (Revista Austria)
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i> (Revista Alemania)
ZStrR	<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht</i> (Revista Suiza)
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (Revista Alemania)

CAPÍTULO PRIMERO

LINEAMIENTOS EUROPEOS PARA EL PROCESO PENAL (ALEMÁN)*
 ANÁLISIS CON BASE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
 EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÍODO 2000-2003¹

OBSERVACIÓN PRELIMINAR

El revuelo que ha rodeado la confirmación de la jurisprudencia alemana relativa a los tiradores del muro por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)² ha relegado a un segundo plano las sentencias sobre temas procesales-penales de los últimos tres años y medio (1.1.2000-1.8.2003), mucho más

* Versión actualizada de un trabajo originalmente publicado en la revista alemana *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (en adelante *NSrZ*) 2002, pp. 628 ss., y 2003, pp. 14 y ss. El autor agradece a la lic. ANA BELTRÁN MONTOLIÚ, ayudante de investigación del área de Derecho Procesal de la Universidad Jaume I la excelente traducción realizada. La traductora desea agradecer la ayuda que le prestaron, en primer lugar, LUCÍA MARTÍNEZ GARAY, del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, y en segundo lugar, su director de tesis JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaume I de Castellón. La traducción ha sido revisada y actualizada por el autor; la jurisprudencia, por RENE GRAFUNDER.

¹ Todas las sentencias del TEDH están disponibles en los idiomas de trabajo del tribunal (inglés y francés) en [www.echr.coe.int/hudoc.htm], incluidas aquellas que (todavía) no se han publicado en el *Boletín Oficial*. Respecto a aquellas sentencias sobre las que exista una traducción alemana, se citará expresamente en el presente artículo. Deseo agradecer al estudiante de derecho D. REN GRAFUNDER por su ayuda en la recopilación y utilización del material.

² TEDH, St. del 22 de marzo de 2001, n.º 37201/97 (K.-H. W./Alemania Federal); n.º 34044/96, 35532/97, 44801/98 (STRELETZ, KESSLER y KRENZ/Alemania Federal), en alemán en *Neue Justiz* (en adelante *NJ*), 2001, pp. 261 y ss. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (en adelante *EuGRZ*), 2001, pp. 210 y ss. Cfr. críticamente ARNOLD/KARSTEN/KREICKER, en *NJ* 2001, p. 561; RAU. *Neue Juristische Wochenschrift* (en adelante *njw*), 2001, p. 3008; AMBOS. *Kritische Vierteljahresschrift* (en adelante *KritV*) 2003, p. 31; de acuerdo con esta opinión WERLE, en *njw* 2001, p. 3001; ROELLECKE, en *njw* 2001, p. 3024; STARCK. *Juristenzeitung* (en adelante *JZ*), 2001, p. 1102.

importantes para la práctica. Éstas serán el objeto de estudio de este trabajo, que no tiene como intención ofrecer una visión general de toda la jurisprudencia del TEDH³, sino de recoger críticamente las sentencias especialmente relevantes para la jurisprudencia y práctica procesal alemanas desde el punto de vista de la discusión doctrinal alemana, y sobre todo, plantear la cuestión, importante para la práctica, de si de las sentencias comentadas se derivan directrices concretas para el derecho interno.

En este sentido, en primer lugar hay que aclarar que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) es *vinculante* para la República Federal de Alemania y asimismo lo es la interpretación que del mismo realice el TEDH tras su aprobación de conformidad con el artículo 59 de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental de Bonn) (en adelante GG) por el derecho interno⁴. Este compromiso internacional vincula con el rango de una ley ordinaria⁵ a todos los poderes estatales, especialmente también a la justicia alemana⁶. Con respecto a las consecuencias que pueden producirse ante una viola-

ción del Convenio, el TEDH sólo puede constatarla, y en el caso de que el derecho interno no sea suficiente para reparar el daño causado, puede reconocer una indemnización (art. 41 CEDH)⁷. Si se puede ver en esto una obligación a la restitución natural *ex post*, el artículo 46⁸ exige de las partes que se encuentran enfrentadas en un pleito (*inter partes*) que pongan fin a una situación ilegal persistente *ex nunc*⁹. Este efecto *inter partes* no excluye, por supuesto, que también tales sentencias, que no se han dictado contra la República Federal de Alemania¹⁰, desarrollen un efecto vinculante en el sentido de una competencia general de formular unos lineamientos generales para el proceso penal¹¹. Esto también ha sido reconocido implícitamente por el *Bundesgerichtshof*¹² (Tribunal Supremo Federal) (en adelante BGH). El reconocimiento de la llamada competencia del Tribunal, por el contrario, hace que haya de considerarse excesivamente limitado que el motivo de revisión del artículo 359, n.º 6 *Strafprozessordnung* (Ley Procesal Penal) (en adelante StPO) solamente tenga efecto en beneficio de aquel condenado que ha obtenido ante el TEDH la condena de Alemania¹³. En todo caso, el

³ Cfr. al respecto hasta 1999 inclusive: AMBOS/RUEGENBERG. *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report* (en adelante NSfZ-RR) 1998, p. 161; 1999, p. 193; 2000, p. 193. Para un análisis muy profundo y casi exhaustivo del TEDH en materia procesal cfr. ESSER. *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrechtsverfahrensrecht*, 2002; para aspectos particulares cfr. SIMON. *Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6.º Abs. 3 EMRK*, 1998; RZEPKA. *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, 2000; SCHLEIMINGER. *Konfrontation im Strafprozess*, 2001, esp. pp. 289 y ss.; KIESCHKE. *Die Praxis des EGMR und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht*, 2003.

⁴ *Bundesgesetzblatt* (Boletín Federal) (en adelante BGBl) 1952, II, 686.

⁵ El rango en el ordenamiento interno del tratado internacional depende del rango de la norma de aprobación (SCHWEITZER. *Staatsrecht III*, 7.ª ed., 2000, n. m. 447, 709). BGBl 1952, II, 686, habla en este sentido de "la fuerza de la ley". Cfr. también Bundesverwaltungsgericht (en adelante BVerwG). *Die Öffentliche Verwaltung* (en adelante DOV) 1998, p. 925: "El Convenio Europeo de Derechos Humanos adquiere el rango de una ley federal [...] Una interpretación contraria del convenio se presenta por consiguiente como una aplicación incorrecta del derecho federal".

⁶ Cfr. RENZIOWSKI, en JZ 1999, p. 611; con el mismo resultado, pero con argumentación equivocada I. ROXIN. StV 2001, p. 491. Cfr. también Tribunal Supremo, Österreich Oberster Gerichtshof (en adelante OGH) de Austria en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (en adelante ZfRV) 1999, 72.

⁷ La devolución de la propiedad sustraída ilegalmente ordenada por el Tribunal en PAPAMICHAPOULOS/Grecia, sentencia del TEDH del 24 de junio de 1993 (FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2.ª ed., 1996, art. 53 [46 nueva redacción], n. m. 4), es por lo tanto contraria a la Convención.

⁸ Los artículos que no lleven las siglas detrás corresponden al CEDH.

⁹ POLAKIEWICZ, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (en adelante ZaöRV) 1992, 149, 174; id. *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR*, 1993, pp. 63 y ss.; KILIAN. *Die Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR*, 1994, p. 203.

¹⁰ Referencias en DANNECKER, en *Festschrift* (Libro homenaje) (en adelante FS) del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal) (en adelante BGH) IV, 2000, pp. 339, 343 y ss.; en mayor profundidad POLAKIEWICZÜ. "Verpflichtung" (supra nota 9), pp. 279 y ss. (especialmente p. 354).

¹¹ SOMMER, en *Strafverteidiger Forum* (en adelante StraFo) 2000, 154; asimismo KÜHNE, en StV 2001, 73, 75.

¹² BGH NJW 2000, p. 1123 con referencia al TEDH, sentencia del 9 de junio de 1998, Informes (Reports) 1998-IV (TEIXEIRA DE CASTRO/Portugal), en alemán: EuGRZ 1999, pp. 660 y ss. = StV 1999, pp. 127 y ss. = NSfZ 1999, pp. 47 y ss.

¹³ Así para la opinión predominante cfr. por todos KK StPO-SCHMIDT, 5. Aufl. 2003, § 359 n. m. 40; críticamente WEIGEND, en StV 2000, p. 388.

tribunal no está autorizado para revocar¹⁴ actos soberanos de derecho interno, en particular las sentencias judiciales. Las consecuencias jurídicas de una violación del Convenio se rigen –con la excepción de la obligación de indemnización arriba mencionada de conformidad con el art. 41 CEDH– exclusivamente por el derecho interno¹⁵. El *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional) (en adelante BVerfG) admitió ya en el año 1985 esta falta de eficacia directa de la jurisprudencia sobre el CEDH¹⁶, pero igualmente reconoció que constituye una ayuda interpretativa para la fijación de los derechos y los principios fundamentales del Estado de derecho de la Ley Fundamental¹⁷, y las disposiciones contrarias al Convenio debían por ello ser interpretadas conforme al derecho internacional¹⁸. De hecho se concede primacía al CEDH incluso sobre la Ley

¹⁴ BVerwG DÖV 1998, 924, 925: "El TEDH sin embargo no puede revocar los actos de soberanía de los Estados Miembros. Sus sentencias solamente tienen un efecto declarativo pero no casacional". Cfr. en este aspecto también RESS. *Entrevista en el Frankfurter Allgemeine Zeitung* (en adelante FAZ) del 9 de julio de 2002.

¹⁵ BVerwG DÖV 1998, p. 925; FROWEIN/PEUKERT (supra nota 7), art. 53 [46 nueva redacción], n. m. 3; KÜHL. *Zeitung für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (en adelante ZStW) 100 (1988), p. 424.

¹⁶ BVerfG EuGRZ 1985, p. 654 (= NJW 1986, p. 1425): el CEDH parte de que corresponde al Estado afectado decidir qu consecuencias extrae de la constatación de una violación del convenio. Con ello no es preciso decidir si se debe poner fin a la (continuación de la) ejecución de una decisión judicial contraria al Convenio (654, con referencia a MARCKX. EuGRZ 1979, p. 454, par. 58). Si bien un Estado parte debe ante la violación del Convenio "efectuar hasta donde sea posible la reparación a través de la restitución natural", según el artículo 53 [46 nueva redacción], según el artículo 50 [41 nueva redacción] tiene en cuenta la posibilidad de que las leyes de derecho interno del Estado parte no permitan una "reparación completa" de la contravención del derecho internacional que se ha producido, de modo que los Estados partes puedan dejar subsistentes –en atención a la institución de la cosa juzgada– decisiones firmes contrarias al Convenio. El Convenio permite por lo tanto, en lugar de restitución, también otras formas de reparación (655). En este sentido cfr. BVerwG DÖV 1998, p. 925; Niedersachsicher Disziplinarhof en *Neue Verwaltung-Zeitschrift* (en adelante NVwZ) 1998, p. 1106.

¹⁷ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, Colección Oficial) (en adelante BVerfGE) 74, 358 (p. 370); 83, 119 (p. 128); recientemente NJW 2001, 2245 (p. 2246 columna derecha).

¹⁸ BVerfGE 58, 1 (p. 34); 59, 63 (p. 89); 63, 1 (p. 20). Al respecto también KRAUß, *V-Leute im Strafprozeß und die EMRK*, 1999, pp. 51 ss. GUSY, StV 2002, p. 153.

Fundamental, cuando los derechos reconocidos en el mismo tienen un alcance mayor que los derechos fundamentales¹⁹.

I. DURACIÓN DEL PROCESO FUERA DE UN PLAZO RAZONABLE (ART. 6.º)

A. Consideraciones generales

La mayoría del creciente número de procesos ante el TEDH²⁰ se presentan por haberse violado el derecho a un proceso en un plazo razonable^{20a}. Esta avalancha de procesos ha originado que el tribunal modifique²¹ su jurisprudencia sobre la relación de los artículos 6.º y 13. Mientras que el primero se refiere, entre otras cosas, al derecho a un proceso en un plazo razonable, el artículo 13 garantiza el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Según la jurisprudencia recaída hasta este momento, el artículo 6.º se ha considerado como *lex specialis*, que protegería completamente todas las garantías procesales y por lo tanto sería²² más riguroso que el artículo 13. Pues bien, el TEDH sostiene ahora la opinión de que el artículo 13 también sería aplicable cuando el recurrente reclame una violación del artículo 6.º (1) por dilación indebida. Con ello se pretende obtener que los Estados miembros instauren –en la medida en que aún no los haya²³– re-

¹⁹ SCHWEITZER (supra nota 5), n. m. 710; DÖRR. *Juristische Schulung* (en adelante JuS) 2000, p. 287.

²⁰ Registrar of the ECHR (Secretaría del TEDH). *Survey of activities* (Informe de actividades), 2000: de las 695 sentencias del año 2000, 521 se referían exclusivamente o junto con otras cuestiones a la duración del proceso (las cifras actuales no están disponibles).

^{20a} Cfr. al respecto el trabajo recién publicado de DANIEL PASTOR. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, 2002.

²¹ TEDH, sentencia del 26 de octubre de 2000, n.º 30210/96 (KUDLA/Polonia), par. 156, alemán en NJW 2001, p. 2694; cfr. TEDH, sentencia del 31 de julio de 2003, n.º 50389/99 (DORAN/Irlanda), par. 59.

²² Cfr. por ejemplo TEDH, sentencia del 23 de septiembre de 1982, Series A-52 (SPORRONG y LÉNROTH/Suecia), par. 88; sentencia del 19 de diciembre de 1989, Series A-168 (KAMASINSKI/Austria), par. 110; St. de 19 de diciembre de 1997, Informes (Reports) 1997-VIII (BRUALLA GÓMEZ DE LA TORRE/España), par. 4.

²³ Sobre la situación en Alemania y en otros Estados miembros cfr. MEYER-LADEWIG, en NJW 2001, p. 2679.

curso efectivos contra las dilaciones indebidas, y con ello limitar²⁴ la mencionada avalancha de procesos en este ámbito. Cuando los Estados miembros instauren los recursos exigidos, los correspondientes procesos ante el TEDH ya no serán necesarios y –debido al agotamiento necesario de los recursos internos, de conformidad con el art. 35 (1)– tampoco serán ya posibles.

B. Determinación y consecuencias de la dilación indebida

1. En el caso GAST y POPP²⁵ los recurrentes denunciaron una violación del artículo 6.º (1) por dilación indebida ante el BVerfG (2 años y 10 meses, y 2 años y 9 meses, respectivamente).

Los recurrentes habían sido espías, como ciudadanos de la República Federal Alemana, antes de la reunificación, en el territorio de la misma, y trabajaban para la seguridad estatal de la República Democrática Alemana. Fueron condenados conforme al § 99, I 1, y § 99, I 1, II, *Strafgesetzbuch* (Código Penal) (en adelante StGB), a penas privativas de libertad de 6 años y 9 meses y 6 años, respectivamente. Los recursos de apelación y casación fueron desestimados. El BVerfG, no admitió el recurso constitucional conforme al § 93 a, 93 b de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (Ley del Tribunal Constitucional) (en adelante BVerfGG) porque un impedimento de enjuiciamiento, reconocido por el mismo tribunal sobre la base del principio de proporcionalidad en relación al espionaje antes de la reunificación²⁶, solo tenía validez para los ciudadanos de la República Democrática Alemana pero no para los ciudadanos de la República Federal Alemana. Esta postura resulta con-

²⁴ KUDLA (supra nota 21), par. 148 y 155, con referencia al gran número de procesos contra Italia; en este sentido cfr. la opinión crítica parcialmente contraria del juez CASADEVALL, Tz 5.

²⁵ TEDH, sentencia del 25 de febrero de 2000, Informes (*Reports*) 2000-II.

²⁶ BVerfGE 92, 277 (pp. 325 y ss., pp. 330 y ss.); opiniones disidentes KLEIN, KIRCHOF y WINTER, ibid., pp. 341 y ss.

vincente en la medida en que sólo los ciudadanos de la República Democrática Alemana podían considerar en el momento de los hechos a la República Federal como un Estado extranjero, y en consecuencia que espiar contra el mismo no comportaba pena alguna, y por ello podían alegar falta de conciencia de la antijuridicidad.

El tribunal constató, en primer lugar, que los procesos ante tribunales constitucionales entraban dentro del ámbito de protección del artículo 6.º (1) cuando se referían, como *in casu*, directamente a la acusación penal y, por lo tanto, suponían una parte más del proceso penal²⁷. Según jurisprudencia consolidada²⁸, la compatibilidad de la duración del proceso con el CEDH se ha de enjuiciar en función de la complejidad del caso, así como del comportamiento del recurrente (acusado) y de las autoridades estatales competentes²⁹. La crónica sobrecarga de trabajo de un tribunal –que desde finales de los años sesenta sufre el Tribunal Constitucional– no puede justificar³⁰ una dilación indebida. Pero *in concreto* habría estado justificado que el Tribunal Constitucional hubiese esperado a dictar las sentencias sobre espionaje³¹ y que hubiera concedido preferencia a otros procesos de especial significado político³². La ejecución de la pena, ya comenzada, no perjudicó al recurrente hasta el extremo de que el Tribunal se hubiese debido ver obligado a tratar el proceso como especialmente urgente³³. Considerando todas las circunstancias del caso, la demora no se presentaba como algo “tan esencial” como para estimar una ex-

²⁷ GAST y POPP (supra nota 25), par. 62 y ss. Cfr. fundamento TEDH, sentencia del 16 de septiembre de 1996, *Reports* (Informes) 1996-IV (SÜSSMANN/Alemania Federal), par. 39.

²⁸ SÜSSMANN (supra nota 27), par. 48; TEDH, St del 1.º de julio de 1997, *Reports* (Informes) 97-IV (PAMMEL y PROBSTMEIER/Alemania Federal), pars. 60 y 55 respectivamente.

²⁹ GAST y POPP (supra nota 25), par. 70.

³⁰ Ibid., par. 78.

³¹ Supra nota 26.

³² GAST y POPP (supra nota 25), pars. 76 y 79.

³³ Ibid., par. 80.

tralimitación del plazo para un proceso en el sentido del artículo 6.º (1)³⁴.

2. En el asunto MEZGER³⁵ se impuso la primera condena a Alemania por dilaciones indebidas en el proceso penal desde 1982³⁶.

El BGH³⁷ condenó con reserva de pena en última instancia al recurrente (§ 59 StGB) por eliminar desechos perjudiciales para la salud, de conformidad con el § 326 I, 3 StGB. Un matadero municipal que vertía basura al alcantarillado se encontraba bajo la dependencia del ayuntamiento, el cual presidía el recurrente como alcalde. Se le reprochó durante mucho tiempo que no hubiera tomado ninguna medida para detener la contaminación ambiental y que, a pesar de los reproches y del proceso en curso, interviniera en una decisión del ayuntamiento por la que se reabrió el matadero, después de un breve tiempo de cierre. Desde que el recurrente se enteró de que había comenzado un proceso penal contra él hasta la sentencia del Tribunal Constitucional *pasaron algo más de 9 años*. El *Landgericht* (Tribunal del Land) (en adelante LG) ya había atenuado considerablemente la pena, justificando la misma por la dilación indebida. Pero se desestimó la petición de sobreseimiento del proceso por violación del artículo 6.º (1). El BGH señaló, en este sentido, que el espacio de tiempo transcurrido entre el delito y la sentencia recurrida (casi 8 años) en comparación con casos similares había sido bastante menor y por eso la demora ya se había compensado suficientemente al imponer una pena baja³⁸.

³⁴ GAST y POPP (supra nota 25), par. 81.

³⁵ TEDH, sentencia del 31 de mayo de 2001, n.º 37591/97 (METZGER/Alemania Federal), en alemán: StV 2001, p. 489, con comentario de I. ROXIN (que asumió la defensa de METZGER).

³⁶ TEDH, sentencia del 15 de julio de 1982, Series A-51 (ECKLE/Alemania Federal), en alemán: EuGRZ 1983, p. 371.

³⁷ BGH NSiZ 1997, p. 189.

³⁸ BGH, NSiZ 1997, p. 189, en KUSCH, en NSiZ 1997, p. 380.

El Tribunal recordó su jurisprudencia³⁹ consolidada, según la cual los Estados miembros están obligados a organizar sus sistemas de justicia de tal manera que los tribunales de instancia puedan concluir⁴⁰ los procesos dentro de un plazo razonable. Con ello el artículo 6.º (1) contiene no solo garantías de los derechos individuales sino también la pretensión dirigida a los Estados miembros de proveer a los tribunales de los medios materiales y personales suficientes para que puedan llevar a cabo los procesos (civiles y penales) dentro de un plazo razonable⁴¹. En el presente caso, se debían atribuir las dilaciones indebidas a las autoridades alemanas, si bien debiendo tener en cuenta que un proceso penal por un delito contra el medio ambiente había presentado cierta complejidad. El Tribunal⁴² considera dilación indebida especialmente grave el transcurso de 15 meses entre la terminación de las investigaciones policiales y la formulación de la acusación, así como la duración de 2 años y 3 meses hasta la rescisión de la sentencia por el BGH con fundamento en el vicio del procedimiento porque la sentencia del LG no se le hizo llegar dentro del plazo legalmente exigido. El TEDH reconoció como resultado una violación del artículo 6.º (1) y al recurrente le correspondió una indemnización (art. 41) por los daños inmateriales sufridos, que ascendieron a 10.000 marcos alemanes, y por las costas procesales, que ascendieron a 15.000 marcos alemanes (aprox. 7.500 €).

3. Cuando la duración del proceso se ha tenido en consideración para atenuar la pena, el TEDH niega como regla general un daño

³⁹ Por último TEDH, sentencia del 3 de octubre de 2002, n.º 51392/99 (GOCER/Países Bajos), par. 32.

⁴⁰ METZGER (supra nota 35), par. 42.

⁴¹ Cfr. también TEDH, sentencia del 27 de julio de 2000, n.º 33379/96 (KLEIN/Alemania Federal), en alemán: NJW 2001, p. 213 (con referencia al proceso civil); LANSNICKER/SCHWIRTZEK, en NJW 2001, p. 1970; igualmente ThürVerfGH NJW 2002, p. 2708. Sobre las disposiciones extranjeras relativas al requisito de que el proceso sea expedito correspondientes cfr. MEYER-LADEWIG, en NJW 2001, p. 2680.

⁴² METZGER (supra nota 35), par. 41, donde se observó además de los 6 meses de espera hasta la denegación de la apertura del juicio oral por el *Landgericht* (Tribunal del Land) (en adelante LG), 8 meses para la emisión de un dictamen.

concreto y con ello la aplicación del artículo 41⁴³. La misma sentencia del Tribunal resarciría el posible daño inmaterial⁴⁴. Así que cuando en METZGER, además de la constatación de la violación del artículo 6.º (1), se concedió también una indemnización, parece que el tribunal fue *in casu* de la opinión de que la violación del Convenio no podía quedar compensada sólo con la atenuación de la pena. Esto se deduce también, por cierto, del tenor literal del artículo 41 según el cual se presupone que el derecho interno permite "sólo una reparación insuficiente". Como ya hemos expuesto anteriormente (supra antes del 1), el Tribunal no puede adoptar medidas directamente contra las sentencias nacionales, sino como máximo reconocer una indemnización. Por este motivo, la sentencia en METZGER sugiere que sólo el sobreseimiento del proceso podría haber evitado una condena por violación del artículo 6.º (1)⁴⁵. Pero, ¿se deducen de esto otras consecuencias para la jurisprudencia alemana y para la jurisprudencia de otros países? Para contestar a esta pregunta se debe distinguir entre la determinación de la dilación indebida de un proceso y las posibles consecuencias jurídicas de la misma.

4. Con respecto a la *determinación* de la dilación indebida, el TEDH, como hemos expuesto⁴⁶, realiza un análisis referido al proceso o al asunto⁴⁷, mientras que el BGH realiza una valoración conjunta

⁴³ FROWEIN/PEUKERT (supra nota 7), art. 50 [41 nueva redacción], n. m. 50.

⁴⁴ Cfr. por ejemplo ECKLE (supra nota 36); mas recién TEDH, sentencia del 22 de julio de 2003, n.º 39647/98 y 40461/98 (EDWARDS y LEWIS/Reino Unido), par. 64.

⁴⁵ Así I. ROXIN (supra nota 35), StV 2001, p. 492.

⁴⁶ Cfr. supra nota 28 y ss. y el texto, así como METZGER (supra nota 35), par. 36. Por último TEDH, sentencia del 31 de julio de 2003, n.º 57249/00 (HERBOLZHEIMER/Alemania Federal), par. 45.

⁴⁷ Sobre la base de los citados criterios, el TEDH se plantea en concreto qué retrasos de las investigaciones nacionales o de las autoridades les son atribuibles. Las amplias posiciones de los solicitantes del proceso, el agotamiento de todos los recursos o similares, así como todo retraso procesal correspondiente al comportamiento del recurrente, no se pueden atribuir al Estado demandado. Los procesos penales económicos especialmente se clasificarán como extensos y difíciles debido a las investigaciones necesarias en el extranjero y a

en la que al lado de las dilaciones objetivas debidas a los órganos de investigación o de justicia también se tienen en consideración los perjuicios sufridos por el acusado en relación con la dilación, así como el contenido de la culpabilidad del hecho, es decir, criterios subjetivos⁴⁸. Por esto, se puede hablar⁴⁹ de un análisis adicional referido a las *personas o autores*. En relación con ello, ha sido la inclusión de la culpabilidad del acusado lo que más críticas ha recibido⁵⁰. No se comprende porqué debería repercutir la gravedad de los cargos y de la culpabilidad del acusado en la proporcionalidad de la duración del proceso, ya que los delitos más graves no son necesariamente más difíciles de aclarar. Además, el mismo CEDH no distingue entre autores de delitos de diferente gravedad, sino que reconoce a los derechos humanos un significado absoluto. Por último, la subjetivización conduciría a la indeterminación de los criterios y a una mera jurisprudencia basada en criterios de equidad. Efectivamente, es cierto que del artículo 6.º (1) y de su interpretación por el TEDH no se puede deducir ningún tipo de subjetivización en relación con la determinación de

la participación de un gran número de testigos y autoridades (FROWEIN/PEUKERT, supra nota 7, art. 6.º, n. m. 145).

⁴⁸ BGHSt 46, 160 = StV 2001, 89, pp. 92 y ss. (aquí citado) = JZ 2001, p. 1091 = StraFo 2001, p. 52. Ver por los criterios detalladamente I. ROXIN. *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 2000, pp. 87 y ss.; *ib.*, StraFo 2001, p. 52; OSTENDORF/RADKE, JZ 2001, p. 1094, con ulteriores referencias en notas 7 y ss. Recientemente BGH NSTZ-RR 2002, p. 219: no hay ninguna violación del artículo 6.º (1) cuando se trata solamente de "cierta inactividad en una etapa del proceso". También Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG = Tribunal Superior de Bavaria), StV 2003, 375 con comentario de I. ROXIN: el BayObLG no toma en cuenta la culpabilidad del acusado para determinar una violación del principio de celeridad.

⁴⁹ El BVerfG ciertamente subsana también la gravedad de la culpabilidad (NJW 1995, p. 1278), pero admite la prioridad de las dilaciones indebidas del proceso objetivas y con ello las cargas que llevan unidas para los acusados (BVerfG NJW 1984, p. 967; 1992, p. 2473; StV 1993, p. 353). En el resto se pueden señalar medidas para acelerar el proceso y fijar los correspondientes plazos (BVerfG NJW 2001, p. 214).

⁵⁰ OSTENDORF/RADKE, JZ 2001, p. 1094; KEMPF, en StV 2001, pp. 135 ss.; I. ROXIN. *Rechtsfolgen* (supra nota 48), pp. 109 y ss., 157 y ss.; *ib.*, en StV 2001, p. 491; *ib.*, en StraFo, 2001, p. 52; *ib.*, en StV 2003, 377 (378).

las dilaciones indebidas; por el contrario, la proporcionalidad de la duración del proceso está en función únicamente de la dificultad objetiva del asunto y de las dilaciones procesales imputables a las autoridades estatales que exceden de la medida necesaria. Si bien las autoridades encargadas de la persecución del delito y las judiciales disponen de un margen para el enjuiciamiento y la valoración, éste no es ilimitado, sino que debe adecuarse a un criterio objetivo *ex ante*⁵¹.

5. Sin embargo, no se derivan semejantes conclusiones de la jurisprudencia del TEDH con respecto a las *consecuencias* por dilaciones indebidas. Incluso aunque dedujéramos de la resolución METZGER la exigencia de un sobreseimiento en un caso extremo de dilación indebida (como entiende I. ROXIN⁵²), dicha resolución solamente despliega efectos *inter partes* (art. 46, 1) y el TEDH no es en absoluto competente para hacer indicaciones a los Estados miembros que vayan más allá de la decisión sobre el proceso que es objeto de discusión (cfr. *supra*, antes del 1). De hecho, el BGH ha favorecido a los defensores de la llamada "solución procesal" –reconocimiento de un impedimento procesal que tiene como consecuencia el sobreseimiento (§§ 206 a, 260 III StPO)⁵³–, en la medida en que en principio ha reconocido esa posibilidad⁵⁴: en casos aislados muy extraordinarios una violación del artículo 6.º (1) producida a través de una dilación indebida contraria al Estado de derecho podría dar lugar a un impedimento procesal que el juez habría de tener en cuenta y que el tribunal de casación debería considerar de oficio. Sin embar-

⁵¹ Cfr. RADKE, *Bestrafungshindernisse auf Grund des Zeitablaufs*, 2001, pp. 61 y ss.; OSTENDORF/RADKE, en JZ 2001, p. 1095; I. ROXIN, en *StraFo* 2001, p. 53.

⁵² *Supra* nota 45 y texto.

⁵³ HILLENKAMP, en NJW 1989, p. 2841; I. ROXIN, *Rechtsfolgen* (*supra* nota 48), p. 232; *id.*, en *StraFo* 2001, pp. 53 y ss.; *id.*, en StV 2001, p. 492; en este sentido también KEMPF, en StV 2001, p. 135, con referencias sobre el *Oberlandgericht* (Tribunal Superior del Land) (en adelante OLG) Jurisprudencia; con el mismo resultado también HAMM, en StV 2001, p. 83; en este sentido WEIGEND, en FS Lüderssen, 2002, p. 475.

⁵⁴ BGHSt 46, 159, p. 171 (ya citado *supra* nota 48).

go, el sobreseimiento no entraría en consideración en tanto sea posible tener en cuenta adecuadamente la violación en el marco de una decisión sobre el fondo tomada tras una valoración global.

Anteriormente el BGH siempre había defendido⁵⁵ la denominada "solución de la medición judicial de la pena", con posibilidades de atenuación de la pena y sobreseimiento (§§ 153 y ss. StPO), entendiendo por tanto la dilación indebida del proceso como una causa de atenuación de la pena⁵⁶. Asimismo se ha dispuesto por primera vez en 1987⁵⁷, con fundamento en las circunstancias especiales del caso⁵⁸, y en virtud de unas disposiciones⁵⁹ jurídico-constitucionales, la finalización del proceso debida a una "violación irreparable de la necesidad de que el proceso sea expedito"⁶⁰ con ayuda de la construcción de una prohibición de desestimación⁶¹, cambió en nada el rechazo a estimar un impedimento

⁵⁵ BGHSt 21, p. 81; 24, p. 239; 27, p. 274; en este sentido cfr. las contribuciones en comentarios elaborados por jueces: LR-RIESS, § 206a, n. m. 56; KK-TOLKSDORF, § 206a, n. m. 10. La jurisprudencia del BGH hasta el 2000 detalladamente en: KEMPF, en StV 2001, p. 134; OSTENDORF/RADKE, en JZ 2001, pp. 1095 y ss.; I. ROXIN, *Rechtsfolgen* (*supra* nota 48), pp. 91 y ss. En el año 1996 por ejemplo el BGH sobreseyó un proceso debido a una dilación indebida de conformidad con el § 153, 2.º párrafo *Strafprozessordnung* (Ley procesal penal) (en adelante StPO) debido a la culpabilidad limitada del acusado (BGH, decisión del 26 de junio de 1996, 3 StR 199/95).

⁵⁶ BGH, decisión de 20.1.1987 1 StR 687/86; decisión del 6 de septiembre de 1988 1 StR 473/88.

⁵⁷ BGHSt 35, p. 137.

⁵⁸ Las actas sobre el fundamento del recurso de casación del abogado defensor se enviaron al BGH tras casi 5 años. Las alegaciones de la casación llevaron a la devolución de los autos, con lo que no se pudo considerar una atenuación de la pena. La Fiscalía no dio su consentimiento para el sobreseimiento del proceso de conformidad con el § 153 StPO.

⁵⁹ El BVerfG decidió en una sentencia del año 1983 (NJW 1984, p. 967), que era posible una violación considerable de un precepto constitucional por dilación indebida y que ya no existía un reconocido interés en la persecución penal y por lo tanto la continuación del proceso ya no era aceptable. El impedimento procesal se deduce en estos casos del precepto constitucional. Cfr. asimismo BVerfG NJW 1992, p. 2472; 1993, p. 3254 y 1995, p. 1277.

⁶⁰ BGHSt 35, p. 142.

⁶¹ En el mismo sentido posteriormente BGH, decisión del 30 de septiembre de 1998 5 StR 239/98 = NSTZ-RR 1999, p. 272.

procesal, pues el BGH declaró expresamente ahí que la prohibición de desestimación "no equivalía necesariamente a la aceptación de un impedimento procesal general"⁶². El BGH ha justificado su opinión tradicional, entre otras razones, expresando que para constatar la existencia de dilaciones "no hay una disposición estándar ni uniforme"⁶³. La figura procesal penal del impedimento procesal es totalmente inadecuada para una compensación por su inflexibilidad. Solamente posibilitaría una resolución en el sentido de "todo o nada"⁶⁴.

En principio, con el reconocimiento de la solución del proceso disminuye el disenso entre el BGH y la mencionada doctrina —estos autores parten de la subsidiaridad del sobreseimiento⁶⁵—. Se reduce en el fondo a la cuestión de si la *culpabilidad* debería desempeñar un papel en la resolución sobre las consecuencias de una dilación indebida (en este sentido el BGH) o no (como defiende la citada doctrina ya con respecto a la *determinación* de la dilación indebida⁶⁶). Pero de la jurisprudencia del TEDH no puede deducirse ninguna orientación en este sentido; el Tribunal tampoco tiene ninguna ocasión para reflexionar sobre la presunta culpabilidad del recurrente, ya que no puede ejercer ninguna influencia directa (supra antes del 1) en los procesos nacionales. Tampoco convencer en el fondo los argumentos de quienes se oponen a la inclusión de la culpabilidad. El argumento alegado por KEMPF⁶⁷ de una violación del principio de presunción de ino-

⁶² BGHSt 35, p. 143. El Bayerisches Oberlandesgericht (en adelante BayObLG) StV 1989, p. 394, advirtió, sin embargo, que el BGH había elegido la única tercera posibilidad que quedaba para el sobreseimiento, porque el sobreseimiento debido a un impedimento procesal...". Para mayor profundidad cfr. asimismo I. ROXIN, *Rechtsfolgen* (supra nota 48), pp. 92 yss.

⁶³ BGHSt 21, p. 83.

⁶⁴ BGHSt 24, p. 241.

⁶⁵ I. ROXIN, *Rechtsfolgen* (supra nota 48), pp. 230 y ss. (p. 232, p. 250); *id.*, en *StraFo* 2001, p. 54; en este sentido KEMPF, en StV 2001, p. 135; OSTENDORF/RADKE, en JZ 2001, p. 1096.

⁶⁶ Supra nota 50 y texto.

⁶⁷ KEMPF, en StV 2001, p. 35; en el mismo sentido I. ROXIN, en StV 2001, p. 492.

cencia según el artículo 6.º (2) es erróneo, porque existen un gran número de situaciones procesales en las que determinadas resoluciones se hacen depender de consideraciones hipotéticas sobre la culpabilidad sobre la base de un resultado provisional de la investigación. Pensemos por ejemplo en el sobreseimiento como consecuencia del principio de oportunidad (cfr. §§ 153 I, 153 a I, StPO). En estos casos, se trata de un *examen hipotético de la culpabilidad*⁶⁸, no equiparable a una *determinación* de la culpabilidad anterior al juicio, que infringiría el artículo 6.º (2). También los otros argumentos contrarios ya mencionados⁶⁹ no se pronuncian en contra de la consideración de la culpabilidad en la resolución sobre las consecuencias jurídicas: mientras que la determinación de las dilaciones indebidas ha de efectuarse y, sobre todo puede hacerse según criterios objetivos (supra 4), en la resolución sobre las consecuencias jurídicas se trata de decidir si la infracción de la necesidad de que el proceso sea expedito todavía pueda compensarse en una decisión sobre el fondo —por la vía de una atenuación de la pena— o si deba acordarse un sobreseimiento. Aquí no se trata tanto, desde la perspectiva de los derechos individuales, de sancionar a las autoridades estatales por las dilaciones indebidas que les son imputables, sino de la cuestión de la pena *proporcionada a la culpabilidad*⁷⁰, en la cual habrá que tener en cuenta, naturalmente, los perjuicios adicionales causados por las dilaciones. Es algo que solo podrá decidirse caso por caso si en el caso particular la dilación indebida es tan grave como para que se tenga que renunciar a la ejecución del derecho de penar del Estado, mediante una consideración global. La renuncia a la pena entrará en consideración, más bien, cuando la (hipotética) culpabilidad sea pequeña⁷¹,

⁶⁸ Cfr. KEMPF, en StV 2001, p. 136, con referencia al BVerfG NSrZ 1990, p. 599.

⁶⁹ Supra nota 50 y texto.

⁷⁰ Asimismo OSTENDORF/RADKE, en JZ 2001, p. 1096.

⁷¹ En este sentido no surte efecto tampoco el argumento de I. ROXIN (StV 2001, p. 492), de que el BGH toma como referencia la culpabilidad, cuando esta es grave pero no cuando no

porque entonces son más tolerables las eventuales consecuencias negativas con respecto a la falta de efectos preventivos de la pena y con respecto a la víctima. En caso de (hipotética) culpabilidad grave, solo puede ser el sobreseimiento *ultima ratio*, cuando de lo contrario la violación del derecho fundamental del acusado sería aun mayor y ya no cabría esperar una pena proporcionada. En el fondo aquí se plantea la cuestión de los fines de la pena: ¿Por qué debería el sospechoso de un delito grave sustraerse a la pena proporcionada a la culpabilidad que se le ha impuesto judicialmente sólo por un comportamiento incorrecto del Estado, cuando la violación de sus derechos fundamentales se puede compensar con una atenuación de la pena? Esto solo se puede fundamentar cuando el comportamiento incorrecto estatal alcance tal dimensión que la culpabilidad haya de estimarse *a limine* tan reducida que, por falta de necesidad preventiva⁷² no se puede justificar⁷³ una pena. Por regla general así se da en los casos de los agentes provocadores que vamos a tratar a continuación.

II. PROVOCACIÓN DEL DELITO (ART. 6.º)

En el período al que se extiende este informe no recayó ninguna sentencia sobre provocación, pero la solución de la *medición judicial de la pena*⁷⁴, que también aquí sigue manteniendo el BGH –en

lo sea. La consideración de la culpabilidad del hecho implica siempre ambas perspectivas, cfr. por ejemplo, la decisión del BGH del 26 de junio de 1996 (supra nota 55 al final).

⁷² Acerca de las necesidades preventivas como presupuesto adicional –junto a la culpabilidad–, cfr. ROXIN. *Allgemeiner Teil*, t. I, 3.ª ed. 1997, § 19 I.

⁷³ Desde una perspectiva internacional ha de advertirse que cuando se produce una violación del artículo 6.º no solamente supone una intromisión en derechos individuales, sino que al mismo tiempo es también una violación de las obligaciones internacionales de Alemania como Estado miembro en el CEDH, lo cual vuelve a ser un argumento a favor del sobreseimiento (cfr. WEIGEND, en FS Lüderssen, 2002, p. 475, en el que se analizan las posibles consecuencias procesales penales en la sentencia LaGrand del IGH).

⁷⁴ Cfr. BGH NJW 2000, p. 1123 = NSTZ 2000, p. 269; BGH NJW 2001, p. 2981 = NSTZ 2001, p. 553; fund. BGHSt 32, pp. 345 y ss. Resumen de jurisprudencia KEMPF, en StV 1999, p. 129; KUDLICH, en JuS 2000, p. 953; KUTZNER, en StV 2002, pp. 277 y ss.

contra de la crítica de la doctrina⁷⁵ –hace que parezcan adecuadas algunas consideraciones. En su decisión fundamental del año 1998⁷⁶, el TEDH llegó a la conclusión de que el recurrente –que no tenía en principio intención de delinquir–, debido a la incitación del agente provocador, “*ab initio* y definitivamente no había tenido un juicio justo”⁷⁷. Al igual que en METZGER, el TEDH no sólo constató la violación del Convenio, sino que también concedió al recurrente una indemnización cuya cantidad ascendía aproximadamente a 975.000 marcos alemanes⁷⁸. Aunque el TEDH no puede⁷⁹ intervenir en el derecho probatorio interno, sí que puede deducirse de TEIXEIRA una prohibición de utilización de la prueba absoluta y completa con respecto a circunstancias del hecho relacionadas con la provocación del delito, cuando se dice que “el interés público [...] no podrá justificar la utilización de medios de prueba obtenidos como el resultado de una provocación de la Policía”⁸⁰. Se parte de la consideración de que el derecho a un juicio justo ocupa un lugar “tan sobresaliente” “que no puede ser sacrificado a consideraciones de conveniencia”⁸¹. Pero si se prohíbe la valoración procesal de los resultados obtenidos con violación del derecho a un juicio justo, entonces la solución de la medición

⁷⁵ Cfr. SOMMER, en NJW 1999, p. 48; KEMPF, en StV 1999, p. 128; KINZIG, en StV 1999, p. 288; ENDRIS/KINZIG, en NSTZ 2000, p. 271; KUDLICH, en JuS 2000, p. 951; SINNER/KREUZER, en StV 2000, p. 214; ESCHELBACH, en StV 2000, p. 390; ROXIN, en JZ 2000, p. 369; LÜDERSSEN, en ROXIN/WIDMAIER (eds.), FS BGH IV, 2000, p. 882; Dannecker, ibid., p. 339; WOLTER, ibid., p. 963. Crítico también el juez federal Maul en: Geiß e.o. (ed.), Festgabe BGH, 2000, p. 569; Ídem., en GEISLER (ed.), *Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren*, 2001, pp. 43 ss.

⁷⁶ TEIXEIRA (supra nota 12), aquí cit.: traducción al alemán en EuGRZ 1999, p. 660. Últimamente sobre la provocación al hecho, EDWARDS y LEWIS (supra nota 44), par. 49 ss.; TEDH, sentencia del 5 de noviembre de 2002, n.º 48539/99 (ALLAN/Reino Unido), par. 42 ss.

⁷⁷ TEIXEIRA (supra nota 12), par. 39: “right from the outset, the applicant was definitely deprived of a fair trial...”

⁷⁸ Íbid., par. 49.

⁷⁹ Íbid., par. 34 (autorización de los medios de prueba en asuntos de derecho estatal interno). Sobre las reservas del TEDH en general cfr., KÜHNE, en StV 2001, p. 77.

⁸⁰ TEIXEIRA (supra nota 12), par. 36: “El interés público no puede justificar la valoración de pruebas obtenidas como resultado de la incitación de un policía”.

⁸¹ Íbid., par. 36.

judicial de la pena no puede mantenerse, porque en ella se requiere dicha valoración para llegar a la consecución de una resolución sobre el fondo⁸². El BGH intenta evitar esta consecuencia con un argumento artificioso, y con ello degrada la infracción del artículo 6.º a un nuevo factor⁸³ de la medición judicial de la pena. También pasa por alto una problemática internacional ya mencionada⁸⁴: Si en la violación del artículo 6.º se contiene también una violación del derecho internacional, Alemania está obligada por el derecho internacional a conceder reparación (*restitutio in integrum*), y ésta solamente se puede lograr mediante la renuncia a los medios de prueba obtenidos ilícitamente por la vía de la prohibición de la utilización de la prueba⁸⁵. Por último, el BGH no tiene en cuenta la realidad y el abuso de la aplicación del agente provocador policial⁸⁶. Todo esto ha sido ampliamente discutido por la doctrina⁸⁷, por lo que no se precisa mayor explicación en este artículo.

III. DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN LOS PROCESOS FISCALES (ART. 6.º)

1. Si en los casos de delito provocado se inadmite una violación del derecho a guardar silencio (*nemo tenetur se ipsum accusare*)⁸⁸ porque

⁸² Acertado KEMPF. *StV* 1999, p. 130; con más reservas WEIGEND. *StV* 2001, p. 64.

⁸³ Acertadamente KUTZNER. *StV* 2002, p. 283; también crit. KÜHNE. *StV* 2001, p. 77. Sobre el examen diferenciado y matizado del BGH (*NSiZ* 2001, p. 553) en este sentido WEBER. *NSiZ* 2002, p. 50.

⁸⁴ Supra nota 73.

⁸⁵ Cfr. WEIGEND, en *FS Lüderssen*, 2002, p. 475.

⁸⁶ Cfr. profundamente KREUZER, en *FS Schreiber* (2003), p. 225, con ulteriores referencias.

⁸⁷ Cfr. junto a los autores ya mencionados supra, nota 74, últimamente KREUZER, en *FS Schreiber* (2003), pp. 225, 240 y ss., también con declaraciones sobre la exclusión de la pena en Estados Unidos con fundamento en la "entrapment-defence" (pp. 244 y ss.). Sobre la prohibición de la valoración de la prueba como consecuencia de una intervención de un derecho fundamental vid. recientemente AMELUNG/WIRTH, en *StV* 2002, p. 168; referente al archivo del proceso de prohibición del partido neo-nacionalista "NPD" cfr. HERZOG, en *StV* 2003, 410.

⁸⁸ Fundamental VERREL. *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, 2001; sobre la prohibi-

no se obliga⁸⁹ al acusado a ninguna participación en el esclarecimiento de los hechos, en el derecho fiscal tal participación activa en forma de deberes de información (obligación de revelación equiparable a la confesión)⁹⁰ está prevista legalmente (§ 90 I *Abgabenordnung*, en adelante AO), de modo que aquí el derecho a guardar silencio posee una importante función protectora. Así se confirmó⁹¹ por el TEDH en una causa fiscal contra Suiza recaída en el período de tiempo al que se refiere este informe. Las autoridades fiscales exigieron al recurrente reiteradamente la presentación de determinados documentos bajo amenaza de multa y, de hecho, le impusieron multas. El tribunal manifestó, en primer lugar, que también un proceso que pueda llevar a la imposición de una multa pecuniaria por fraude fiscal entra en el concepto —que ha de interpretarse de forma autónoma— de "acusación penal", en el sentido⁹² del artículo 6.º. El artículo 6.º contiene además, aunque no explícitamente, el derecho a guardar silencio. Esto exige especialmente que las "autoridades deben intentar probar sus afirmaciones sin recurrir a pruebas que se hayan obtenido mediante violencia o presión contra la voluntad de la persona acusada". Esto sirve para prevenir sentencias erróneas y garantizar el resultado que pretende⁹³ el artículo 6.º. Para ello se ha de distin-

ción de la autoincriminación en relación a los testigos ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional, cfr. Ambos, en *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), p. 155.

⁸⁹ Cfr. R. MÜLLER, en *EuGRZ* 2002, p. 556. Acerca de la utilización de vomitivos también obiter BVerfG (decisión del 15 de septiembre de 1999, 2 BvR 2360/95), explícitamente en suspenso pero tras el caso de muerte en Hamburgo (Comunicado de prensa 116/2001 del 13 de diciembre de 2001); críticos AMELUNG/WIRTH, en *StV* 2002, p. 167; BINDER/SEEMANN, en *NSiZ* 2002, p. 238.

⁹⁰ R. MÜLLER, en *EuGRZ* 2002, p. 553. Sobre tales obligaciones en otros ámbitos del Derecho comparado BÄRLEIN/PANANIS/REHMSMEIER. *NJW* 2002, p. 1826.

⁹¹ TEDH, St. del 3 de mayo de 2001, n.º 31827/96 (J.B./Suiza), en alemán: *NJW* 2002, p. 499 m. cit. SCHOHE. *NJW* 2002, p. 492.

⁹² J. B. (supra nota 91), pars. 44 y ss.; por último TEDH, St. del 23 de julio de 2002, n.º 34619/97 (JANOSEVIC/Suecia), pars. 65 y ss.

⁹³ J. B. (supra nota 91), pars. 63 y ss. (64). Sobre jurisprudencia anterior cfr. R. MÜLLER, en *EuGRZ* 2002, pp. 550 y ss.

guir entre el material probatorio, que existe independientemente del acusado, y aquel otro que solamente se puede conseguir mediante coacción contra su voluntad⁹⁴. *In casu* se ejerció sobre el recurrente presión ilegal, por la que alegó una violación del artículo 6. 1(1)⁹⁵.

2. Si el contribuyente puede con ello en todo caso alegar el derecho a guardar silencio en los procesos por fraude fiscal, se plantea la cuestión de la diferenciación con el proceso fiscal normal, pues también en estos la revelación de determinados datos –cubierta en principio por el interés público en una correcta determinación de los impuestos⁹⁶– puede conducir *exclusivamente* a una autoincriminación penalmente relevante⁹⁷. Es cierto que el tribunal advierte expresamente de que no se está tratando en el caso de si el Estado puede obligar a un deudor a dar información únicamente a los fines de realizar una determinación correcta de los impuestos, pero no delimita el proceso fiscal normal del proceso por fraude fiscal⁹⁸. Se diferencia del proceso fiscal normal pero no del proceso por fraude fiscal. Si, por tanto, el derecho a guardar silencio no se ve afectado *exclusivamente* en las revelaciones que se efectúan para permitir la correcta determinación fiscal, el contribuyente puede, por el contrario, alegar ese derecho cuando la información solicitada se vaya a utilizar en un proceso por fraude fiscal. El momento decisivo en este sentido es el principio de la sospecha, así como la adopción de medidas de persecución penal⁹⁹. A partir de ese momento, la valoración de la declaración del afectado constituiría una *desnaturalización* de esa declaración, frente a la cual está protegido por el derecho a guardar silencio y por la consiguiente *prohibición de la utilización de la prueba*¹⁰⁰.

⁹⁴ J. B. (supra nota 91), par. 68.

⁹⁵ *Ibid.*, pars. 65 y ss.

⁹⁶ Cfr. § 90 párr. 1 AO así como TIPKE/LANG-SEER. *Steuerrecht*, 17.ª ed. 2002, § 21 n. m. 172.

⁹⁷ J. B. (supra nota 91), par. 63.

⁹⁸ *Ibid.*, par. 70.

⁹⁹ Cfr. BÄRLEIN/PANANIS/REHMSMEIER, en *NJW* 2002, 1829, 1830.

¹⁰⁰ Cfr. R. MÜLLER, en *EuGRZ* 2002, p. 553, con la nota 80; en general, pp. 554 y ss.

El Tribunal Constitucional ya lo ha reconocido *en principio* en su sentencia relativa a la quiebra¹⁰¹. La gran importancia del principio *nemo tenetur* se deduce también por otra parte de su validez frente a sospechas de delitos muy graves como homicidio o terrorismo¹⁰².

IV. PROBLEMAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL (ARTS. 5.º, 6.º Y 8.º)

A. Derecho a examinar los autos e igualdad de armas (art. 5.º, IV, en relación con el art. 6.º)

1. En el período estudiado recayeron, en los casos LIETZOV, SCHÉPS y GARCIA ALVA¹⁰³, las sentencias contra Alemania, las cuales fijan, con base en el artículo 5.º (4) y el principio fundamental de igualdad de armas (art. 6.º)^{103a}, unos límites claros a la negación del derecho a examinar los autos (cfr. § 147 II StPO) de los inculpados que se encontraban en prisión provisional.

En los tres procesos el derecho a examinar los autos solicitado por la defensa en el marco del procedimiento en el cual se decide sobre el mantenimiento de la prisión preventiva fue denegado por la Fiscalía, total o parcialmente, alegando que ello pondría en peligro los fines de la investigación (§ 147 StPO). En LIETZOV¹⁰⁴, la defensa solo tuvo a su disposición la orden de prisión con el resumen tradicional de los hechos sobre los que se fundamentan los cargos y la indi-

¹⁰¹ BVerfGE 56, pp. 48 y ss. § 97 *Insolvenzordnung* (Ley reguladora de la insolvencia) habla de una "prohibición de utilización".

¹⁰² Cfr. TEDH, St del 21 de diciembre de 2000 – n.º 36887/97 (QUINN/Irlanda); sentencia del 21 de diciembre de 2000 – n.º 34720/97 (HEANEY und MCGUINNESS/Irlanda).

¹⁰³ TEDH, St. del 13 de febrero de 2001, n.º 24479/94 (LIETZOV), 25116/94 (SCHÉPS), 23541/94 (GARCIA ALVA), en alemán: StV 2001, p. 203, 205, con nota de KEMPF.

^{103a} Sobre este principio, en particular su importancia para el sumario, cfr. la conferencia del autor en la última "Strafrechtslehrertagung" (encuentro de profesores de Derecho Penal) en Bayreuth (mayo/junio de 2003) que será publicado en el n.º 4 del tomo 115 de la ZStW (2003).

¹⁰⁴ LIETZOV (supra nota 103), pars. 10 y ss.

cación de los medios de prueba; se le negó el derecho a examinar los autos, así como a recibir al menos copia de las declaraciones de los dos testigos de cargo principales. En SCHÖPS¹⁰⁵ al principio se le negó a la defensa todo derecho a examinar los autos, y a continuación solamente pudo acceder a 22 de 24 autos del sumario pero no a los restantes de un total de 132 tomos. En GARCÍA ALVA¹⁰⁶, la defensa pudo examinar los autos parcialmente, pero primero se le ocultó totalmente la declaración del testigo de cargo principal, y solo tras más de cuatro meses de prisión provisional se le entregó, y ello con pasajes en negro. Se tuvo que esperar al transcurso de un mes más para poder examinar la totalidad de los autos.

En general, considerando los tres procesos, el TEDH subrayó que el tribunal competente –independientemente de las exigencias procesales del derecho interno– debe comprobar si la prisión provisional se basa en una sospecha razonable y si la causa de la prisión y de la ejecución de la misma son legales¹⁰⁷. En este sentido, se debe garantizar un juicio justo y *contradictorio*, y especialmente el principio de *igualdad de armas* (art. 6.º). Este se infringe cuando se le niega a la defensa “el acceso a aquellos documentos que son esenciales para atacar la legalidad de la prisión de su cliente”¹⁰⁸. Si bien desde la perspectiva del proceso continental europeo acusatorio-inquisitivo puede que esto necesite una fundamentación más detallada, sí se deriva lógicamente de la estructura del proceso de partes adversarial angloamericano, ya que en él acusación y defensa se encuentran como partes enfrentadas que deben probar su caso al tribunal (como regla general, compuesto de un jurado de legos). La igualdad de oportunidades y de armas en tal sistema contradictorio real, es decir, dialécticamente concebido, exige fundamental-

¹⁰⁵ SCHÖPS (supra nota 103), pars. 11 y ss.

¹⁰⁶ GARCÍA ALVA (supra nota 103), pars. 13 y ss.

¹⁰⁷ LIETZOW y SCHÖPS (supra nota 103), par. 44; GARCÍA ALVA (supra nota 103), par. 39.

¹⁰⁸ *Idem*.

mente la revelación de las pruebas de la “otra parte” mediante un amplio número de “disclosure rules”¹⁰⁹. El tribunal no quiere ni puede ciertamente imponer tal estructura procesal a los Estados miembros, pero sí puede exigir “que se garantice que la otra parte sea informada de que en los autos consta determinada opinión y que tenga una oportunidad real de réplica”¹¹⁰.

In concreto es imprescindible que la defensa pueda tener acceso a los medios de prueba, sobre los que se basa la orden de prisión, y ello con independencia de si la defensa puede dar información concreta sobre la importancia de los medios de prueba¹¹¹. Un resumen de la Fiscalía no es suficiente¹¹². En caso contrario el defensor no podría atacar eficazmente los hechos que fundamentan la prisión basada en unos hechos¹¹³. Es cierto que ha de reconocerse la necesidad de unas investigaciones policiales efectivas, incluyendo la ocultación de determinadas informaciones; ahora bien, ese propósito legítimo no puede llevarse hasta el extremo de que “los derechos de la defensa se vean sustancialmente recortados”¹¹⁴. En principio es necesario que exista una solicitud de la defensa para examinar los autos (según el derecho alemán); ahora bien, si la defensa advierte sobre la urgencia de examinar los autos, sería una “reacción excesivamente formalista y desproporcionada” exigir que la defensa presente una nueva solicitud para examinar los autos¹¹⁵.

¹⁰⁹ Especialmente ilustrativos en relación a la estructura adversarial del proceso ante los tribunales internacionales, cfr. reglas 66 y ss. de las *Rules of Procedure and Evidence* (Reglas de Procedimiento y Prueba (RPE) del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), así como el artículo 61 (3), 67 (2) del Estatuto y las reglas 76 y ss. de las RPE de la nueva Corte Penal Internacional. Cfr. AMBOS, *International Criminal Law Review*, t. 3 (2003), p. 13.

¹¹⁰ Supra nota 107 en relación con –*mutatis mutandi*– TEDH, sentencia del 28 de agosto de 1991, Series A-211 (BRANDSTETTER / Austria).

¹¹¹ LIETZOW (supra nota 103), par. 46; GARCÍA ALVA (supra nota 103), par. 41.

¹¹² SCHÖPS (supra nota 103), par. 50.

¹¹³ LIETZOW (supra nota 103), par. 46; GARCÍA ALVA (supra nota 103), par. 41.

¹¹⁴ LIETZOW (supra nota 103), par. 47; GARCÍA ALVA (supra nota 103), par. 42.

¹¹⁵ SCHÖPS (supra nota 103), par. 52.

2. El Tribunal confirmó estos principios recientemente en un proceso contra Polonia¹¹⁶. Al recurrente se le había denegado el acceso para examinar los autos del sumario alegando que la investigación todavía estaba en marcha, y sólo se le permitió el acceso tras casi nueve meses de encarcelamiento.

Con esta jurisprudencia se corresponde también la tendencia restrictiva del Tribunal en cuanto a la *retención de medios de prueba (exculpatorios)* por las autoridades que se encargan de la investigación. En ROWE y DAVIS, el TEDH decidió, en este sentido, que solo el juez penal de la instancia en la que se produce el examen de los hechos es competente para decidir sobre la retención de información con fundamento en el bien de la comunidad¹¹⁷. En ATLAN y otros, se decidió que el artículo 6.º 1 solo permite las limitaciones del derecho de defensa indispensables y que éstas deben ser "suficientemente compensadas"¹¹⁸. De esto se deberá deducir que no pueden ocultarse todas aquellas informaciones que exculpen o cuestionen la culpabilidad del acusado. La resolución sobre esta cuestión solamente incumbe al juez de la instancia¹¹⁹.

3. Con ello queda clara la incompatibilidad con el Convenio de la práctica propia de la Fiscalía, que demasiado desprecupadamente, niega el derecho (§ 147 I StPO) de los acusados detenidos a examinar los autos¹²⁰ alegando una puesta en peligro de los fines de la

¹¹⁶ TEDH, St. del 25 de junio de 2002 - n.º 24244/94 (MIGON/POLEN), par. 79 y ss.; por último TEDH, St. del 30 de enero de 2003 - n.º 38884/97 (NIKOLOV/Bulgaria), par. 96 y ss. y St. del 9 de enero de 2003 - n.º 38822/97 (SHISHKOV/Bulgaria), par. 77 y ss.

¹¹⁷ TEDH, St. del 16 de febrero de 2000, *Reports* (Informes) 2000-II (ROWE y DAVIS/Reino Unido), en alemán: StraFo 2002, p. 51. Por último TEDH, St. del 24 de junio de 2003 - n.º 39482/98 (DOWSETT/Reino Unido), par. 42 y ss.

¹¹⁸ TEDH, St. del 19 de junio de 2001 - n.º 36533/97 (ATLAN E.O./Reino Unido), en alemán: StraFo 2002, p. 52.

¹¹⁹ SOMMER. StraFo 2002, p. 53.

¹²⁰ Crítico por ejemplo SCHLOTHAUER, StV 2001, p. 193; AK-StPO-Stern § 147 n. m. 1.

¹²¹ Sobre los requisitos SCHLOTHAUER, StV 2001, p. 195.

investigación (§ 147 II, 1 StPO)¹²¹. Así, el TEDH concede un derecho completo e ilimitado a examinar los autos cuando el conocimiento del contenido de éstos sea necesario para fundar una solicitud de revisión sobre el mantenimiento o no de la prisión provisional¹²²; esto incluye el conocimiento de los hechos en los que se basa la orden de prisión de los medios de prueba (§ 114 II, 4), en su caso, incluso la valoración suficiente de los mismos¹²³. Este derecho concede¹²⁴ del limitado derecho a examinar los autos reconocido por el Tribunal Constitucional en la más alta jurisprudencia: la Fiscalía debe poner al alcance de la defensa, al menos, las diligencias de investigación en las que se basa la orden de prisión y, por tanto, en su caso, del sumario y entregarlas en fotocopia¹²⁵. La Fiscalía y los tribunales deberán decidir en un futuro entre la prisión provisional y la retención de los autos¹²⁶. Esto llevará necesariamente a una práctica restrictiva bien de la prisión provisional o bien de la negación del derecho a examinar los autos¹²⁷.

Si, a pesar de todo, se deniega el derecho a examinar los autos, esto ha de tener como consecuencia, en el procedimiento sobre el mantenimiento de la prisión provisional, la prohibición de utilización de aquellos hechos respecto de los cuales se denegó el examen¹²⁸.

¹²² Cfr. KEMPF, StV 2001, p. 207; *id.*, en FS Riess (2002), p. 217; DECKERS, StV 2002, p. 320; más restrictiva la interpretación de LANGE, en NSrZ 2003, 348 (349 y ss.).

¹²³ Cfr. KEMPF, en FS Riess (2002), pp. 219 y ss., con ulteriores referencias.

¹²⁴ Cfr. BVerfG NJW 1994, p. 3220; sobre la prioridad de la información oral del acusado cfr. BVerfG StV 1994, p. 1. Además vid. recientemente AMELUNG/WIRTH, StV 2002, p. 164; KIESCHKE/OSTERWALD, en NJW 2002, p. 2004.

¹²⁵ OLG Hamm StV 2002, p. 319 con comentario DECKERS = NSrZ 2003, 386 con comentario LANGE, NSrZ 2003, 348 (351 y ss.).

¹²⁶ Acertado LR-LÜDERSSEN § 147 n. m. 160a.

¹²⁷ Sobre la exclusión legal de la negación del derecho a examinar los autos durante la prisión provisional KIESCHKE/OSTERWALD, en NJW 2002, p. 2005.

¹²⁸ BVerfG NJW 1994, p. 3219 (= NSrZ 1994, p. 551 = StV 1994, p. 465) 3220; OLG Hamm StV 2002, p. 318; cfr. en este sentido SCHLOTHAUER, en StV 2001, pp. 195 y ss.; DECKERS, en StV 2002, p. 320; AMELUNG/WIRTH, en StV 2002, p. 164.

Esto llevará a menudo a la revocación de la orden de prisión: porque el acusado desinformado está indefenso, ya por esto –igualdad de armas!– no puede seguir retenido en prisión¹²⁹. Finalmente, esta jurisprudencia ha introducido también consecuencias para el § 147 VII StPO¹³⁰ introducido en el año 1999: debido a que no se puede colocar al acusado no defendido en una situación peor que la del defendido, se le debe reconocer también a él el derecho a examinar los autos completamente en caso de detención o bien asignarle un abogado de conformidad con el § 140, II StPO¹³¹.

B. Duración de la prisión provisional (art. 5.º [1], § 121 StPO)

1. El TEDH reconoció en ERDEM¹³² como una violación del artículo 5.º (3) la duración excesiva de la prisión provisional.

El recurrente, de nacionalidad turca y reconocido en Francia como refugiado político, fue detenido bajo la sospecha de pertenecer a una organización terrorista (PKK) y de haber cometido delitos de falsedad documental (§ 129 a, 267 StGB). El proceso contra un total de 18 acusados tenía por objeto varios asesinatos, entre otros delitos. La prisión provisional duró en total 5 años y 11 meses. Esto se justificó reiteradamente, en siete decisiones sobre el mantenimiento de la prisión provisional, en la gravedad de los cargos, la magnitud de las penas que podían imponerse al recurrente y el riesgo de fuga del mismo, y que en Alemania no tenía relacio-

¹²⁹ DECKERS, en StV 2002, p. 320.

¹³⁰ BGBl. 2000 I 1253. Con ello se consideró la jurisprudencia del TEDH, sentencia del 18 de marzo de 1997, Reports (Informes) 1997-II (FOUCHER/Francia), en alemán: NSiZ 1998, p. 429 con comentario DEUMELAND; comentario HAAS NSiZ 1999, p. 442 y BÉSE. StraFo 1999, p. 293; cfr. también AMBOS/RUEGENBERG, en NSiZ-RR 1998, 164; NSTZ-I RR 2000, p. 195 y se puso fin a jurisprudencia nacional contraria al Convenio como la del LANDGERICHT MAINZ, en NJW 1999, p. 1271 (crit. DÉRR, en JuS 2000, p. 287).

¹³¹ Cfr. KEMPF, en StV 2001, p. 207.

¹³² TEDH, sentencia del 5 de julio de 2001, n.º 38321/97 (ERDEM/Alemania Federal), alemán en EuGRZ 2001, p. 391.

nes personales ni un lugar de residencia¹³³. El recurrente fue finalmente condenado a 6 años de prisión por pertenencia a una organización terrorista (§ 129 a I StGB)¹³⁴.

El Tribunal exige para el mantenimiento de la prisión, en cada caso particular, "indicios concretos de una necesidad real de interés público" que prevalezcan¹³⁵ sobre los derechos del acusado (presunción de inocencia, respeto a la libertad personal). La persistencia de una sospecha es *conditio sine qua non* para la legalidad del mantenimiento de la prisión, pero tras un cierto tiempo ya no es suficiente; los demás motivos aportados por las autoridades judiciales tendrían que demostrarse como "relevantes" y "suficientes", y las autoridades nacionales tendrían que impulsar especialmente la continuación del procedimiento¹³⁶. En el presente caso, sí que existía la sospecha y el peligro de fuga durante el tiempo total de prisión; sin embargo, estos motivos no eran suficientes, al prolongarse la detención, para justificar una duración de la prisión (5 años y 11 meses) que prácticamente fue idéntica a la pena privativa de libertad (6 años). Además se asumieron las fundamentaciones repetidas del mantenimiento de la prisión casi "literalmente", en lugar de explicar si la continuación de la prisión provisional se justificaba por la existencia de nuevos indicios¹³⁷.

2. La sentencia tuvo una gran importancia porque se criticó abiertamente la práctica –desgraciadamente muy extendida– de ordenar el mantenimiento de la prisión de conformidad con los §§ 121 y 122 StPO, de una manera cuasi automática con una fundamentación estandarizada¹³⁸. La sentencia deja claro que la obligación de moti-

¹³³ ERDEM (supra nota 132), par. 18 y ss., 41 y ss.

¹³⁴ Ibid., par. 24 y ss.

¹³⁵ Ibid., par. 39.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ibid., par. 45 (destacado por el autor).

¹³⁸ Cfr. sobre esta práctica por ejemplo HAPPEL, en StV 1986, p. 501; KRAMER. Grundbegriffe

vacación de las autoridades judiciales aumenta con el tiempo transcurrido en prisión y que cada decisión sobre continuación de la prisión debe fundamentarse de nuevo. Con ello se recuerda a la vez la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual reconoce a los acusados una pretensión de libertad cada vez mayor, conforme aumenta la duración de la prisión¹³⁹.

3. Control de la correspondencia de los presos (art. 8.º, § 148 StPO) En ERDEM se alegó¹⁴⁰ además una violación del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de conformidad al artículo 8.º (1), debido a la vigilancia de su correspondencia sobre la base del § 148 StPO. El artículo 8.º (2) permite tal injerencia cuando esté prevista en la ley y sea necesaria "en una sociedad democrática"¹⁴¹ para la consecución de determinados fines. *In casu* solamente fue problemática la última exigencia mencionada. Se refiere especialmente a la proporcionalidad de la intervención, en donde al Estado le corresponde un cierto margen de evaluación¹⁴².

En relación con las personas presas se ha de tener en cuenta que la única vinculación con el mundo exterior es generalmente la correspondencia y que la comunicación privada con el abogado alcanza un significado especial. Para la apertura de la correspondencia se exige que haya indicios de contenido ilegal, que no se puedan detectar de otra manera. Además, no se puede equiparar la apertura con el examen del contenido, antes han de adoptarse mecanismos de protección adecuados, por ejemplo autorizar la

des *Strafverfahrensrechts*, 4.ª ed., 1999, n. m. 82a. La descripción del texto de la ley solo es insuficiente: *BVerfG NJW* 1991, p. 689.

¹³⁹ *BVerfG NStZ-RR* 2002, p. 25, con ulteriores referencias. Sobre el mismo, AMELUNG/WIRTH. *StV* 2002, p. 167 con referencias en la nota al pie 87 y ss.

¹⁴⁰ ERDEM (supra nota 132), par. 50 y ss.

¹⁴¹ *Ibid.*, par. 53 y ss.

¹⁴² *Ibid.*, par. 61 en referencia a TEDH, sentencia del 25 de marzo de 1992, Series A-233 (CAMPBELL/Reino Unido) y sentencia del 26 de abril de 1979, Series A-30 (Sunday Times/Reino Unido).

apertura solo en presencia del preso. El examen del contenido de la correspondencia que mantiene un preso con su abogado solamente puede autorizarse cuando esté abusando de este "medio de comunicación privilegiado"¹⁴³.

En conclusión, una desviación del principio de carácter confidencial de la correspondencia solamente es admisible en casos excepcionales, siempre y cuando se prevenga su abuso "con garantías adecuadas y suficientes"¹⁴⁴. El § 148 StPO se corresponde en este sentido con el Convenio, aunque *in casu* se trató del limitado ámbito de lucha contra el terrorismo¹⁴⁵.

V. DERECHO DEL ACUSADO A INTERROGAR A LOS TESTIGOS

1. En P. S. se condenó¹⁴⁶ a la República Federal de Alemania por violar el artículo 6.º III d.

El recurrente había sido condenado por abuso sexual a un menor basándose en la declaración de la madre y en la de la agente de la policía ante la cual se había prestado la misma. Se rechazó el interrogatorio de la víctima porque se podría dañar al menor. En el procedimiento de apelación ante el Tribunal del *Land*, se siguió denegando el interrogatorio de la víctima por los motivos ya mencionados, sin embargo, se confirmó su credibilidad mediante dictamen pericial. Se la trató como a un testigo inaccesible en el sentido del § 244 III StPO. El Tribunal Superior del *Land* de Stuttgart desestimó el recurso de casación y el Tribunal Constitucional

¹⁴³ ERDEM (supra nota 132), par. 61 refiriéndose a la jurisprudencia consolidada.

¹⁴⁴ *Ibid.*, par. 65.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pars. 62 y ss. (p. 64, p. 67) en referencia al TEDH, sentencia del 6 de septiembre de 1978, Series A-28 (KLASS/Alemania Federal). Por último sobre la correspondencia de los presos: TEDH, sentencia del 28 de noviembre de 2002, n.º 58442/00 (LAVENTS/Letonia), pars. 134 y ss.

¹⁴⁶ TEDH, St. del 20 de diciembre de 2001, n.º 33900/96 (P.S./Alemania Federal), alemán en: *StV* 2002, p. 289 = *StraFo* 2002, p. 123.

inadmitió el recurso. De modo que en ningún momento del proceso tuvo el recurrente la posibilidad de interrogar a la víctima¹⁴⁷.

El TEDH confirmó, en consonancia con su jurisprudencia consolidada¹⁴⁸, que un derecho de defensa efectivo exige que en cualquier momento del proceso el acusado tenga la posibilidad "de poner en duda la credibilidad de un testigo de cargo y formularle preguntas"¹⁴⁹. En los casos de legítima protección a víctimas y testigos la *valoración global necesaria*¹⁵⁰ para determinar si el proceso ha sido un juicio justo exige una *ponderación* con los intereses de la defensa¹⁵¹. Las dificultades que surgen con la limitación del derecho de defensa se deben compensar en el transcurso del proceso¹⁵². En todo caso, se produce una violación del artículo 6.º "cuando la condena se basa solamente o en una gran medida en la declaración de un testigo", al cual el acusado en ningún momento del proceso le ha podido interrogar por sí mismo o hacer que se le interrogara¹⁵³. Aquí se había dado el caso, pues el relato de la víctima constituyó la única prueba directa y el recurrente no pudo en ningún momento del proceso revisarla¹⁵⁴.

2. Si en P. S. la condena se había basado solamente en la declaración de la víctima, el TEDH en Visser/Niederlande aceptó la violación del Convenio porque la condena del recurrente se basó también en gran parte en la lectura del interrogatorio judicial de un testigo anónimo, aunque la defensa había estado presente en

¹⁴⁷ P. S. (supra nota 146), par. 9 y ss., p. 29.

¹⁴⁸ TEDH, St. del 23 de abril de 1997, *Reports* (Informes) 1997-III (VAN MECHELEN E.O./Países Bajos), par. 51; St. del 15 de junio de 1992, Series A-238 (LÜDI/Suiza), par. 49; resumen de jurisprudencia BEULKE, FS Riess, 2002, pp. 3, 9 y ss.

¹⁴⁹ P. S. (supra nota 146), par. 21.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, par. 19.

¹⁵¹ *Ibíd.*, par. 22.

¹⁵² *Ibíd.*, par. 23.

¹⁵³ *Ibíd.*, par. 24.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, pars. 26 y ss. (p. 30).

otra habitación durante el interrogatorio del testigo por el juez y había formulado preguntas por escrito¹⁵⁵. En la ponderación de intereses entre la protección del testigo y el derecho de la defensa, lo relevante es la declaración del testigo y el peligro que éste pueda correr¹⁵⁶. En el presente caso, por un lado, no se había examinado adecuadamente la "la seriedad y la fundamentación de las causas que justificaban el anonimato" y, por otro, la condena se había basado "en una manera decisiva en la declaración de un testigo anónimo"¹⁵⁷.

3. En cambio, en el caso similar S. N./Schweden¹⁵⁸ el TEDH negó que se hubiese violado el Convenio porque en el segundo interrogatorio policial del único testigo de cargo, que había sido solicitado por la defensa, ésta renunció a participar y a que se grabara en video el interrogatorio¹⁵⁹. Además se permitió a la defensa que formulara preguntas por escrito que después fueran realizadas por los policías que dirigían el interrogatorio¹⁶⁰. Finalmente los interrogatorios policiales se introdujeron en el juicio oral por medio de cintas de video y audio¹⁶¹. En conjunto, por lo tanto, el Tribunal había actuado con la suficiente precaución en la valoración de la prueba¹⁶². En opinión de los magistrados TÜRMEYEN y MARUSTE, sin embargo, las autoridades nacionales debían haber hecho más para compensar los derechos de la defensa, por ejemplo mediante la petición de un dictamen sobre la credibilidad¹⁶³.

¹⁵⁵ TEDH, sentencia del 14 de febrero de 2002, n.º 26668/95 (VISSEY/Países Bajos), alemán en: *StrFo* 2002, p. 160.

¹⁵⁶ VISSEY (supra nota 155), pars. 45 y ss. Sobre esta ponderación de intereses también BEULKE, FS Riess, 2002, pp. 25 y ss.

¹⁵⁷ VISSEY (supra nota 155), pars. 47 y ss.

¹⁵⁸ TEDH, St. del 2 de julio de 2002 - n.º 34209/96. (S. N./Suecia)

¹⁵⁹ S. N. (supra nota 158), par. 49.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, par. 50.

¹⁶¹ *Ibíd.*, par. 52.

¹⁶² *Ibíd.*, par. 53.

¹⁶³ *Ibíd.*, opinión disidente.

4. El fundamento de esta jurisprudencia es una comprensión contradictoria del proceso a partir del principio de igualdad de armas, como ya se evidenció en la jurisprudencia sobre el derecho a examinar los autos de los detenidos en prisión provisional (supra IV. A)¹⁶⁴. El principio de igualdad de armas significa en particular que la defensa ha de participar en el proceso lo antes posible para evitar que se produzca un déficit de información irrecuperable respecto de la Fiscalía. Sólo entonces puede admitirse desde el punto de vista europeo la utilización de los conocimientos adquiridos en el procedimiento preliminar mediante sucedáneos de los medios de prueba en la vista principal desde un punto de vista europeo. Pues, cuando por ejemplo un testigo interrogado en el procedimiento preliminar –por la policía o por el juez– es inaccesible en el juicio oral o el testigo se niega a testificar en el mismo § 52 StPO, su declaración solo puede introducirse mediante la lectura o interrogatorio de los agentes que efectuaron el interrogatorio (§ 251 StPO) cuando el acusado o su abogado defensor ya tuvo la posibilidad en el procedimiento preliminar “de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo” (art. 6 [3] d)¹⁶⁵. Parece que excepcionalmente –cuando una confrontación directa no es posible por razones de protección de testigos– también puede ser suficiente¹⁶⁶ la formulación de las preguntas por escrito. La contradicción aparente entre las sentencias Visser y S. N., en las cuales el Tribunal llegó a resultados distintos a pesar de la existencia de preguntas escritas de la defensa en el procedimiento de investigación, se explica si se tiene en cuenta que en Visser la motivación insuficiente de la necesidad de anonimato del testigo decisivo tenía que conducir *a limine* a que la pondera-

¹⁶⁴ Cfr. también KRAUSS (supra nota 18), pp. 88 y ss., 103, 108, 121 y pássim; SOMMER, en *StraFo* 2000, pp. 150 y ss.; WEIGEND, en *StV* 2001, p. 64; BEULKE, en *FS Riess*, 2002, pp. 15, 17. En BARBERA E.O./España (St. del 6 de diciembre de 1988, Series A-146, par. 78) el TEDH incluso habla de “argumento adversarial” y con ello se apoya explícitamente en la terminología angloamericana.

¹⁶⁵ Cfr. también BEULKE, *FS Riess*, 2002, pp. 16, 18; PAULY, *StV* 2002, 290, 292.

¹⁶⁶ Cfr. también SCHLOTHAUER, *StV* 2001, 127, 128.

ción entre derecho a la defensa y protección de testigos tuviera que resolverse en beneficio de aquél, de manera que cualquier limitación del derecho de defensa por pequeña que fuera tenía que producir una violación del Convenio. En todo caso, el artículo 6.º (3) exige como mínimo –en un primer nivel– que se garantice al acusado o a su abogado defensor al menos una vez la *posibilidad efectiva* de poder interrogar al testigo directamente¹⁶⁷. Si esto no ocurre, entonces se tiene que decidir –en un segundo nivel– si en suma (¡valoración global!) se ha infringido el derecho a un juicio justo¹⁶⁸.

5. Por consiguiente la sentencia del BGH de 25.7.2000¹⁶⁹ ha de ser bienvenida en la medida que interpreta el § 141 StPO a la luz del artículo 6 [3] d), en el sentido de que al acusado que no está defendido se le ha de nombrar un abogado defensor antes del interrogatorio del testigo central de cargo, realizado en la fase de investigación con la finalidad de asegurar los medios de prueba, cuando esté excluida la presencia del acusado en este interrogatorio¹⁷⁰. Solo entonces se garantiza el derecho de participación. Al respecto se debe resaltar, sin embargo –en contra de la nuevamente restrictiva opinión del BGH de 5.2.2002¹⁷¹–, que el Convenio requiere, con base en el principio de contradicción sobre el que se asienta, una participación más pronta posible de la defensa en el procedimiento preliminar, y esta interpretación también se corresponde con la génesis y finalidad –fomento de la participación de la defensa en el procedi-

¹⁶⁷ Cfr. también KRAUSS (supra nota 18), pp. 103 y ss. (pp. 108 y ss.), p. 120; BEULKE, en *FS Riess*, 2002, p. 21; PAULY, en *StV* 2002, pp. 291 y ss.

¹⁶⁸ Sobre los dos niveles es instructivo KRAUSS (supra nota 18), pp. 141 y ss. (p. 142); sobre tres pasos en el examen PAULY, en *StV* 2002, p. 291.

¹⁶⁹ BGHSt 46, p. 93 = NJW 2000, p. 3505 = NSiZ 2001, p. 212 (aquí citado); cfr. también BGH NJW 2002, p. 975; sobre la jurisprudencia swissa WOHLERS, en *FS Trechsel*, 2002, pp. 817 y ss.

¹⁷⁰ BGH NSiZ 2001, p. 212, Ls 1 y 214 y ss. En este sentido KUNERT, en *NSiZ* 2001, p. 217; PAULY, en *StV* 2002, p. 292; KLEMKE, en *StV* 2003, 413.

¹⁷¹ BGH NJW 2002, p. 1279 = NSiZ 2002, p. 380: solo una “necesidad limitada” de nombrar defensor en el procedimiento preliminar.

miento preliminar¹⁷²— del § 141 III StPO. El derecho a interrogar a los testigos contemplado en el artículo 6.º (3) d es, en definitiva, sólo una consecuencia de una estructura del proceso contradictoria, que subraya la igualdad de armas, que se manifiesta en el procedimiento preliminar para la cual y en principio solo puede considerarse fiable la "tested evidence" y por lo tanto utilizarse¹⁷³.

6. Pero si la no designación de defensor en contra del § 141 III StPO y la violación del artículo 6.º (3) d se ubican en el contexto más general de un derecho efectivo a la defensa, con la correspondiente pronta participación, entonces la mera "solución de la valoración de la prueba"¹⁷⁴ no hace justicia a la especial configuración de este caso de "doble error"¹⁷⁵. Por el contrario, sólo una clara prohibición de utilización puede tener en cuenta debidamente el principio general de *fair trial* en el sentido del artículo 6.º y sancionar proporcionalmente la grave violación del derecho de defensa¹⁷⁶, y ello precisamente porque no es seguro que se hubiera producido una declaración con el mismo contenido si se hubiera garantizado el derecho de participación del acusado¹⁷⁷. Además, sólo la prohibición de utilización de las pruebas contiene una directriz de con-

¹⁷² Cfr. las referencias en BGH NStZ 2001, p. 215; también KUNERT. NStZ 2001, p. 217; BEULKE. FS Riess, 2002, pp. 18 y ss., 29, quien también deriva de esto un derecho total a examinar los autos.

¹⁷³ Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Decision on the Prosecution Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence*, 29 July 1999 (IT-95-14/2), par. 23: la admisión de declaraciones testimoniales escritas "would amount to the wholesale admission of hearsay untested by cross-examination [...] and would be of no probative value" (seleccionado por el autor); también BEULKE. FS Riess, 2002, p. 21: "Chequeo" del medio de prueba.

¹⁷⁴ BGH NStZ 2001, pp. 216 y ss.

¹⁷⁵ SCHLOTHAUER. StV 2001, p. 130 con descripciones diferenciadas de los posibles problemas que afectan a los casos (pp. 129 y ss.).

¹⁷⁶ Con el mismo resultado igualmente SCHLOTHAUER. StV 2001, pp. 130 ss.; FEZER. JZ 2001, p. 364; KUNERT, NStZ 2001, p. 217; PAULY. StV 2002, p. 292. El BGH en este sentido, por el contrario SCHWABEN. NStZ 2002, pp. 292 y ss., sin embargo no tiene en cuenta las disposiciones europeas.

¹⁷⁷ Cfr. también BÖSE. ZStW 114 (2002), p. 167 con ulteriores referencias.

ducta clara para la Fiscalía y el juez instructor¹⁷⁸. No obstante, la diferencia entre una prohibición de la prueba y las concretas exigencias que el BGH ha impuesto en su solución de prohibición de valoración de la prueba podría resultar pequeña en la práctica, si la Sala quiere exigir, en aplicación de su jurisprudencia relativa al testigo protegido¹⁷⁹, que las declaraciones del testigo de referencia—in casu, como también generalmente del juez que preside el interrogatorio—tienen que "quedar confirmadas por otros aspectos importantes además de la declaración"¹⁸⁰. Es decir que al parecer comparte también la opinión de que una condena no puede fundamentarse sólo en la declaración del juez que preside el interrogatorio; en este sentido la solución de prohibición de utilización es desde luego más precisa y más consecuente, ya que ahorra a los jueces de los hechos la difícil determinación de los "otros aspectos importantes"¹⁸¹. Si se quiere trazar aquí una línea de unión con los otros problemas que afectan a los casos, sería fácil encontrar un paralelismo con el derecho de examen de los autos del preso provisional (supra IV.A), pues tanto aquí como allí se trata de graves limitaciones al derecho a la defensa en el procedimiento previo¹⁸².

A MODO DE CONCLUSIÓN: TEDH Y DERECHO PENAL EUROPEO

En vista de la actividad investigadora transfronteriza ya existente en el marco del tercer pilar¹⁸³, y de la inminente creación de una

¹⁷⁸ KUNERT. NStZ 2001, p. 218.

¹⁷⁹ BGHSt. 17, 382, p. 386.

¹⁸⁰ BGH NStZ 2001, p. 217; así como BVerfG NJW 2001, pp. 2246 y ss.

¹⁸¹ Crit. con los "puntos débiles en la selección de palabras" del BGH al respecto también KUNERT. NStZ 2001, p. 217.

¹⁸² En cambio ya no sostiene la referencia del BGH (NStZ 2001, p. 216) a los casos de agentes provocadores, porque ya no se trata del enjuiciamiento de una persona que ha cometido un delito a iniciativa propia con las limitaciones posteriores a los derechos de la defensa. El comportamiento incorrecto estatal existe más bien aquí ya desde el momento en el que se produce la perpetración del delito, por lo que se denegó la anulación de la aplicación de la pena (cfr. n).

¹⁸³ Cfr. GLESS/ZETTLER, en GLESS/GROTE/HEINE (eds.). *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, t. 1, 2001, p. 531 (pp. 593 y ss.).

Fiscalía financiera europea –la correspondiente proposición de la Comisión¹⁸⁴ ha obtenido entretanto el apoyo del Parlamento Europeo¹⁸⁵ y se ha admitido en el proyecto de la Constitución europea¹⁸⁶–, no puede hacerse bastante hincapié en el significado de los lineamientos en materia de derechos humanos del TEDH. Si bien la enérgica advertencia pronunciada por SCHÜNEMANN ante un “exceso de medios inquisitorios”¹⁸⁷ debido a la Fiscalía europea, puede parecer algo exagerada, no puede pasarse por alto que la centralización de la persecución penal que lleva aparejada, así como de sus fenómenos acompañantes (el reconocimiento recíproco de las medidas coercitivas¹⁸⁸ y pruebas¹⁸⁹, así como la elección, vinculada a la competencia, del lugar de jurisdicción y del

¹⁸⁴ Comisión de la CE, Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, 11 de diciembre de 2001, KOM (2001) p. 715. Cfr. también Comunicación de Seguimiento del 19 de marzo de 2003, KOM (2003) p. 128 final.

¹⁸⁵ Cfr. en primer lugar el informe del 24 de febrero de 2003, documento de la sesión plenaria, definitivo A5-0048/2003, donde se reproduce la solicitud de acuerdo de la “Comisión de control de presupuesto” responsable, incluida la fundamentación y posición de otros comités competentes. Posteriormente el Parlamento Europeo acoge el Libro Verde y apoya “la idea” de la creación de una Fiscalía europea, haciendo presente, sin embargo, la necesidad de mejoras en lo referente a la protección de derechos fundamentales (pp. 7 y ss.). La solicitud es aceptada en la sesión del 27 de marzo de 2003: cfr. [www.europarl.eu.int].

¹⁸⁶ Cfr. art. III-175 I del proyecto del 18 de julio de 2003 (CONV 850/03, [www.european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.de03.pdf]), el que, por cierto, otorga al Consejo solamente la posibilidad (“puede”) de promulgar, luego de aprobación unánime (!) del Parlamento Europeo, una ley europea para la creación de una Fiscalía europea en Eurojust (!). Al respecto, ésta sería no sólo competente respecto de hechos en perjuicio de los intereses financieros de la Unión Europea, sino también para delitos graves transfronterizos (art. III-175 II).

¹⁸⁷ SCHÜNEMANN. *StV* 2003, p. 118.

¹⁸⁸ Libro Verde Fiscalía, supra nota 184, pp. 55, 67 y ss.; críticos BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER. “Analyse des Grünbuchs usw.”, 2002, pp. 31 y ss., pp. 50 y ss. disponible en: [www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/europa.htm]; toma de posiciones de catedráticos alemanes de derecho penal y derecho procesal penal, 30 de mayo de 2002, en [www.europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/date.html#jul], n.º 4; SCHÜNEMANN. *StV* 2003, p. 119; SATZGER. *StV* 2003, pp. 138 y ss.

¹⁸⁹ Libro Verde Fiscalía, supra nota 184, pp. 18, 64; críticos BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER, pp. 35 ss.; BRAUM. *ZRP* 2002, p. 513; SCHÜNEMANN. *StV* 2003, p. 121; BENDLER. *StV* 2003, pp. 134 ss.; SATZGER. *StV* 2003, pp. 138 y ss., 140 y ss.; CASTALDO. *StV* 2003, p. 125; críticamente también EP-BERICHT (supra nota 185), pp. 10, 17 y ss.

juez investigador¹⁹⁰), colocan¹⁹¹ a la defensa en una posición de partida posiblemente desventajosa. El proceso de entrega simplificado por la orden de detención europea que entró en vigor el 1.º de enero de 2004 anticipa ya para un ámbito específico –para la detención y entrega– una ampliación material de la competencia para los 32 (!) tipos penales allí previstos¹⁹².

Es cierto que la Comisión Europea reconoce en la recientemente aprobada Comunicación de Seguimiento respecto del Libro Verde –junto a otros puntos críticos¹⁹³– una “protección equivalente a los derechos de defensa” como un objetivo principal de la creación de la Fiscalía Europea¹⁹⁴, pero el mero reconocimiento normativo –ya conocido¹⁹⁵– de los derechos de los acusados sigue siendo tan ineficaz¹⁹⁶ como la creación de más textos armonizados de reconocimiento de derechos fundamentales en el plano europeo¹⁹⁷, si la organización

¹⁹⁰ Libro Verde Fiscalía (supra nota 184), pp. 57, 60 y ss., 67 y ss., 70. Críticos BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER, p. 51; BRAUM, en *ZRP* 2002, p. 513; SOMMER, en *StV* 2003, p. 126; KEMPF, en *StV* 2003, p. 129; SCHÜNEMANN, en *StV* 2003, p. 121; SATZGER, en *StV* 2003, p. 139; MADIGNIER, en *StV* 2003, p. 132; crítico también EP-BERICHT (supra nota 185), pp. 10, 15 y ss.

¹⁹¹ Cfr. BENDLER, en *StV* 2003, 133 f.; SALDITT, en *StV* 2003, 136 y ss.; SATZGER, en *StV* 2003, 138, 139.

¹⁹² Cfr. Informe PE (supra nota 185), p. 18, donde tal ampliación de las competencias de la Fiscalía europea ya ha sido recordada. Cfr. crítico sobre la orden de detención europea SCHÜNEMANN, en *StV* 2003, pp. 119 y ss.; SALDITT, en *StV* 2003, p. 136; HEINTSCHEL-HEINEGG/ROHLFF. GA 2003, p. 48. El proyecto legislativo alemán del 9 de julio de 2003 se encuentra en [www.bmj.bund.de/images/11623.pdf].

¹⁹³ Sobre el peligro del *forum shopping* y mutuo reconocimiento de pruebas, cfr. Comunicación de Seguimiento (supra nota 184), pp. 18 y ss., 20 y ss., 25.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp. 22 y 25.

¹⁹⁵ Cfr. Libro Verde Fiscalía (supra nota 184), pp. 19, 48, 56; crítico en general BENDLER., en *StV* 2003, p. 134; SATZGER, en *StV* 2003, p. 139; MADIGNIER, en *StV* 2003, pp. 131 y ss. Cfr. también el Libro Verde sobre “Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea”, 19 de febrero de 2003, KOM (2003) 75 final.

¹⁹⁶ SALDITT, en *StV* 2003, p. 137: “vaina vacía”; asimismo críticos BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER, pp. 57 y ss.

¹⁹⁷ Cfr. sobre la Carta de Derechos Fundamentales Europea y su contenido problemático respecto al CEDH: TETTINGER, en *NJW* 2001, pp. 1011 y ss.; MAHLMANN, en *Zeus* 2000, p. 442; WEBER, en GRILLER/HUMMER (eds.). *Die EU nach Nizza*, 2002, pp. 289 y ss.

de la defensa penal no puede hacerse al mismo ritmo que la institucionalización y armonización de la persecución penal. En otras palabras: la elaboración de unos estándares mínimos de derechos humanos se queda corta si no se acompaña de la creación de un contrapoder que garantice la igualdad de armas de manera práctica y efectiva. Organizar ese contrapoder es tarea de las asociaciones de abogados defensores, con el apoyo en su caso de la ciencia del derecho penal, especialmente cuando, en opinión de la Comisión, no se debe crear un equivalente supranacional para el control de la Fiscalía, por ejemplo en forma de una cámara de procedimiento preparatorio¹⁹⁸ europea, sino que el control judicial se ha de confiar a los jueces investigadores (competentes) nacionales¹⁹⁹. En concreto, la organización e institucionalización a nivel europeo de la defensa puede lograrse bien mediante el fortalecimiento o (re)activación de iniciativas ya establecidas (especialmente la *European Criminal Bar Association*, ECBA) o bien a través de la creación de un entidad de coordinación similar a Eurojust²⁰⁰ o de una *European Defence Bar*—similar a la *International Criminal Bar*²⁰¹ creada en junio de 2002 para la Corte Penal Internacional—, para lo cual la Unión Europea debería al menos ofrecer ayuda financiera²⁰². En el caso de que una eficiente organización de la defensa penal no tuviera éxito, el estándar mínimo de derechos humanos desarrollado por el TEDH se vería amenazado y amenazaría con quedarse en ser un tigre de papel sin dientes.

¹⁹⁸ Cfr. artículos 56 y ss. Estatuto de la Corte Penal Internacional; sobre la Sala de Cuestiones Preliminares cfr. AMBOS, en *Int. Cr. L. Rev.* 3 (2003), 1 (pp. 10 y ss.). En contra el Libro Verde de la Fiscalía, supra nota 184, p. 68; a favor SATZGER. *StV* 2003, p. 140; EP-BERICHT (supra nota 185), p. 16. cfr. asimismo la Comunicación de Seguimiento (supra nota 184), pp. 20 y 22.

¹⁹⁹ Libro Verde Fiscalía (supra nota 184), pp. 28, 54, 66 y ss., 77 y ss.
²⁰⁰ SATZGER. *StV* 2003, p. 139.

²⁰¹ La primera asamblea general del ICB tuvo lugar los días 21 y 22 de marzo de 2003 en Berlín y contó con la asistencia de más de 400 participantes procedentes de 40 países; con más detalle, [www.bpi-icb.org].

²⁰² Cfr. asimismo SALDITT. *StV* 2003, p. 137.

CAPÍTULO SEGUNDO EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS PROCESALES*

IGUALDAD DE ARMAS, PROCEDIMIENTO PRELIMINAR PARTICIPATIVO Y
EL ARTÍCULO 6.º CEDH

INTRODUCCIÓN

La ciencia jurídico-penal alemana parece haberse despertado de su letargo¹: mientras que JESCHECK, hace 50 años, en las Jornadas de Catedráticos de Derecho Penal y Procesal Penal (*Strafrechtslehrertagung*) llevadas a cabo en Múnich, se mostraba escéptico acerca de la posibilidad de un derecho penal europeo general y una jurisdicción penal europea—porque la idea europea no se había desarrollado con la fuerza propia del pensamiento de los Estados nacionales del siglo XX²—, el derecho penal y procesal penal euro-

* Versión ampliada con notas al pie de página de mi exposición en las Jornadas de los Catedráticos de Derecho Penal de Alemania, Austria y Suiza de 2003 en Bayreuth, Alemania. Agradezco a la Dra. REGULA SCHLAURI (Universidad de Zúrich) y a la Dra. INGEBORG ZERBES (Universidad de Viena) por las indicaciones acerca de las situaciones jurídicas en Suiza y Austria. A RENÉ GRAFUNDER y a BENJAMIN VON ENGELHARDT, les agradezco por la ayuda en la reunión del material.

Traducción de GUILLERMO ORCE del original alemán "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte. Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und art. 6 EMRK", publicado en *ZStW* 115 (2003), pp. 583 a 637. Agradezco al Prof. DANIEL PASTOR y a RODRIGO ALDONEY sus sugerencias.

¹ WEIGEND, en *StV* 2000, p. 384, y los autores citados por él en la nota 1, utilizan la metáfora para la CEDH; pero también estuvo sumida en el letargo la parte receptora, es decir, el derecho penal alemán y la ciencia que se ocupa de él.

² JESCHECK, en *ZStW* 65 (1953), p. 517.

peo se ha convertido hoy en un tema central de conferencias, coloquios, seminarios y tratados científicos. El mismo JESCHECK convocó, en octubre de 2002, a una deliberación de toda una jornada sobre derecho penal europeo, y SCHÜNEMANN, en la víspera de nuestras Jornadas, se adhirió a esta indicación a raíz de "la urgencia de la situación"³. Cualquiera sea la respuesta a la cuestión de la urgencia, es claro –y con ello llego al verdadero tema de mi conferencia– que ya no puede excluirse de la discusión acerca de un procedimiento penal de un Estado de derecho al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como una parte destacada de los derechos humanos de un derecho procesal penal europeo.

Ya en el año 1978 KÜHNE señaló su significado para las estructuras procesal-penales de los Estados nacionales europeos⁴. En el año 1983, JUNG y SCHROTH formularon la idea de una armonización de los derechos procesales nacionales a través del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵. Cuatro años después, KÜHL, FUCHS y TRECHSEL informaron, en las Jornadas de la Sociedad de Derecho Comparado, acerca de la influencia del CEDH en el derecho penal y procesal penal alemán, austríaco y suizo⁶. En el año 1990, JUNG pronosticó una homogenización del derecho procesal europeo⁷. En 1998, KÜHNE enfatizó nuevamente la importancia de la jurisprudencia procesal penal del TEDH y presentó un catálogo de "derechos humanos relativos al proceso penal" en base al CEDH⁸.

³ SCHÜNEMANN. *Brief an die Strafrechtslehrerinnen und -lehrer* v. 22.5.03, p. 2. Tales jornadas tuvieron lugar en noviembre de 2003, en Dresde.

⁴ KÜHNE. *Strafprozesslehre*, 1978, § 2 (pp. 7 y ss.).

⁵ JUNG/SCHROTH, en GA 1983, pp. 241, 259 y ss.

⁶ KÜHL. ZStW 100 (1988), p. 406, 601; FUCHS, en ZStW 100 (1988), p. 444; TRECHSEL, en ZStW 100 (1988), p. 667.

⁷ JUNG, en StV 1990, p. 516.

⁸ KÜHNE, en KREUZER/SCHUEING/SIEBER (eds.). *Europäischer Grundrechtsschutz*, 1998, pp. 55, 65, 71.

⁹ StV 2001, pp. 62 y ss. Sobre el tercer simposio, "Verteidigung in einem geplanten europäischen Strafverfahrensrecht", cfr. StV 2003, pp. 115 y ss.

En el segundo simposio de la revista *Strafverteidiger*⁹, de octubre de 2000, WEIGEND alentó "a poner de relieve el contenido material de la CEDH y a volverlo eficaz como contrapeso de la extensa estrategia de incriminación", y consideró que ello es una "tarea futura necesaria y fructífera de una ciencia jurídico penal pensada en términos europeos"¹⁰. Por último, JUNG ha indicado de nuevo –igualmente como prólogo a nuestras Jornadas– el "contorno de un derecho procesal penal europeo" reconocible en la jurisprudencia del TEDH¹¹. Naturalmente también hay, en lo que respecta a la importancia de la CEDH, voces críticas. ROXIN, por ejemplo, considera su importancia como "escasa", porque las garantías de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozessordnung*, en adelante StPO) alemana serían "en su mayor parte más favorables"¹²; SCHÜNEMANN no espera ninguna protección eficaz al derecho de defensa en un derecho procesal penal europeo por parte de las "garantías mínimas" de la CEDH¹³. Esta crítica vuelve más urgente la determinación del estado de la situación incluso también –ello no es menos importante– para refutar a los críticos.

Por supuesto que, en este marco, no es posible hacer una exposición ni siquiera aproximadamente completa de la jurisprudencia del TEDH en materia de procedimiento penal. Pero tampoco es necesario, ya que la jurisprudencia del TEDH fue últimamente objeto de numerosas monografías. La investigación hasta ahora más amplia, hecha por ESSER¹⁴, analiza, en 881 páginas, 1.122 (!) sentencias del TEDH en el período comprendido entre 1959 y 1999, y pretende con ello poner de relieve el núcleo propio de un Estado de derecho del derecho procesal penal europeo. Además, debe indicarse el tra-

¹⁰ WEIGEND. StV 2001, p. 68.

¹¹ JUNG. GA 2003, p. 202.

¹² ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, 25.ª ed., 1998, § 3 n. m. 7. Crítico respecto de esa posición ya era JUNG. StV 1990, p. 514.

¹³ SCHÜNEMANN. StV 2003, p. 122.

¹⁴ ESSER. *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002.

bajo de RZEPKA, que a la luz —entre otras cosas— del artículo 6.º CEDH pone de relieve las exigencias de un proceso penal equitativo¹⁵. SIMON investiga los derechos del párrafo 3.º artículo 6.º CEDH y su recepción en la jurisprudencia alemana¹⁶. SCHLEIMINGER desarrolla 10 tesis acerca del derecho a confrontar del párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH con consideración del derecho angloamericano¹⁷. Finalmente, KIESCHKE examina la influencia del CEDH en el derecho procesal penal alemán de la mano de una selección de fallos del TEDH concernientes a los párrafos 2.º y 3.º artículo 6.º CEDH¹⁸. Anteriormente, SPANIOL ya había presentado un trabajo fundamental acerca del derecho a ser asistido por un defensor, según el CEDH¹⁹. Aún antes, BISCHOFBERGER había investigado los artículos 5.º y 6.º CEDH en atención al proceso penal suizo²⁰, y PIECK había fundamentado el derecho a un procedimiento judicial propio de un Estado de derecho a partir del artículo 6.º CEDH²¹.

Pero ni siquiera en la monumental obra de ESSER se ara la totalidad del campo del derecho procesal penal, sino que se renuncia conscientemente a llevar a cabo una investigación acerca de la jurisprudencia sobre la duración del proceso y la indemnización correspondiente por la privación de la libertad contraria al Convenio²². Esto ya muestra el trabajo hercúleo que me han confiado los colegas de Bayreuth. Si se quisiera solamente exponer los fallos dictados en contra de Alemania desde el 1.º de enero de 2000

¹⁵ RZEPKA. *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, 2000, p. 11 y ss. y passim; de manera crítica WEIGEND. *ZStW* 114 (2002), pp. 898 y ss.

¹⁶ SIMON. *Die Beschuldigtenrechte nach art. 6 Abs. 3 EMRK*, 1998.

¹⁷ SCHLEIMINGER. *Konfrontation im Strafprozess*, 2001, pp. 289 y ss.

¹⁸ KIESCHKE. *Die Praxis des EGMR und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht*, 2003.

¹⁹ SPANIOL. *Das Recht auf Verteidigerbeistand im GG und in der EMRK*, 1990.

²⁰ BISCHOFBERGER. *Die Verfahrensgarantien der EMRK (art. 5.º und 6.º) in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozessrecht*, 1972.

²¹ PIECK. *Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren*, 1966.

²² ESSER (nota 14), cfr. VIII.

a causa de violaciones de la norma procesal fundamental del artículo 6.º CEDH, esa tarea tomaría horas²³. Y aun así esta descripción sería incompleta desde el punto de vista temporal y de contenido, ya que quedaría fuera de consideración todo el ámbito de las medidas de coerción procesal-penales relativas a los artículos 5.º y 8.º CEDH, especialmente la detención y la privación de la libertad²⁴. Desde la creación del Tribunal en el año 1959²⁵ se dictaron, solamente contra Alemania, 75 condenas —aunque no sólo en cuestiones penales—²⁶.

Debería resultar claro que el tema requiere, en primer lugar, una limitación y concretización. Quiero lograrlas a través de una limitación a la cuestión de la validez del principio de la igualdad de armas en el procedimiento preliminar penal, y dejarme guiar por la siguiente cuestión comprensiva del sistema y de la estructura: Alemania, Austria y Suiza tienen una estructura procesal que pone el acento de la investigación acerca de los hechos en un procedimiento de investigación en principio inquisitivo y que luego instituye un procedimiento principal contradictorio. Este procedimiento principal parte de la situación de hecho en gran parte aclarada en el procedimiento de investigación²⁷; por lo tanto, los resultados del

²³ Cfr. AMBOS, en *NSiZ* 2002, pp. 628-633; *NSiZ* 2003, pp. 16 y ss.; para la jurisprudencia completa de 1959 a 1999 cfr. ESSER (nota 14), pp. 51 y ss., 374 y ss.

²⁴ Cfr. AMBOS, en *NSiZ* 2003, pp. 14-16; para la jurisprudencia completa de 1959 a 1999 cfr. ESSER (nota 14), pp. 95 y ss., 199 y ss.

²⁵ Cfr. ESSER (nota 14), p. 45.

²⁶ Estado al 5 de agosto de 2003. Según KIESCHKE (nota 18), pp. 246 y ss. (anexo 1) se emitieron, hasta el 10 de abril de 2002, 57 fallos; posteriormente se emitieron 18 fallos contra Alemania. Según KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 6.ª ed. 2003, § 2 n. m. 38, el TEDH intervino —corrigiendo—, desde 1960, en 13 casos en materia penal. Datos actuales acerca de la carga de trabajo del TEDH aportan SIESS-SCHERZ, en *EuGRZ*, pp. 100 y 101; ENGEL, en *EuGRZ* 2003, p. 122.

²⁷ Cfr. acerca de esta descripción también el grupo de trabajo de profesores de derecho penal alemanes, austriacos y suizos, *Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV)* [Proyecto Alternativo de Reforma del procedimiento de investigación], 2001, pp. 27 y ss., 29; MATSCHER, en *ÖRiZ* 1993, p. 155.

procedimiento preliminar prejuzgan el desenlace del procedimiento principal²⁸. La pregunta reza: ¿es compatible este sistema con el principio de la igualdad de armas? Por ello debe aclararse, en primer lugar, qué se entiende, en el derecho europeo, por igualdad de armas (II.A) y qué derechos procesales concretos se derivan de este principio en atención al procedimiento preliminar (II.B), para luego investigar nuestro derecho interno e identificar eventuales necesidades de reforma (III). Sin embargo, antes de que me dedique a estas cuestiones, sean permitidos algunos comentarios acerca de la posición del CEDH en el derecho interno y acerca del efecto vinculante de la jurisprudencia del TEDH, no para repetir lo ya conocido²⁹, sino para poner de manifiesto dos exigencias que tienen consideración en la creciente importancia del CEDH en el derecho interno, pero también en la esfera supranacional, como dique de contención de un Estado de derecho frente al aspecto policíaco del proceso de europeización.

I. RANGO DEL CEDH EN EL DERECHO INTERNO Y EFECTO VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Por un lado, el CEDH debe ser elevado finalmente al rango de una ley constitucional³⁰. En lugar de colaborar con esta transformación, las dogmáticas constitucional y de derecho internacional se esforzaron inútilmente en otorgarle al CEDH rango constitucional por la vía de los artículos 1.º, 24 y/o 25 GG*, con lo que desautorizaban el

²⁸ PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozeß*, 3 Tomos, pp. 1970 y ss.; E. MÜLLER, en *NJW* 1976, p. 1067; FRISTER, en *StV* 1998, p. 160 con nota 15; SCHÜNEMANN, en *StV* 1998, p. 391 (pp. 394 y ss.); ID., en *StV* 2000, pp. 159 y ss.; WOLTER, en *SK* previo al § 151 n. m. 60; AE-EV, (nota 27), p. 27, 31; DAUBLER-GMELIN, en *StV* 2001, p. 361; BRAITSCH, *Gerichtssprache für Sprachunkundige im Lichte des "fair trial"*, 1991, p. 130; ARQUINT, en SCHINDLER/SCHLAURI (eds.), *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, 2001, p. 195.

²⁹ Cfr. ESSER (nota 14), p. 834 y ss., 868 y ss.; KIESCHKE (nota 18), p. 35 y ss., 52 y ss.; AMBOS, en *NSiZ* 2002, 628 y s. todos con más referencias.

³⁰ Cfr. también KÜHNE (nota 26), § 2 n. m. 30; a favor del rango mayor también KIESCHKE (nota 18), p. 116.

efecto de la transformación por medio de ley ordinaria (en Alemania según párr. 2.º art. 59 GG)³¹ o bien adopción (en Suiza³²). La posible derogación parcial del CEDH a través de una *lex posterior* debe ser tratada mediante una interpretación del caso de las leyes nacionales posteriores que tenga conformidad con el derecho internacional y con el derecho de los tratados³⁴ o a través de la construcción del CEDH como *lex specialis*³⁵; pero esta interpretación choca con límites cuando la voluntad declarada del legislador, enemigo de los derechos humanos, consiste en hacer saltar los goznes de una garantía del CEDH³⁶. Del mero rango de ley del CEDH resulta, además, que no puede ser parámetro de evaluación del control de constitucionalidad³⁷ y, por ello, el Tribunal Constitucional Federal se las arregla de nuevo con una interpretación conforme al Convenio, esta vez de los derechos fundamentales. Como demuestra la praxis de Suiza, este rodeo no es, sin embargo, forzoso: las lesiones

* Abreviatura para "Grundgesetz", Constitución Federal alemana (n. del trad.).

³¹ Cfr. por muchos FIEDLER, en GEIGER (ed.), *Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen*, 2000, p. 16.

³² VILLIGER, en *EuGRZ* 1991, 82; ID. *Handbuch der EMRK*, 2.ª ed. 1999, p. 41 y ss.; BGE 103 V p. 192.

³³ Cfr. WEIGEND, en *StV* 2000, pp. 386 y ss.; WALTER, en *ZaöRV* 1999, pp. 971 y ss.; BLECKMANN, en *EuGRZ* 1995, p. 389 (rango constitucional en razón del art. 24 GG; lo siguen WALTER. Ob. cit., pp. 974 y ss.; FIEDLER [nota 31], p. 21); MASUCH, en *NVwZ* 2000, pp. 1267 y ss. (rango constitucional mediato en razón de afinidad con el derecho internacional); KIESCHKE (nota 18), pp. 40 y ss.; VILLIGER, en *EuGRZ* 1991, p. 89; ID., *HANDBUCH* (nota 32), pp. 44 y ss. (a favor del rango constitucional fáctico); HAEFLIGER/SCHÜRMANN, *Die EMRK und die Schweiz*, 2.ª ed. 1999, pp. 39 y ss. (a favor -como el BG- del rango legal).

³⁴ Cfr. BVERFGE 74, p. 370; KÜHL, en *ZStW* 100 (1988), pp. 409 y ss.; BERNHARD, en *EuGRZ* 1996, p. 339; WEIGEND, en *StV* 2000, p. 387; FIEDLER (nota 31), p. 17; KIESCHKE (nota 18), pp. 41 y ss. Respecto de Suiza cfr. BG *EuGRZ* 1992, pp. 417 y s. al igual que VILLIGER, en *EuGRZ* 1991, pp. 82 y ss.

³⁵ Cfr. KÜHL, en *ZStW* 100 (1988), pp. 409 y ss.; BERNHARD, en *EuGRZ* 1996, p. 339; KADELBACH, en *Strafverteidigervereinigungen* (ed.), 21. *Strafverteidigertag: Reform oder Roll-Back?*, 1997, p. 247.

³⁶ Cfr. el ejemplo de WEIGEND, en *StV* 2000, p. 387: en contra del artículo 6.º III e) CEDH, el imputado es quien tiene que cargar con los costos de un intérprete. Cfr. también VILLIGER, en *EuGRZ* 1991, p. 82.

³⁷ BERNHARD, en *EuGRZ* 1996, p. 339. Cfr. también VOGLER, en *ZStW* 82 (1970), pp. 746 y ss.

al CEDH pueden ser apeladas directamente bajo la forma de la queja, como derecho conforme a la constitución en el sentido del párrafo 1.º a artículo 189 BV³⁸; el CEDH goza, por lo tanto, desde el punto de vista fáctico, de rango constitucional³⁹. En el fondo, esto no cambia nada en el resultado teórico-normativo de que los derechos fundamentales nacionales, en caso de conflicto, prevalecen sobre los derechos del CEDH⁴⁰. Todas estas construcciones auxiliares serían evitables, si se siguiera el modelo austríaco –u otros–⁴¹ y se declarara al CEDH como una ley constitucional federal con “derechos garantizados legal-constitucionalmente” (art. 144 Constitución Federal austríaca)⁴². Naturalmente que aun así el CEDH puede ser

* Abreviatura de *Bundesverfassung*, Constitución Federal suiza (n. del trad.).

³⁸ BG EuGRZ 1975, p. 351; EuGRZ 1992, p. 417; BGE 112 IV p. 139; TRECHSEL, en ZStW 100 (1988), pp. 679 y s.; *id.*, ZStrR 119 (2001), p. 204; VILLIGER, en EuGRZ 1991, p. 85; *id.* (nota 32), pp. 51 y s.; HAUSER/SCHWERT, en *Schweiz. Strafprozessrecht*, 5.ª ed. 2002, pp. 21, 499. El Tribunal Federal en BGE 125 II p. 425, además, excluyó la aplicación de determinaciones legales contrarias a la CEDH y con ello se arrogó –en contra del art. 191 BV– competencia para revisar la adecuación del derecho estatal al derecho internacional. Acerca de la supremacía del derecho internacional, KAYSER. *Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung*, 2001, pp. 142 y ss., 156.

³⁹ Cfr. acerca de las distintas concepciones KAYSER (nota 38), pp. 224 y ss., y también las referencias en nota 33.

⁴⁰ BERNHARD, en EuGRZ 1996, p. 341.

⁴¹ En Francia y España, el CEDH se ubica –al igual que todo tratado internacional– entre la Constitución y la ley, es decir, tiene rango superior al de las leyes (art. 55 Constitución francesa, art. 10.º párr. 2 Constitución española); El Tribunal Constitucional español incluso ha reconocido el rango constitucional *de facto* de la CEDH como tratado de derechos humanos (sentencia Tribunal Constitucional n.º 37/1988, 3 de marzo, II. n.º 5 y ss.); Referencias acerca de otras constituciones europeas en VILLIGER, en EuGRZ 1991, p. 82 m. notas 11-13; CHRYSOGONOS, en EuR 2001, pp. 49, 56 y ss., demuestra que dos tercios de los (por entonces) 41 Estados miembros del Consejo de Europa reconocen el rango suprallegal de la CEDH. En las constituciones modernas de la mayor parte de los Estados latinoamericanos, los tratados de derechos humanos tienen por lo menos rango suprallegal (p. ej., art. 75 n.º 22 Constitución argentina; art. 93 Constitución colombiana; art. 7.º Constitución de Costa Rica; en Brasil, la doctrina dominante deduce el rango constitucional a partir del art. 5.º párr. 2 Constitución, pero el Supremo Tribunal Federal le atribuye solamente rango legal; cfr. STF-HC 74.875-9–Rel. SIDNEY SANCHES– DJU 11.04.97, S. 12.192; STF-HC 73.044-2–Rel. MAURÍCIO CORRÊA– DJU 20.09.96, S. 35.534; más precisiones al respecto CHOUKR. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o direito interno brasileiro: bases para sua compreensão*, 2001, pp. 9 a 27).

derogada –esta vez por una reforma constitucional posterior–, y esto ocurrió efectivamente una vez en Austria⁴³; pero una valla constitucional es, por regla general, demasiado alta incluso para un legislador enemigo de los derechos humanos.

Por otro lado, debería abandonarse de una vez la tesis demasiado formal acerca del mero efecto *inter partes* de los fallos del TEDH⁴⁴. Si bien el artículo 46 CEDH limita el efecto vinculante de un fallo a las partes del proceso (“en los litigios en que sean partes”)⁴⁵, y esta limitación sigue en cierta medida la lógica del proceso de queja individual* previsto por el Convenio (art. 34)⁴⁶, ello no obliga a negar la obligatoriedad general de una interpretación del Convenio dada en un fallo determinado⁴⁷. Si se quiere conceder al CEDH una importancia supranacional, en el sentido de una constitución de derechos básicos de Europa (en materia procesal penal)⁴⁸, o si al menos se pretende reconocerla como un estándar mínimo⁴⁹ propio de un Estado de derecho para un proceso penal

⁴² Cfr. FUCHS, en ZStW 100 (1988), pp. 444 y ss.; ZERBES, en GLESS/GROTE/HEINE (eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, t. 1, 2001, pp. 445, 454.

⁴³ FUCHS, en ZStW 100 (1988), p. 445.

⁴⁴ ESSER (nota 14), p. 835; MASUCH, en NVwZ 2000, p. 1267.

⁴⁵ E incluso también en relación a lesiones futuras, cfr. ESSER (nota 14), p. 835; KIESCHKE (nota 18), p. 63; VILLIGER, en EuGRZ 1991, p. 84.

* En la versión castellana de la Convención se usa el término “demanda”, que no se corresponde con el término “Beschwerde” de la versión alemana, que se traduce mejor por “queja” (n. del trad.).

⁴⁶ En el “corazón” irrenunciable del *ordre public européen*; cfr. TOMUSCHAT, en EuGRZ 2003, p. 95; de acuerdo ENGEL, en EuGRZ 2003, 133.

⁴⁷ POLAKIEWICZ. *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR*, 1993, p. 352.

⁴⁸ Así el TEDH en LOIZIDOU v. Türkei, fallo del 23.3.1995 (ÖjZ 1995, 629), párr. 75 (“instrumento constitucional del orden público europeo en materia de derechos fundamentales”); cfr. también PEUKERT, en *Strafverteidigervereinigungen* (nota 35), p. 231; FROWEIN, en KREUZER/SCHUEING/SIEBER (nota 8), p. 27; CHRYSOGONOS, en EuR 2001, p. 54. Todos los fallos del TEDH pueden ser consultados en los idiomas del Tribunal (inglés y francés) en [www.echr.coe.int/hudoc.htm], inclusive aquellos que todavía no fueron publicados en la colección oficial. En tanto exista una traducción al alemán, se citará ésta.

⁴⁹ El estándar mínimo no debe ser entendido como el mínimo denominador común, ya que frecuentemente sobrepasa las reglas del derecho interno; cfr. SIMON (nota 16), p. 226.

europ⁵⁰, como recientemente hizo la Comisión con su Libro Verde de los Derechos Procesales⁵¹, entonces el contenido material de estos estándares debe resultar de un análisis en conjunto de la jurisprudencia del TEDH, independientemente de las partes del proceso. Este contenido constituye –totalmente en el sentido del objetivo de la armonización del Convenio⁵² y de la interpretación autónoma-evolutiva del Tribunal⁵³– un ordenamiento jurídico autónomo y objetivo⁵⁴. Quien frente a ello se quiera aferrar a que el efecto vinculante, en sentido jurídico estrecho, no existe para terceros estados⁵⁵, no percibe que la interpretación capaz de generalización de una norma determinada de un Convenio forma parte de la fuerza vinculante de esa norma⁵⁶, y que hoy en día apenas puede discutirse la existencia de un efecto orientador fáctico o de una función de llamada de la jurisprudencia para todos los Estados parte (45)⁵⁷, en el sentido de un efecto *erga omnes intra partes*⁵⁸, justamente un doble efecto de la jurisprudencia del TEDH⁵⁹⁻⁶⁰.

⁵⁰ Acerca de la influencia en Latinoamérica, cfr. WOISCHNIK. *Untersuchungsrichter und Beschuldigtenrechte in Argentinien*, 2001, p. 126.

⁵¹ Grünbuch der Kommission, *Verfahrensgarantien im Strafverfahren innerhalb der EU*, 19.2.2003, KOM (2003) 75 endgültig [n. del trad.: existe un documento en castellano con un título similar y la misma identificación: "Libro Verde de la Comisión, garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea", Bruselas, 19.2.2003, COM (2003) 75 final].

⁵² Cfr. párr. 4 del preámbulo ("entendimiento común").

⁵³ Cfr. POLAKIEWICZ (nota 47), p. 284, 347; JUNG, StV 1990, pp. 514 y s.; id., en GA 2003, p. 193.

⁵⁴ De manera similar BLECKMANN, en EuGRZ 1995, p. 387.

⁵⁵ De esa manera ESSER (nota 14), p. 839. Cfr. empero la descripción diferenciada del estado de las opiniones en POLAKIEWICZ (nota 47), pp. 285 y ss.

⁵⁶ POLAKIEWICZ (nota 47), p. 354.

⁵⁷ EuGRZ 2003, p. 179.

⁵⁸ Ese efecto sería inequívoco si se eliminara, en el artículo 46 CEDH, la parte de la oración que reza "en que sean partes"; sobre una exigencia correspondiente de reforma OKRESEK, en EuGRZ 2003, p. 169 con nota 16, quien sin embargo es escéptico al respecto (p. 174).

⁵⁹ Acerca de la ambigüedad del "efecto", también JUNG, en GA 2003, p. 193.

⁶⁰ POLAKIEWICZ (nota 47), pp. 286 y ss., 347 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 839 y ss.; KIESCHKE (nota 18), pp. 69 y ss., 237; BLECKMANN, en EuGRZ 1995, pp. 387 y s.; MASUCH, en NVwZ 2000, p. 1267; CHRYSOGONOS, en EuR 2001, p. 61; JUNG, en GA 2003, p. 193. RESS, en EuGRZ 1996, p. 350, diferencia entre efecto de cosa juzgada y efecto orientador; lo sigue OKRESEK, en EuGRZ 2003, p. 169.

Precisamente la praxis austríaca demuestra, por lo demás, que se puede reaccionar, por parte de un tercer Estado, a fallos que conciernen a otro Estado⁶¹. Dicho brevemente, el CEDH es –más allá del reconocimiento por parte de la Unión Europea (párr. 2.º art. 6.º UE)⁶²⁻⁶³– el instrumento central de los derechos humanos de un derecho procesal penal europeo⁶⁴; ella representa la dimensión de su protección jurídica⁶⁵. Sobre este trasfondo resulta de miras demasiado estrechas considerar que sólo tiene posibilidades de revisión, a causa de una lesión del CEDH (§ 359 n.º 6.º StPO alemán; § 363a StPO austríaco)⁶⁶, exclusivamente quien ha discutido por sí mismo el fallo lesivo del Convenio⁶⁷. ¿Debe, por lo tanto, todo otro interesado, recorrer el extenso camino hacia Estrasburgo, aunque no sea de esperar ninguna otra decisión respecto de una norma ya declarada contraria al Convenio?⁶⁸ ¿Debe un Estado parte esperar hasta la condena en un caso comparable, antes de corregir la situación jurídica contraria al Convenio?⁶⁹.

⁶¹ Cfr. OKRESEK, en EuGRZ 2003, p. 170, con otras referencias.

⁶² Cfr. también art. 1-7 párr. 3 del Proyecto de Constitución de la Unión Europea del 20 de junio de 2003 (EuGRZ 2003, p. 357). El Proyecto fue finalmente aprobado por los 25 gobiernos de la Unión Europea en junio de 2004.

⁶³ En ello es competente empero (todavía) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cfr. art. 46 (d) Tratado UE. Al respecto BUSSE, en NJW 2000, p. 1075; FROWEIN, en *Libro homenaje a Trechsel*, 2002, p. 19; acerca de los diferentes principios de fundamentación del carácter vinculante para la CE de la CEDH ante artículo 6.º párr. 2 UE WEISS. *Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren*, 1996, pp. 77 y ss.; cfr. acerca de la protección de los derechos fundamentales y la CEDH infra, nota 386.

⁶⁴ Cfr. ESSER (nota 14), pp. 7, 10, 18 y pássim; coincidente en los resultados BUSSE, NJW 2000, p. 1074.

⁶⁵ Cfr. WOLTER, *Libro homenaje a Roxin*, 2001, p. 1146.

⁶⁶ Acerca de la exigencia de un motivo de revisión ya VOGLER, en ZStW 82 (1970), p. 779.

⁶⁷ SCHMIDT, en KK StPO, 4.ª ed. 1999, § 359 n. m. 40, con remisión al impreso BT 12/10333, pp. 4 y s.; también MEYER-GOSSNER, en StPO, 46.ª ed. 2003, § 359 n. m. 52; ESSER (nota 14), p. 869; crítico KIESCHKE (nota 18), pp. 156 y ss.

⁶⁸ Convincente WEIGEND, StV 2000, p. 388; en este sentido también BERNHARDT en GEIGER (nota 31), p. 153, a favor de la derogación de la norma contraria a la Convención.

⁶⁹ Acertadamente, a favor de que se impidan violaciones similares a la Convención MASUCH, en NVwZ 2000, p. 1267; OKRESEK, en EuGRZ 2003, pp. 170 y s.; KÖHNE (nota 26), § 2 n. m. 38; BERNHARDT, en Geiger (nota 31), p. 154.

También es demasiado formal, finalmente, el negar el seguimiento directo por parte de los tribunales nacionales de la jurisprudencia del TEDH, con el argumento de la independencia de los tribunales⁷⁰. Desde el punto de vista del derecho internacional, el fallo se dirige al Estado demandado como sujeto del derecho internacional, y esto comprende a sus órganos constitucionales: ejecutivo, legislativo y judicial. Cuando los tribunales nacionales son compelidos a observar la jurisprudencia del TEDH, no surge ningún problema de la división de poderes y por consiguiente de una lesión a la independencia del poder judicial, sino que el Estado demandado cumple con sus obligaciones surgidas del fallo, pues de lo contrario cometería un delito de derecho internacional⁷¹. En la literatura jurídico-penal, por lo demás, se reconoce crecientemente que los tribunales, por la afinidad de la Constitución con el derecho internacional, están en todo caso compelidos de manera mediata a observar la jurisprudencia⁷², y en la praxis jurisprudencial el CEDH encuentra cada vez más consideración⁷³.

⁷⁰ Cfr. WEIGEND, en *StV* 2000, p. 389; ESSER (nota 14), p. 838; crítico también POLAKIEWICZ (nota 47), pp. 58 y ss.

⁷¹ La violación imputable de un deber del derecho internacional representa un "internationally wrongful act of a State"; cfr. art. 2.º del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (International Law Commission [ILC]) acerca de la responsabilidad estatal (Report of the ILC on the Work of its Fifty-Third Session, 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement No 10 (A/56/10), ch. IV.E. 1); cfr. también KIESCHKE (nota 18), pp. 55 y ss.

⁷² RENZIOWSKI, en *JZ* 1999, p. 611; MASUCH, en *NVwZ* 2000, p. 1267 (el tribunal debe, por lo menos, ocuparse intensivamente de la argumentación del TEDH).

⁷³ Cfr. fundamental POLAKIEWICZ (nota 47), pp. 291 y ss., 354; también ESSER (nota 14), pp. 870 y ss.; NACK, *Sonderheft Schäfer*, 2002, p. 51 ("importancia práctica que puede ser comparada completamente con la del BVerfG" [Tribunal Constitucional alemán, n. del trad.]); cfr. también AMBOS, en *NSrZ* 2002, p. 632; *NSrZ* 2003, pp. 14 y ss., especialmente la discusión del BGH (*NJW* 2000, p. 1123; *NJW* 2001, p. 2981) con el fallo del TEDH del 9 de junio de 1998 en el caso TEIXEIRA DE CASTRO v. Portugal (*EuGRZ* 1999, p. 660) acerca del problema de la provocación al hecho (ibid., p. 632). El reproche de la "presunción" (SIMON, [nota 16] p. 224) no debería ya hoy en día, en todo caso en lo que concierne al BGH, ser sostenible.

II. IGUALDAD DE ARMAS EN UN PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EUROPEO

A. Igualdad de armas en el sentido del Convenio

Desde siempre, el Tribunal y la Comisión deducen el principio de la igualdad de armas (*equality of arms*) del principio de juicio equitativo contenido en el párrafo 1.º artículo 6.º CEDH⁷⁴, aunque la concepción original del principio —como igualdad procesal formal entre acusado y el ministerio público⁷⁵— evolucionó más a mediados de los años ochenta. Según la concepción moderna, la igualdad de armas exige que las partes puedan presentar el caso bajo condiciones que no impliquen ninguna posición desventajosa respecto de la contraparte⁷⁶. Ello depende tanto de la apariencia exterior como de la elevada sensibilidad respecto de una

⁷⁴ OFNER U. HOPFINGER v. Austria, Decisión del Consejo de Ministros del 5 de abril de 1963, *Yearbook* 1963, p. 676; NEUMEISTER v. Austria, fallo del 27 de junio de 1968 (*EuGRZ* 1975, p. 393), párr. 22; DELCOURT v. Bélgica, fallo del 17 de enero de 1970, Serie A 11 párr. 28; BULUT v. Austria, fallo del 22 de febrero de 1996 (*OJZ* 1996, p. 130), párr. 44; LANZ v. Austria, fallo del 31 de enero de 2002 (*OJZ* 2002, p. 433), párr. 57; FISCHER v. Austria, fallo del 17 de enero de 2002 (*OJZ* 2002, p. 397), párr. 18; A. B. v. Eslovaquia, fallo del 4 de marzo de 2003, párr. 55; ÖCALAN v. Turquía, fallo del 12 de marzo de 2003, párr. 159, p. 166; sobre esto KÜHNE, en *JZ* 2003, p. 670. Cfr. también RZEPKA (nota 15), p. 83; BRAITSCH (nota 28), p. 124; MEYER-LADEWIG, en *EMRK Handkommentar*, 2003, art. 6.º n. m. 44; KOHLBACHER, *Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der Waffengleichheit*, 1979, pp. 25 y s.; WASEK-WIADEREK, *The Principle of "Equality of Arms" in Criminal Procedure under art. 6. of the ECHR and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries*, 2000, p. 23. Acerca del principio del proceso equitativo como punto de vista orientativo general, WEIGEND, en *ZStW* 113 (2001), p. 276.

⁷⁵ OFNER (nota 74), párr. 1: "procedural equality of the accused with the public prosecutor".
⁷⁶ "Reasonable opportunity to present his case [...] under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-a-vis his opponent"; cfr. BORGERS v. Bélgica, fallo del 30 de octubre 1991 (*EuGRZ* 91, p. 519), párr. 33; Dombó Beheer BV v. Países Bajos, fallo del 27 de octubre 1993 (*OJZ* 1994, p. 664), párr. 33; BULUT (nota 74), párr. 44; LANZ (nota 74), párr. 57; FISCHER (nota 74), párr. 18; A.B. (nota 74), párr. 55; ÖCALAN (nota 74), párr. 159; acerca del proceso civil: NIDERÖST-HUBER v. Suiza, fallo del 18 de febrero 1997, párr. 23; ANKERL v. Suiza, fallo del 23 de octubre de 1996 (*OJZ* 1997, 475), párr. 38. Cfr. también HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 223; VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 307; MERRILLS, *The Development of International Law by the ECHR*, 1993, p. 166; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, p. 207.

equitativa administración de justicia⁷⁷. La transformación de la concepción de la igualdad de armas se puede reconocer con facilidad en la modificación de la postura del Tribunal respecto de la posición y el rol del Procurador General austríaco y del *Procureur Général* belga.

Aunque al principio éste era considerado como un custodio del derecho que, si bien emitía un dictamen proponiendo cómo debía fallarse, no actuaba como enemigo del imputado⁷⁸, en procedimientos posteriores —en razón de una concepción más favorable al imputado— la opinión del Procurador General —llamada *croquis* en el derecho austríaco— fue valorada como la toma de partido en contra del acusado, por lo cual se le debía dar a éste la posibilidad de replicar⁷⁹. El acusado se encontraría en una posición esencialmente desventajosa si ni siquiera pudiera conocer la opinión del Procurador General y por ello no pudiera replicar⁸⁰. La desigualdad de armas no dependería, en tanto, de otra falta de equidad adicional cuantificable (*further quantifiable unfairness*)⁸¹.

Del principio de un proceso equitativo, el Tribunal deriva también el derecho a un procedimiento contradictorio, para lo cual utiliza el concepto de *proceedings*, es decir, no quiere limitar este derecho a *limine* al procedimiento principal⁸². En esencia, este de-

⁷⁷ BORGERS (nota 76), párr. 24; BULUT (nota 74), párr. 47; LANZ (nota 74), párr. 57; FISCHER (nota 74), párr. 18; A. B. (nota 74), párr. 55; ÖCALAN (nota 74), párr. 159.

⁷⁸ DELCOURT (nota 74), párr. 29 y ss.

⁷⁹ BORGERS (nota 76), párr. 24 y ss. (26: "becomes objectively speaking his ally or his opponent"); BRANDSTETTER v. Austria, fallo del 28 de agosto de 1991 (EuGRZ 1992, p. 1990), párr. 67; BULUT (nota 74), párr. 48. Cfr. también WASEK-WIADEREK (nota 74), pp. 24 y ss.; VAN DIJK/VAN HOOFF. *Theory and practice of the ECHR*, 2.ª ed., 1990, pp. 319 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 412 y ss.

⁸⁰ BULUT (nota 74) párr. 49; LANZ (nota 74), párr. 58, 60, 62; FISCHER (nota 74), párr. 19.

⁸¹ BULUT (nota 74) párr. 49; LANZ (nota 74), párr. 58; FISCHER (nota 74), párr. 19.

⁸² Cfr. GARCÍA ALVA v. Alemania, fallo del 13 de febrero de 2001 (StV 2001, p. 205), párr. 1; LIETZOW v. Alemania, fallo del 13 de febrero de 2001 (StV 2001, p. 201), párr. 6; SCHÖPS v. Alemania, fallo del 13 de febrero de 2001 (StV 2001, p. 203), párr. 11; MIGON v. Polen, fallo

recho significa que la acusación y la defensa conozcan las opiniones y las pruebas de la respectiva contraparte y que puedan formular sus réplicas respecto de ellas⁸³. Los tribunales deberían comenzar el procedimiento principal sin encontrarse influidos —carentes de una *preconceived idea*—⁸⁴ (una exigencia que apenas puede armonizarse con el conocimiento del expediente por parte del juez continental europeo) y los interrogatorios a los testigos deberían ser contradictorios⁸⁵. Si bien el Tribunal deja expresamente abierta la cuestión acerca del sistema⁸⁶, estas exigencias corresponden en esencia antes bien al procedimiento adversarial ("contradictorio")* de partes que al procedimiento inquisitivo de investigación oficial⁸⁷; ciertamente, el par de conceptos contradic-

del 25 de junio de 2002, párr. 66; ÖCALAN (nota 74), párr. 166: "criminal proceedings should be adversarial". Cfr. también RZEPKA (nota 15), pp. 85 y ss.; ESSER (nota 14), p. 401 (con referencias en la nota 70); SOMMER, en *Brüssow u.a.* (ed.): *Strafverteidigung in der Praxis*, Tomo 1, 2.ª ed. 2000, pp. 1091, 1133, 1134, 1137.

⁸³ ÖCALAN (nota 74), párr. 166: "both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party".

⁸⁴ BARBERÀ et ál. v. España, fallo del 6 de diciembre de 1988, Serie A 146, párr. p. 77; ESSER (nota 14), pp. 624 y ss.

⁸⁵ Cfr. por ejemplo KOSTOVSKI v. Holanda, fallo del 20 de noviembre de 1989 (StV 1990, p. 481), párr. 41; WINDISCH v. Austria, fallo del 27 de septiembre de 1990 (StV 1991, p. 193), párr. 26: "evidence [...] be produced [...] with a view to adversarial argument"; BARBERÀ (nota 84) párr. 67, 78: "in general be adversarial"; auch BÖNISCH v. Austria, fallo del 6 de mayo de 1985, Serie A 92, párr. 32. Acerca de ello también ESSER (nota 14), pp. 632 y ss.; PEUKERT (nota 48), pp. 238 y ss.

⁸⁶ ÖCALAN (nota 74), párr. 166: "Various ways are conceivable in which national law may secure that this requirement is met". Cfr. también KOHLBACHER (nota 74), pp. 1, 24; SPANIOL (nota 19), p. 127.

* En el original alemán se lee "'adversatorischen' ('kontradiktorischen') Parteiprozess"; por ello utilizo, por única vez, el término "adversarial", que no figura en el Diccionario de la Real Academia Española. Para el concepto de un proceso en el que se enfrentan adversarios, utilizo el término "proceso contradictorio", que materialmente corresponde al vocablo inglés *adversarial*, traducido a veces también como adversatorio [n. del trad.].

⁸⁷ Cfr. también SPANIOL (nota 19), p. 126; MATSCHER, en ÖRIZ 1993, p. 154 (quien indica que el CEDH estaría fuertemente influida por el pensamiento angloamericano); SOMMER (nota 82), p. 1133. Según JUNG, en GA 2003, 203 el procedimiento contradictorio se impone cada vez más.

torio/inquisitivo deja presumir más contradicciones que las que realmente existen en la praxis procesal⁸⁸.

En la literatura, de todos modos, existen formulaciones que intentan un compromiso: se trataría de la participación amplia y activa en el proceso, en el sentido de una *audiatur et altera pars*⁸⁹ o —más concretamente— de la igualdad de las partes para hacer valer sus argumentos⁹⁰, también en lo que se refiere a la actividad de los peritos⁹¹.

En lo que respecta al momento de la aplicación del artículo 6.º CEDH, no se debe sacar la conclusión, a partir de los conceptos "acusación" y "acusado", que aparecen en los párrafos 1.º y 3.º, que el precepto recién se aplica luego de la elevación de la acusación, es decir, recién luego del cierre del procedimiento de investigación. Que el artículo 6.º CEDH interviene antes de ese momento, resulta ya de la jurisprudencia del TEDH, que entiende el concepto de acusación (*charge*) ampliamente, en el sentido de toda imputación formal o incluso material⁹². A más tardar con la decisión del

⁸⁸ Fundamental TRÜG, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, 2003, que indica una similitud fáctica de los sistemas en tres esferas: en el tratamiento de las fiscalías, durante el procedimiento preliminar, de la criminalidad masiva (pp. 72 y ss., 480 y ss.), en el acuerdo que termina con el proceso (pp. 104 y ss., pp. 481 y ss.) y —en menor medida— en el tratamiento probatorio respecto a la criminalidad grave en el juicio oral (pp. 203 y ss., 483 y ss.). Cfr. también JUNG, StV 1990, p. 510; FAIRCHILD, Comparative Criminal Justice Systems, 1993, pp. 128 y s.; JORG/FIELD/TULKENS, en DELMAS-MARTY (eds.), *The Criminal Process and Human Rights*, 1995, pp. 8 y s.; SANDERS/YOUNG, *Criminal Justice*, 2ª ed., 2000, pp. 13 y ss.; AMBOS, en *International Criminal Law Review* 3 (2003), p. 2.

⁸⁹ FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, 1987 p. 137.

⁹⁰ ESSER (nota 14), p. 406; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 187; VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 312.

⁹¹ ESSER (nota 14), pp. 700 y ss. Acerca del art. 6 párr. 3 (d) cfr. infra nota 201 y texto.

⁹² Cfr. WALISCHEWSKI, *Probleme des Akteneinsichtsrechts der Verteidigung im Ermittlungsverfahren im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, 1998, pp. 87 y s.; RZEPKA (nota 15), pp. 26 y ss., p. 97; ESSER (nota 14), pp.

caso Murray, en el año 1996, el artículo 6.º CEDH fue declarado aplicable al procedimiento de investigación (policial)⁹³. Pero principalmente se deduce teleológicamente que la igualdad de armas debe ser garantizada lo más tempranamente posible, para permitir al imputado la intervención en la construcción de los resultados de la investigación prejudicial⁹⁴⁻⁹⁵. Por cierto, ello es tenido en cuenta por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) con una prescripción específica acerca de los derechos del imputado durante el procedimiento preliminar (art. 55)⁹⁶. La aplicación de la igualdad de armas al procedimiento preliminar resulta, por último, de la interpretación de las garantías individuales

51 y ss.; BRAITSCH (nota 28), p. 128; MEYER-LADEWIG (nota 74) art. 6 n. 14; PEUKERT (nota 48), p. 237; KADELBACH (nota 35), p. 251; SOMMER (nota 82), pp. 1143 y s.

⁹³ MURRAY v. Vereinigtes Königreich, fallo del 8 de febrero de 1996 (EuGRZ 1996, p. 587), párr. 62: "applies even at the stage of the preliminary investigation into an offence by the police"; confirmado en MAGEE v. Vereinigtes Königreich, fallo del 6 de junio de 2000 (Crim. L. R. 2000, 681), párr. 41; ÖCALAN (nota 74), párr. 140. En IMBRIOSCA v. Schweiz, fallo del 24 de noviembre de 1993 (ÖJZ 1994, p. 517), párr. 36, el TEDH ha determinado que la aplicabilidad del artículo 6.º párrafo 1 CEDH no puede ser excluida del procedimiento de investigación. Cfr. también Grünbuch der EG-Kommission zum Schutz der finanziellen Interessen der EU und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, 11 de diciembre de 2001, KOM (2001) 715 [Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo], p. 48, según el cual los derechos de defensa (previstos en la CEDH) son aplicables ya en el procedimiento preliminar. Cfr. también FRISTER, en StV 1998, pp. 159 y s.; WASEK-WIADEREK (nota 74), p. 20 y s.; RZEPKA (nota 15), p. 58; ESSER (nota 14), p. 453; también HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 219; SOMMER (nota 82), p. 1125; TONEY, *International Journal of Evidence and Proof* 5 (2001), pp. 39, 46 y s.; con dudas VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 309. Para la aplicación del principio de equidad para todo el proceso cfr. también STEINER, *Fairnessprinzip im Strafprozeß*, p. 150; RÖNNAU, *Absprache im Strafprozeß* p. 208; EISENBERG/CONEN, en NJW 1998, p. 2248; N. SCHMID, *Strafprozessrecht*, 3ª ed. 1997, p. 67; otra opinión todavía, BGE 106 IV p. 87; J. SCHULZ, *Recht und Politik VII* (Thessaloniki 1984), p. 171.

⁹⁴ Cfr. nota 28.

⁹⁵ Coincidente en el resultado WASEK-WIADEREK (nota 74), p. 21; WALISCHEWSKI (nota 92), p. 87; BRAITSCH (nota 28), p. 129 y ss. Cfr. también MURRAY (nota 93), párr. 66, en el que se enfatiza la "paramount importance" para el derecho a la defensa de la asistencia de un abogado en el procedimiento de investigación; también SOMMER (nota 82), p. 1134; SCHLEIMINGER (nota 17), p. 291. NACK (nota 73), p. 51 indica que las violaciones más importantes y decisivas tienen lugar durante el procedimiento de investigación.

⁹⁶ BGBl. II (2000), p. 1394; [www.un.org/icc].

del párrafo 3.º artículo 6.º CEDH, a las que nos dedicaremos a continuación.

B. Los derechos del imputado enumerados en el párrafo 3.º artículo 6.º CEDH como emanación de la igualdad de armas

1. Sistemática del artículo 6.º CEDH

Los derechos del imputado enumerados en el párrafo 3.º artículo 6.º CEDH integran el principio general de equidad⁹⁷ contenido en el párrafo 1.º artículo 6.º CEDH, pero no siempre es posible delimitarlos respecto de éste de manera clara. Así el Tribunal derivó, con referencia al párrafo 3.º (c) hasta (e) artículo 6.º CEDH –basado en el párrafo 1.º artículo 6.º CEDH, en tanto contiene el derecho general a un procedimiento contradictorio–, el derecho a tomar conocimiento de las pruebas y de las manifestaciones de los participantes en el proceso (en especial del ministerio público), como así también la posibilidad de estar presente y opinar en las audiencias orales, en todo caso durante el juicio oral de la primera instancia y en la instancia de apelación⁹⁸. Esto demuestra la cercanía del procedimiento contradictorio con la igualdad de armas, y esta presupone además el derecho a la presencia personal

⁹⁷ Cfr. RZEPKA (nota 15), pp. 25 y s., 57; MEYER-LADEWIG, art. 6.º n. m. 35, ambos con referencias jurisprudenciales.

⁹⁸ COLOZZA v. Italia, fallo del 12 de febrero de 1985 (EuGRZ 195, p. 631), párr. 27; Belziuk v. Polen, fallo del 25 de marzo de 1998 (OJZ 1999, p. 117), párr. 37 y s.; Stanford v. Vereinigtes Königreich, fallo del 23 de febrero de 1994, (OJZ 1994, p. 600), párr. 26 ("right to be present, but also to hear and follow the proceedings"). Cfr. también ESSER (nota 14), pp. 406 y ss., 410, 415, 458, 721 con otras indicaciones en la nota 218 y s.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), pp. 183 y s., pp. 186-188; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), pp. 303 y s.; MEYER-LADEWIG (nota 74) art. 6 n. m. 38 y s.; PEUKERT (nota 48), pp. 237 y s.; SOMMER (nota 82), p. 1135. art. 14 párr. 3 (d) IpbpR [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] contiene explícitamente el derecho a estar presente. Acerca de la admisibilidad del procedimiento en ausencia, ESSER (nota 14), pp. 721 y ss.

con la posibilidad de tomar posición, especialmente también respecto de pruebas de cargo⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Por otro lado, la posibilidad de participar en las audiencias presupone la capacidad del acusado para ello¹⁰¹. La posibilidad de opinar se refiere también a las explicaciones del tribunal¹⁰² y requiere la comunicación de la sentencia en la etapa recursiva del proceso a ambas partes, y no sólo a la Fiscalía¹⁰³.

Los derechos del imputado descritos en el párrafo 3.º artículo 6.º CEDH, en parte, también se superponen¹⁰⁴. Estos derechos pueden ser resumidos con el concepto general del derecho a una defensa efectiva y adecuada, que nuevamente es introducido, especialmente en el párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH¹⁰⁵. Se pueden distinguir dos niveles: en primer lugar, están reguladas las condiciones básicas de una defensa efectiva a través de la comunicación de la imputación (párr. 3.º [a] art. 6.º CEDH) y del otorgamiento del tiempo suficiente para la preparación de la defensa (párr. 3.º [b] art. 6.º CEDH). Luego, se trata de un ejercicio *stricto sensu* de la defensa, al que pertenecen el derecho a interrogar del párrafo 3.º III (d) artículo 6.º y a acudir a la asistencia de un intérprete de acuerdo al párrafo 3.º (e) artículo 6.º. Antes de que consideremos los derechos en particular con un poco más de exactitud, debe indicarse

⁹⁹ BERNARD v. Frankreich, fallo del 23 de abril de 1998 (OJZ 1999, p. 236), párr. 38; también VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), pp. 307, 312 y s.

¹⁰⁰ ESSER (nota 14), p. 415; también VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 333: participación personal e interrogación.

¹⁰¹ MIELKE v. Alemania, fallo del 25 de noviembre de 1996 (EuGRZ 1997, p. 154), párr. 36.

¹⁰² ESSER (nota 14), pp. 417 y s.

¹⁰³ Cfr. ESSER (nota 14), pp. 418 y s.

¹⁰⁴ Cfr. también HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 227 (relativo al art. 6.º párrs. 3 [d] y [c] CEDH); VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 327 (relativo al art. 6.º párrs. [b] y [e] CEDH).

¹⁰⁵ A favor de considerar al art. 6.º párr. 3 (b) como "el derecho madre" TRECHSEL, *Libro homenaje a Druey* 2002, p. 995.

que el catálogo de derechos procesales desarrollado hasta ahora por la jurisprudencia no es exhaustivo, sino que más bien el artículo 6.º promueve que "salgan a la luz constantemente nuevas facetas de un procedimiento judicial equitativo"¹⁰⁶. En tanto el Tribunal no se haya expresado respecto de una cuestión particular, debe responderse a esa cuestión a la luz de la jurisprudencia dictada hasta el momento, para lo cual el principio de la igualdad de armas cobra un significado especial como máxima de interpretación.

2. Párrafo 3.º (a) artículo 6.º CEDH

El derecho a ser informado, en el plazo más breve posible, acerca de "la naturaleza y causa" de la imputación¹⁰⁷ sirve de protección, como lo ha formulado alguna vez TRECHSEL, frente a la "sorpresa y la desprevenición"¹⁰⁸. Si el principio de la igualdad de armas es tomado en serio, debe informarse al imputado desde un comienzo, de manera suficiente y completa –oralmente o por escrito–, sobre los hechos y su significado jurídico, para que no se encuentre en una desventaja informativa irremediable respecto de las autoridades que están a cargo de la investigación¹⁰⁹. El deber de informar surge, por ello, no recién con la elevación de la acusación, sino tan pronto como se comience a investigar a una persona, es decir, en cuanto se la convierte, materialmente, en imputada¹¹⁰. La comunicación puede, a lo sumo, dejar de hacerse

¹⁰⁶ VILLIGER. *Handbuch* (nota 32), p. 301; de manera similar PEUKERT (nota 48), p. 243: ámbito de discrecionalidad para juzgar más amplio.

¹⁰⁷ Cfr. SIMON (nota 16), pp. 7 y ss.; RZEPKA (nota 15), pp. 58 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 437 y ss.; BRATISCH (nota 28), pp. 137 y ss.; FRISTER, *StV* 1998, p. 159; VILLIGER. *Handbuch* (nota 32), pp. 322 y ss.; MEYER-LADEWIG (nota 74) art. 6.º n. m. 89.

¹⁰⁸ TRECHSEL, en *ZStR* 1979, p. 343; lo aprueba VILLIGER. *Handbuch* (nota 32), pp. 32 y s.

¹⁰⁹ Cfr. acerca de esta comprensión de la igualdad de armas ya AMBOS, en *NSrZ* 2003, p. 16.

¹¹⁰ Correctamente SIMON (nota 16), pp. 9 y s.; de manera similar FRISTER, en *StV* 1998, pp. 159 y ss., p. 161; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 323; SOMMER (nota 82), pp. 1120 y s.; de otra opinión ESSER (nota 14), p. 440.

cuando existe el temor fundado de que el imputado podría frustrar la investigación de maneras incompatibles con el ejercicio de sus derechos procesales¹¹¹.

Del párrafo 3.º (a) artículo 6.º CEDH resulta también el deber de comunicar –por regla, de manera escrita– el contenido del escrito de acusación¹¹², y ello incluso también cuando el imputado ya hubiera sido informado con anterioridad acerca de la naturaleza y causa de la imputación¹¹³. Esto vale especialmente –aunque no exclusivamente– cuando el escrito de acusación contiene nuevas perspectivas respecto de cuestiones de hecho o de derecho¹¹⁴. Con independencia de ello, el derecho a conocer el escrito de acusación resulta también del principio de contradicción, ya que la acusación constituye la primera manifestación formal y vinculante de la contraparte, del *opponent* o *adversary*¹¹⁵.

Del párrafo 3.º (a) artículo 6 CEDH no se deduce, sin embargo, ningún deber de informar al imputado sobre sus derechos. Esta laguna en la protección pudo ser cubierta con la *letter of rights* –exigida por la Comisión de la Unión Europea en el ya mencionado Libro Verde de las Garantías Procesales–, es decir, con una hoja informativa que resume los derechos esenciales del imputado, y que le debe ser provista ya por la policía¹¹⁶.

Una información completa de la imputación requiere que sean reveladas (*disclosure*) las pruebas de cargo; ello comprende también, por ejemplo, indicaciones acerca de la credibilidad de un

¹¹¹ GILLMEISTER, en *StraFo* 1996, pp. 115 y s. SIMON (nota 16), pp. 10 y s.; SOMMER (nota 82), p. 1121.

¹¹² HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 220.

¹¹³ KAMASINSKI v. Austria, fallo del 19 de diciembre de 1989 (*ÖJZ* 1990, p. 413), párr. 79.

¹¹⁴ Cfr. SIMON (nota 16), pp. 5 y s.; ESSER (nota 14), pp. 442 y ss.

¹¹⁵ ESSER, p. 443 (nota 14), p. 443; KÜHNE, en *StV* 1994, p. 67.

¹¹⁶ Libro Verde de garantías procesales (nota 51), pp. 42 y s.

testigo de cargo¹¹⁷. Naturalmente existen intereses contrapuestos, especialmente por razones de seguridad nacional y de protección de testigos¹¹⁸, pero, sin embargo, deben en todo caso existir posibilidades de control procesal efectivas para compensar las desventajas que surjan de una falta de revelación¹¹⁹. El deber de revelar es una consecuencia típica del modelo procesal contradictorio que se esfuerza por equilibrar la superioridad y la ventaja investigadora del ministerio público. Por ello, el deber concierne principalmente a las autoridades encargadas de la persecución; según la concepción del derecho procesal penal internacional, un deber de revelar impuesto a la defensa violaría la prohibición de autoincriminación (art. 67 [1] [g] del Estatuto CPI)¹²⁰ y lesionaría el principio de igualdad de armas¹²¹.

En el proceso "inquisitivo" el instituto correspondiente a la revelación es el derecho al amplio acceso al expediente¹²². El Tribunal habla de *access to the case file*¹²³, e incluye con ello el examen del expediente como una forma posible de acceso. Este derecho no se encuentra explícitamente formulado en el CEDH, pero puede ser

¹¹⁷ JESPERS v. Bélgica, Decisión del Consejo de Ministros del 29 de septiembre de 1982, 5 EHRR 305, párr. 58; EDWARDS v. Vereinigtes Königreich, fallo del 16 de diciembre de 1992 (OJZ 1993, p. 391) párr. 36; Rowe und Davis v. Vereinigtes Königreich, fallo del 16 de febrero de 2000, (StraFo 2002, p. 51), párr. 60. Cfr. también ESSER (nota 14), pp. 403 y ss.; SOMMER (nota 82), p. 1120; PLOWDEN/KERRIGAN. *New Law Journal* 151 (2001), p. 735.

¹¹⁸ Rowe und Davis (nota 117), párr. 54, 61.
¹¹⁹ Cfr. JASPER v. Vereinigtes Königreich, fallo del 16 de febrero de 2000, párr. 52 como así también TONEY. *International Journal of Evidence and Proof* 5 (2001), pp. 39, 49 y ss.
¹²⁰ Supra, nota 96; cfr. BRADY, en LEE (ed.), ICC. *Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, p. 414.

¹²¹ MAY/WIERDA. *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), pp. 725, 760, 761; Safferling, *Towards an international criminal procedure*, 2001, pp. 194, 202, 374. En general, acerca del *disclosure* en el derecho procesal penal internacional, cfr. AMBOS. *International Criminal Law Review* 3 (2003), p. 13.

¹²² Detalladamente WALISCHEWSKI (nota 92), pp. 71 y ss. y *pássim*; ESSER (nota 14), pp. 424 y ss.; BRAITSCH (nota 28), pp. 152 y ss. Acerca de EG-Kartellverfahren WEISS (nota 63), pp. 192 y ss.

¹²³ Cfr. por ejemplo ÖCALAN, párr. 158 y ss.

deducido de los principios de la igualdad de armas¹²⁴ y del derecho a ser oído¹²⁵, como así también del párrafo 3.º (b) artículo 6.º CEDH¹²⁶. En mi opinión, se deduce también del párrafo 3.º (a) artículo 6.º CEDH, ya que la información completa acerca de la imputación comprende el conocimiento del expediente. Aunque el Tribunal todavía no ha fijado el momento del acceso al expediente¹²⁷, no debería haber ninguna duda de que este derecho rige ya durante el procedimiento de investigación¹²⁸. Esto resulta no solamente de manera abstracta del principio de igualdad de armas, sino también, de manera concreta, de que el ejercicio efectivo de los derechos individuales del párrafo 3.º artículo 6.º CEDH requiere la información completa al imputado que, llegado el caso, ha de ser llevada a cabo mediante el acceso al expediente.

El derecho al acceso al expediente no rige, sin embargo, al igual que el deber de revelación, de manera absoluta. En primer lugar, se puede deducir de un *obiter dictum* en el fallo FOUCHER que el interés en el secreto de la investigación que resulta, por ejemplo, del peligro para el fin de la investigación o del peligro para los testigos, puede justificar una limitación del acceso al expediente¹²⁹.

¹²⁴ Así ESSER (nota 14), p. 425; también ÖCALAN (nota 74), párr. 159. Crítico TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, p. 996.

¹²⁵ HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 188; desde una perspectiva jurídico-constitucional WALISCHEWSKI (nota 92), pp. 11 y ss.

¹²⁶ Así TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, p. 994; SIMON (nota 16), pp. 30 y ss.; WALISCHEWSKI (nota 92), p. 86; VILIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 326; SOMMER (nota 82), p. 1122; cfr. también ÖCALAN (nota 74), párr. 163.

¹²⁷ Crítico ESSER (nota 14), pp. 430 y ss., 433 (el TEDH le otorgaría muy poco valor a los primeros estadios del proceso penal, en los que existe la amenaza de pérdidas irreparables de los derechos de defensa).

¹²⁸ Cfr. nota 93 y ss. y texto; también WALISCHEWSKI (nota 92), pp. 93 y s., 97, 140; TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, pp. 1006 y ss.; ESSER (nota 14), p. 430; BRAITSCH (nota 28), p. 154; SOMMER (nota 82), p. 1123.

¹²⁹ FOUCHER v. Frankreich, fallo del 18 de marzo de 1997 (NSTZ 1988, p. 429), párr. 35 ("the question of ensuring the confidentiality of the investigation did not arise"); ESSER (nota 14), p. 353, 430.

Además, el derecho puede estar limitado al defensor¹³⁰, y ello de distintas maneras, ya sea mediante el conocimiento de los expedientes originales, la entrega de copias o medidas similares¹³¹. El acceso puede verse limitado de manera fáctica por el hecho de que no todos los documentos esenciales para la investigación hayan sido incorporados al expediente, con lo cual surge la cuestión del control del organismo de persecución que lo conduce¹³². El TEDH no responde a estos interrogantes; sólo es posible obtener una orientación –en ésta como en otras cuestiones– en base al derecho a una defensa efectiva como barrera infranqueable. De ello se deduce también que el imputado, cuando no tiene defensor, puede tomar vista personalmente del expediente¹³³. De todos modos, el derecho al acceso al expediente es principalmente un derecho del imputado, por lo que es fundamentalmente él quien debe tener acceso al expediente por sí mismo, y ello debe ocurrir, a más tardar, antes del juicio oral (*hearing*)¹³⁴. La razón reside en que, por regla general, el imputado conoce los hechos y por ello es quien puede poner en su contexto el contenido del expediente de la mejor manera posible¹³⁵. Esto es especialmente razonable en el caso de líderes (élites funcionales), ya que sólo ellos tienen una perspectiva de las estructuras de los aparatos de poder criminales que utilizan. Así el TEDH fundamentó la pretensión del líder del PKK*, ÖCALAN, de acceder personalmente al expediente, ya que

¹³⁰ Cfr. KAMASINSKI (nota 113) párr. 88; KREZOW v. Austria, fallo del 21 de septiembre de 1993, Series A 268-B, párr. 52; ESSER (nota 14), pp. 424 y s.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 225. Crítico TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, p. 997.

¹³¹ Cfr. ESSER (nota 14), pp. 427 y ss.

¹³² Acerca de ello, recientemente TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, pp. 998 y ss.

¹³³ Según FOUCHER (nota 129), párr. 35 y s., en todo caso siempre que habría de ser condenado en razón de un documento que se encuentra en el expediente. Detalladamente WALISCHESKI (nota 92), pp. 205 y ss., 225; también BRAITSCH (nota 28), pp. 153 y s.

¹³⁴ KREZOW (nota 130) párr. 63; ÖCALAN (nota 74), párr. 160. Detalladamente WALISCHESKI (nota 92), pp. 144 y ss., 189 y ss.

¹³⁵ TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, p. 997; WALISCHESKI (nota 92), pp. 92, 144.

* Partido de los Trabajadores Kurdos (n. del trad.).

este sería una de las personas *best able* para reconocer las perspectivas relevantes de la defensa y para poder, correspondientemente, prepararla¹³⁶.

La relación de tensión entre el derecho de examinar el expediente personalmente y una defensa efectiva puede existir cuando al imputado le fue asignado un defensor –llegado el caso, incluso en contra de su voluntad¹³⁷– y le fue cedido a éste el ejercicio del derecho a acceder al expediente pero, simultáneamente, no existe una relación de confianza entre imputado y defensor y éste, o bien no le informa al imputado sobre el contenido del expediente o directamente no hace uso del derecho de vista. Una solución conforme a los derechos humanos exige prever la circunscripción al defensor del derecho a examinar el expediente de manera exclusiva en los casos en los que el imputado ya cuente efectivamente con uno, o cuando se le pueda asignar uno según el párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH¹³⁸.

Mientras que el derecho al acceso al expediente está sometido en general a ciertas limitaciones, rige de manera prácticamente absoluta en el marco del procedimiento de *examen de la prisión preventiva***

¹³⁶ ÖCALAN (nota 74), párr. 161. De manera similar TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, p. 997.

¹³⁷ cfr. nota 183 y texto.

¹³⁸ Cfr. de manera similar ESSER (nota 14), pp. 428 y s.

** Existen otras traducciones al castellano de los términos "Haftprüfung" y "Haftprüfungsverfahren". MAIER (*La ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires, 1982) utiliza la expresión "examen de la detención"; GÓMEZ COLOMER (*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985) traduce "examen sobre el mantenimiento o no de la prisión provisional"; me parece preferible la segunda propuesta (aunque en una forma más breve: "procedimiento de examen de la prisión preventiva"), porque el procedimiento al que se refieren los §§ 117 y ss. StPO tiene relación con el control de la prisión preventiva. Sin embargo, traduje alejo de las tradiciones existentes en la traducción de esos términos. Sin embargo, traduciré el término "Haft", utilizado frecuentemente por el autor, como "detención", por considerarlo un concepto más general que "Untersuchungshaft" (prisión preventiva); en ese sentido, me acerco a la traducción utilizada por MAIER [n. del trad.].

(párr. 4.º art. 5.º CEDH)¹³⁹. Según la nueva jurisprudencia, el defensor debe tener acceso a todos los documentos e informaciones del expediente del proceso que son necesarios para la valoración de la legitimidad de la detención y que, por lo tanto, son imprescindibles para poder atacarla¹⁴⁰. El interés legítimo de las autoridades de persecución en mantener el secreto debe, pese a todo, ser tomado en cuenta, pero no puede justificar la reducción sustancial del derecho de defensa¹⁴¹. Un acceso aún más amplio al expediente se puede deducir del principio (formal) de la igualdad de armas, ya que si entre defensa y Fiscalía debe haber un mismo nivel de información, la defensa debe tener conocimiento completo del expediente. Entendido de esta manera rigurosa, el derecho de acceso al expediente se acerca a las *disclosure rules* del proceso contradictorio de partes. Sin embargo, si se parte de un entendimiento material de la igualdad de armas¹⁴² de manera correspondiente con la estructura del procedimiento inquisitivo de investigación oficial, de todas maneras existe el derecho a acceder a todas las informaciones esenciales para fundamentar la decisión del examen de la prisión preventiva¹⁴³.

Por lo demás, en el caso de la detención resulta del principio de la igualdad de armas en función del párrafo 2.º artículo 5.º CEDH, la

¹³⁹ Cfr. SIMON (nota 16), pp. 31 y s., 42 y s.; WALISCHEWSKI (nota 92), pp. 71 y ss., 84, 141; ESSER (nota 14), pp. 351 y ss.; AMBOS, en *NSrZ* 2003, p. 14; JUNG, en *GA* 2003, pp. 201 y s.; crítico TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, pp. 1004 y s.

¹⁴⁰ Recientemente SHISHKOV v. Bulgaria, fallo del 9 de enero de 2003, párr. 77: "information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the suspect's lawyer"; Nikolov v. Bulgarien, fallo del 30 de enero de 2003, párr. 97: "access to those documents in the investigation file which are essential in order to challenge effectively the lawfulness of his client's detention".

¹⁴¹ SHISHKOV (nota 140), párr. 77: "this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence".

¹⁴² Acerca de esta comprensión, infra m.A.

¹⁴³ De manera similar ESSER (nota 14), pp. 352 y s., a favor de una orientación en los parámetros de revisión y control propios del procedimiento judicial de examen de la prisión preventiva.

correspondiente participación del imputado y su información acerca de los hechos que fundamentan la privación de la libertad¹⁴⁴. Las ventajas de un procedimiento contradictorio (*benefit of an adversarial procedure*) deben ser concedidas¹⁴⁵; en éstas están comprendidas también, como en general, la presencia en las audiencias orales¹⁴⁶ y la posibilidad de opinar acerca de lo alegado por la Fiscalía¹⁴⁷. A manera de ejemplo, se puede remitir aquí nuevamente a una condena a Austria, debido a que, en una audiencia en la que se examinaba la prisión preventiva ante el OLG*, sólo estuvo representada la Fiscalía¹⁴⁸.

3. Párrafo 3.º (b) artículo 6.º CEDH

El párrafo 3.º (b) artículo 6.º CEDH otorga al imputado el derecho a disponer del "tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa"¹⁴⁹. La idea de la igualdad de armas se expresa claramente en ello en tanto el imputado tenga exactamente tanto tiempo para la preparación de su defensa como la Fiscalía tiene

¹⁴⁴ Cfr. ESSER (nota 14), pp. 342 y ss.; acerca de la igualdad de armas también PEUKERT (nota 48), p. 235. SOMMER (nota 82), p. 1151, considera el deber de información que surge del art. 5.º párr. 2 CEDH.

¹⁴⁵ 6 párr. 3 (a) CEDH como más amplio que aquel que surge del art. 5.º párr. 2 CEDH.

¹⁴⁶ SANCHEZ-REISSE v. Suiza, fallo del 21 de octubre de 1986 (EuGRZ 1988, p. 523), párr. 51; KEUS v. Holanda, fallo del 25 de octubre de 1990, Serie A 185-C, párr. 28; NIKOLOVA v. Bulgaria, fallo del 25 de marzo de 1999 (ÖJZ 1999, p. 812) párr. 58. Acerca de ello también ESSER, p. 346; SOMMER (nota 82), p. 1158.

¹⁴⁷ ESSER (nota 14), p. 349, pretende que la petición del imputado para que se examine su detención implique la petición concluyente de estar presente en la audiencia oral.

¹⁴⁸ Cfr. ESSER (nota 14), pp. 347 y ss.

* Abreviatura para "Oberlandesgericht", Tribunal Superior Estadual [n. del trad.].

¹⁴⁹ TOOTH v. Austria, fallo del 12 de diciembre de 1991, Serie A 224 (ÖJZ 1992, p. 242), párr. 8 y s.; al respecto ESSER (nota 14), p. 348.

¹⁴⁹ Cfr. detalladamente SIMON (nota 16), pp. 27 y ss.; RZEPKA (nota 15), pp. 60 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 447 y ss.; BRAITSCH (nota 28), pp. 146 y ss.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), pp. 221 y ss.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), pp. 325 y ss. VÖGLER, en *IntKomment*, art. 6.º n. m. 479 y s., 493.

*Sigo aquí el texto de la versión castellana de la Convención, disponible en [www.echr.coe.int/Convention/webConvenESP.pdf] (n. del trad.).

para preparar la acusación¹⁵⁰. Por lo tanto, este derecho rige inequívocamente—ya en el procedimiento preliminar¹⁵¹. Naturalmente no es posible determinar en abstracto cuándo el tiempo de preparación es “suficiente”; en especial porque los textos en francés e inglés se diferencian¹⁵². Un “procedimiento sumario” debe ser, en todo caso, evitado¹⁵³. Por ejemplo, un plazo de tres semanas fue considerado suficiente para contestar a un documento de 49 páginas¹⁵⁴, pero no lo fue uno de dos semanas para un expediente de 17.000 páginas (que, además, el defensor debió copiar por sí mismo)¹⁵⁵; tampoco fue considerado suficiente un plazo de una hora o bien de tres días hasta el comienzo del juicio oral en un proceso complejo desde el punto de vista de los hechos y/o del derecho¹⁵⁶.

El derecho a las facilidades para la preparación de la defensa puede, eventualmente, comprender que se pongan a disposición del imputado los medios correspondientes (textos legales, tratados científicos), especialmente en el caso de que el imputado esté detenido y no tenga acceso a estos medios¹⁵⁷. El derecho al conocimiento de medios de prueba de descargo puede también basarse en el párrafo 3.º (b) artículo 6.º CEDH¹⁵⁸.

4. Párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH

El párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH otorga, considerado con exactitud, tres derechos: el de defenderse a sí mismo, el derecho a elegir

¹⁵⁰ BRAITSCH (nota 28), p. 146; también HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 223.
¹⁵¹ Cfr. también RZEPKA (nota 15), p. 60.

¹⁵² “Adequate ... facilities” o bien “facilités nécessaires”, cfr. TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, pp. 995 y s.

¹⁵³ VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 325.

¹⁵⁴ KREMZOW (nota 130), párr. 48.

¹⁵⁵ ÖCALAN (nota 74), párr. 165, 167.

¹⁵⁶ Cfr. TWALIB v. Griechenland, fallo del 9 de junio de 1998 (OJZ 1999, p. 390), párr. 40; DAUD v. Portugal, fallo del 21 de abril de 1998 (OJZ 1999, p. 198), párr. 39.

¹⁵⁷ VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 326.

¹⁵⁸ Ídem.

un defensor de confianza y el derecho a contar con un defensor de oficio gratuito¹⁵⁹. El derecho a una defensa efectiva puede, por lo tanto, ser ejercido por el imputado mismo (primera alternativa) o por un defensor (segunda alternativa). La distinción pone de manifiesto que el defensor no reemplaza al imputado, sino que lo asiste, por lo que también puede ser dispuesta la comparencia del imputado¹⁶⁰. Por otra parte, la distinción no excluye que el defensor y el imputado puedan ser considerados, en ciertos casos, como una unidad, especialmente cuando al imputado debe atribuírsele una infracción del defensor, por ejemplo, la ausencia del defensor de confianza en el juicio oral¹⁶¹ o la renuncia a la interposición de determinadas peticiones¹⁶².

La designación del defensor debe llevarse a cabo ya durante el procedimiento de investigación pues, a raíz de su importancia prejudicial¹⁶³, la falta de defensor puede conducir a un desequilibrio irreparable entre las autoridades de persecución y el imputado¹⁶⁴. Por lo tanto, hay que preguntarse en concreto si una acción determinada de la investigación interviene de tal manera en la posición de la defensa que la falta del defensor podría conducir a una desventaja irreparable. El Tribunal encontró que ello sucedía

¹⁵⁹ Cfr. RZEPKA (nota 15), pp. 64 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 450 y ss., pp. 466 y ss.; BRAITSCH (nota 28), pp. 155 y ss.; VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), pp. 327 y ss., pp. 333 y s.; Libro Verde, garantías procesales (nota 51), pp. 22 y ss. Cfr. también art. 47 párr. 2 oración 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”.

¹⁶⁰ HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 228.

¹⁶¹ *Infra* nota 177.

¹⁶² Cfr. SPANIOL (nota 19), pp. 171 y s.; ESSER (nota 14), pp. 639 y ss.

¹⁶³ Cfr. notas 28 y 94.

¹⁶⁴ Cfr. WEIGEND, en StV 2000, p. 385 con nota 24; ESSER (nota 14), pp. 476 y s.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 228; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 328; SIMON (nota 16), pp. 55 y s.; MEYER-LADEWIG (nota 74), art. 6.º n. m. 91. Coincide en el resultado EuGH, Hoechst AG v. Kommission, fallo del 21 de septiembre de 1989 Slg. 1989, 2859 (LS. 1), según el cual el derecho a asistencia debe observarse ya en el procedimiento de investigación; Libro Verde de garantías procesales (nota 51), pp. 25 y ss.

en el caso de la falta de asistencia del defensor en los primeros interrogatorios policiales (*at the initial stages*) o bien en los primeros interrogatorios de investigaciones judiciales¹⁶⁵. En el proceso de casación, cuando fue fijada una audiencia oral, el derecho a contar con un defensor surge del párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH, ya que entonces la cuestión tiene una cierta importancia y la participación del defensor es de interés para la correcta administración de justicia¹⁶⁶.

El derecho a una defensa efectiva presupone la participación del imputado y/o del defensor en las audiencias orales y, llegado el caso, también en los interrogatorios. Ello demuestra que este derecho tiene su fundamento en el derecho a ser oído¹⁶⁷. El imputado y/o el defensor deben, por lo tanto, ser citados a las audiencias¹⁶⁸ y deben ser informados acerca de las postergaciones de las mismas¹⁶⁹; debe incluso aplazarse el acto cuando el defensor de confianza no puede concurrir¹⁷⁰. El imputado y el defensor tienen derecho a mantener contactos confidenciales e ilimitados ya desde el procedimiento preliminar¹⁷¹. La confidencialidad del contacto es un presupuesto básico de la efectividad práctica del

¹⁶⁵ Sobre el interrogatorio policial MURRAY (nota 93), párr. 81; de acuerdo ÖCALAN (nota 74), párr. 140; acerca del interrogatorio judicial de investigación: QUARANTA v. Suiza, fallo del 24 de mayo de 1991 (Serie A 205), párr. 36. Al respecto también ESSER (nota 14), pp. 476 y s.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 328.

¹⁶⁶ PAKELI v. Alemania, fallo del 25 de abril de 1983 (*EuGRZ* 1983, p. 344), párr. 36. Al respecto KIESCHKE (nota 18), pp. 119 y ss.

¹⁶⁷ Fundamental SPANIOL (nota 19), pp. 212 y ss., pp. 219 y ss.; coincide WALTHER, en *GA* 2003, p. 222; también MEYER-LADEWIG (nota 74) art. 6.º n. m. 38 y s.

¹⁶⁸ ESSER (nota 14), pp. 459 y ss.; MEYER-LADEWIG (nota 74) art. 6.º n. m. 49.

¹⁶⁹ ALIMENA v. Italia, fallo del 19 de febrero de 1991, Serie A 195-D, párr. 18 y ss.; SIMON (nota 16), p. 50; ESSER (nota 14), p. 462.

¹⁷⁰ KADELBACH (nota 35), p. 254.

¹⁷¹ SIMON (nota 16), p. 30, pp. 53 y ss.; RZEPKA (nota 15), pp. 72 y s.; ESSER (nota 14), pp. 501 y ss.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), pp. 223 y s.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), pp. 333 y s.; MEYER-LADEWIG (nota 74), art. 6 n. m. 92; BRAITSCH (nota 28), pp. 147 y s. (en función del art. 6.º párr. 3 [b] CEDH); acerca de la confidencialidad de la correspondencia AMBOS, en *NSrZ* 2003, pp. 15 y s.

párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH en relación con la preparación efectiva de la defensa¹⁷². El alcance del contacto, sin embargo, no está definido con exactitud el CEDH y las medidas para llevarlo a cabo están dentro de la discrecionalidad de las disposiciones internas de cada Estado, no obstante lo cual el parámetro judicial es la efectividad práctica del derecho de defensa¹⁷³. Por ejemplo, no son suficientes dos visitas del defensor por semana, de una hora de duración cada una, en un procedimiento complicado en el que se imputan hechos de terrorismo y cientos de hechos particulares (ÖCALAN)¹⁷⁴.

El derecho de defensa subsiste aun en caso de renuncia voluntaria del imputado a estar presente o en caso de fuga¹⁷⁵. El Tribunal reconoce incluso un deber estatal de asistencia que, llegado el caso, exige que se intervenga ante un defecto (evidente) en la defensa¹⁷⁶. Debe tomarse en consideración, sin embargo, una autorresponsabilidad del imputado, por ejemplo, en relación a la comparecencia del defensor de confianza en el juicio oral¹⁷⁷. Una lesión reprochable del Convenio tiene lugar exclusivamente cuando el Tribunal, en el caso de una lesión evidente del derecho de defensa, no toma ninguna medida¹⁷⁸. Por otro lado, la estrategia

¹⁷² ÖCALAN (nota 74), párr. 146 con más referencias.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 153 con más referencias.

¹⁷⁴ *Ibid.*, (nota 74), párr. 154.

¹⁷⁵ POTRIMOL v. Frankreich, fallo del 23 de noviembre de 1993 (*OJZ* 1994, 467), párr. 33-35; LALA v. Holanda, fallo del 13 de abril de 1994, Serie A 297-A (*OJZ* 1995, p. 197), párr. 26, 31-33; Pelladoah v. Niederlande, fallo del 22 de septiembre de 1994, Serie A 297-B, párr. 33, 38-40; van Geyseghem v. Belgien, fallo del 21 de enero de 1999 (*OJZ* 1999, p. 737), párr. 34-36; ESSER (nota 14), pp. 463 y ss.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 329; SOMMER (nota 82), pp. 1124 y s.

¹⁷⁶ ESSER (nota 14), pp. 457 y s., pp. 472 y s., pp. 490 y s.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 330; SOMMER (nota 82), p. 1138 (derivado del *fair trial*); TONEY, *International Journal of Evidence and Proof* 5 (2001), p. 39, 56.

¹⁷⁷ Por ello puede ser llevado a cabo, luego de un tiempo de espera, sin el defensor; FROWEN/

PEUKERT, art. 6.º n. m. 192; coincide SOMMER (nota 82), pp. 1123 y s.

¹⁷⁸ SOMMER (nota 82), p. 1124.

de defensa y el procurar que se observen los derechos de defensa forman parte de la responsabilidad exclusiva del defensor¹⁷⁹.

El imputado tiene derecho, bajo dos condiciones, a una defensa gratuita, a saber: cuando carece de medios y la defensa de oficio reside en el "interés de la correcta administración de justicia"¹⁸⁰, la segunda condición, cuya existencia depende de la gravedad del delito, la complejidad del caso y la situación personal del imputado¹⁸¹, se refiere sólo a la gratuidad de la defensa de oficio, pero no de manera general al derecho a ser asistido por un defensor, ya que obviamente un imputado adinerado puede designar a un defensor de su confianza¹⁸². En lo que respecta a la designación de un defensor de oficio, si bien deben tomarse en consideración los deseos del imputado, puede también nombrarse a un defensor en contra de su voluntad, cuando exista una razón relevante y suficiente¹⁸³. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tiene, dicho sea de paso, un punto de vista más complaciente con el imputado. El Tribunal ha enfatizado repetidamente, en el proceso a MILOSEVIC, el derecho del acusado a defenderse a sí mismo, y ha rechazado la designación compulsiva de un defensor¹⁸⁴.

¹⁷⁹ SOMMER (nota 82), p. 1124.

¹⁸⁰ PAKELLI (nota 166), párr. 31; BONER v. Vereinigtes Königreich, fallo del 28 de octubre de 1994, Serie A 300-B, párr. 36; MAXWELL v. Vereinigtes Königreich fallo del 28 de octubre 1994, Serie A 300-C, párr. 33. Cfr. detalladamente ESSER (nota 14), pp. 474 y ss.; SIMON (nota 16), pp. 48 y ss., pp. 56 y ss.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), pp. 229 y ss.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), pp. 330 y s.; SOMMER (nota 82), pp. 1125 y s.

¹⁸¹ Quaranta (nota 165), párr. 35. Cfr. también SIMON (nota 16), pp. 57 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 477 y ss.

¹⁸² PAKELLI (nota 166), párr. 31. Cfr. también HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 227.

¹⁸³ CROISSANT v. Alemania, fallo del 25 de septiembre de 1992 (EuGRZ 1992, 542), párr. 27-29; acerca de ello también SIMON (nota 16), pp. 59 y s.; ESSER (nota 14), pp. 492 y ss.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 330; aún más restrictivo respecto de la posibilidad de elección del imputado, HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 232.

¹⁸⁴ Por último, Prosecutor v. Milosevic, Reasons for Decision on the Prosecution Motion Concerning Assignment of Counsel, decisión del 4 de abril de 2003 (IT-02-54-T), párr. 18 y ss., en el que la cámara describió esto como posición inequívoca del *common law* en contra posición al derecho civil (párr. 21); art. 21 (4) (d) Estatuto del Tribunal Penal Internacional

5. Párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH

El párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH es quizás la prescripción en la que más claramente se puede percibir la influencia contradictoria; se refiere a los testigos de cargo y de descargo y, al hacerlo, adopta el entendimiento anglosajón del proceso y de los testigos¹⁸⁵. En esencia, el párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH pretende garantizar *full equality of arms*¹⁸⁶, y exige por ello que el imputado, en algún momento, tenga la oportunidad adecuada y apropiada de interrogar a los testigos de cargo¹⁸⁷ y de citar a testigos de descargo¹⁸⁸. Aun cuando la confrontación deba producirse "en algún momento", la prescripción vale ya en el procedimiento de investigación¹⁸⁹. El texto literal ("hacer interrogar") parece implicar que el defen-

para la ex Yugoslavia, adopta la posición del *common law* (párr. 24), pero también hace la reserva acerca de que "there may be circumstances [...] where it is in the interest of justice to appoint counsel" (párr. 40). Así el ICTY le asignó al acusado SESELJ un *standby counsel* en contra de su voluntad, Prosecutor v. SESELJ, Decision on Prosecution's Motion for Order Appointing Counsel etc., decisión del 9 de mayo de 2003 (IT-03-67-PT).

¹⁸⁵ Cfr. también HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 239; SIMON (nota 16), p. 103; WASEK-WIADEREK (nota 74), p. 27; SOMMER (nota 82), p. 1127; BEULKE, *Libro homenaje a Rieß* 2002, p. 6 con nota 12; SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 143 y 164 y ss. (instructivo acerca del interrogatorio de testigos en el proceso de partes). Clásico es el texto de la vi enmienda de la Constitución de Estados Unidos: "to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour" (énfasis del autor). De manera similar habla la regla 85 (A) de las *Rules of Procedure and Evidence* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (23 de diciembre de 2002, IT/32/Rev. 26, www.un.org/icty/basic.htm) de los medios de prueba de la acusación y de aquellos medios de prueba para la defensa.

¹⁸⁶ ENGEL et ál. v. Niederlande, fallo del 8 de junio de 1976, Serie A 22, párr. 91; Vidal v. Belgien, fallo del 22 de abril de 1992, Serie A 235-B, párr. 33. Cfr. también ESSER (nota 14), p. 633; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 334; BRAITSCH (nota 28), p. 163.

¹⁸⁷ Cfr. KRAUSS. *V-Leute im Strafprozess und die EMRK*, 1999, pp. 103 y ss., 108 y ss., 120; SIMON (nota 16), p. 106; RZEPKA (nota 15), pp. 74 y s.; ESSER (nota 14), p. 638; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 305; BEULKE. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 21; SCHLEIMINGER (nota 17), p. 33; PAULY, en *StV* 2002, pp. 291 y s.; MEYER-LADEWIG (nota 74), art. 6 n. m. 93; AMBOS, en *NStZ* 2003, ambos autores con referencias acerca de la jurisprudencia. Este derecho puede ser derivado del derecho ya mencionado a participar personalmente en el procedimiento; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 335.

¹⁸⁸ Acerca del derecho a citar [testigos] con más detalle SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 31 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 633 y ss.; BRAITSCH (nota 28), pp. 165 y ss.

¹⁸⁹ SIMON (nota 16), p. 106; SCHLEIMINGER (nota 17), p. 291.

sor puede reemplazar al imputado, pero en contra de ello habla, como en el caso del derecho al acceso al expediente, el mejor conocimiento que este tiene de los hechos¹⁹⁰. Sea como fuere, se trata de algo más que de un mero derecho a preguntar; implica un derecho a "cuestionar"¹⁹¹, a una *confrontation*, con la posibilidad de interrogar de manera activa y amplia¹⁹². Si no se cree posible extraer esta consecuencia del texto mismo del párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH, como lo ha sostenido recientemente de nuevo WALTHER¹⁹³, de todas maneras ello resulta del derecho a una "total igualdad de armas": justamente, sólo se puede hablar de una igualdad tal cuando el imputado puede examinar a los testigos de cargo en profundidad¹⁹⁴, con lo que simultáneamente queda claro que también se encuentra comprendido el control de la confiabilidad del testigo en el sentido de una –también reconocida por el derecho procesal penal internacional– *tested evidence*¹⁹⁵.

El imputado debe conocer el contenido total de la declaración testimonial para poder interrogar al testigo acerca de todos los aspectos de cargo de su declaración¹⁹⁶. Si luego del (primer) interrogatorio

¹⁹⁰ Convincentemente SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 320 y s.

¹⁹¹ WALTHER, en GA 2003, p. 215.

¹⁹² Saïdi v. Frankreich, fallo del 20 de septiembre de 1993 (ÖJZ 1994, p. 322), párr. 44; ESSER (nota 14), p. 643. Cfr. también la sexta Enmienda (nota 185): "to be confronted..." (énfasis del autor).

¹⁹³ WALTHER, en GA 2003, pp. 212 y s.; antes ya GOLLWITZER en: Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Aufl., 1992, art. 6.º MRK n. m. 225, con nota 632.

¹⁹⁴ Coincide en el resultado WALTHER, en GA 2003, pp. 214 y ss., 224, que lo deriva del derecho a una "fair hearing" (art. 6.º párr. 1 CEDH) y que por lo tanto puede constatar un "derecho procesal fundamental de máximo rango" sistemáticamente independiente (p. 220). Acerca de la igualdad de armas en este contexto, también SCHLEIMINGER (nota 17), p. 17.

¹⁹⁵ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Kordic and Cerkez, decisión del 29 de julio de 1999 (IT-95-14/2), párr. 23: la admisibilidad de las declaraciones testimoniales escritas "would amount to the wholesale admission of hearsay untested by cross-examination [...] and would be of no probative value" (énfasis del autor); cfr. también BEULKE, *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 21: "análisis" del medio de prueba; en general AMBOS, *International Criminal Law Review* 3 (2003), pp. 23 y ss. Acerca del derecho norteamericano también SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 183 y ss., 212.

¹⁹⁶ Bricmont v. Belgien, fallo del 7 de julio de 1989, Serie A 158, párr. 81: "opportunity to challenge any aspect on the complainant's account". Cfr. también ESSER (nota 14), p. 644.

se produce, por parte del mismo testigo, una nueva imputación a través de nuevas indicaciones, debe ser posible –igualdad de armas!– una nueva confrontación¹⁹⁷. Por otra parte, lesionaría la igualdad de armas –en armonía con la jurisprudencia del derecho procesal penal internacional– que sólo una de las partes pudiera llevar a cabo un interrogatorio cruzado adicional de un testigo¹⁹⁸. La confrontación puede tener lugar en ausencia del defensor, si es que el imputado puede salvaguardar por sí mismo sus derechos en suficiente medida¹⁹⁹.

El derecho a interrogar se extiende básicamente a todos los testigos, es decir, también a *independent witnesses*, porque la igualdad de armas exige el acceso a todos los medios de prueba²⁰⁰. Ante un perito, el párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH da derecho al imputado a manifestar su opinión, cuando el dictamen pericial representa un medio de prueba esencial en su contra²⁰¹; la pertenencia del perito a una repartición estatal que participa en el proceso no lo convierte automáticamente en un testigo de la acusación²⁰².

Se reconocen excepciones del derecho a interrogar en los casos de testigos *inaccesibles* y *anónimos*; para la inaccesibilidad y la preservación del anonimato deben ponerse requisitos estrictos²⁰³. El Tri-

¹⁹⁷ Acertadamente ESSER (nota 14), p. 646; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 305 con nota 23 (remisión a fallo del tribunal de apelación de Basilea); BEULKE, *Libro homenaje a Rieß* 2002, p. 15; en contra SCHLOTHAUER, en StV 2001, 127, 128); poco claro GOLLWITZER, en Löwe/Rosenberg art. 6.º MRK n. m. 220. Restrictivo también BGE 113 la 412, 422: no puede preguntarse más de una vez.

¹⁹⁸ ITCY, Prosecutor v. Delalic et al., Decisión del 1.º de mayo de 1997 (IT-96-21-T), párr. 28.

¹⁹⁹ Cfr. también MAY/WIERDA, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), pp. 739 y ss.

²⁰⁰ Cfr. ESSER (nota 14), p. 645; SCHLEIMINGER (nota 17), p. 16.

²⁰¹ Cfr. CHAND, *New Law Journal* 150 (2000), p. 1666.

²⁰² Bönisch (nota 85), párr. 32; Mantovanelli v. Frankreich, fallo del 18 de marzo de 1997, Reports 1997-II, párr. 36: "real opportunity to comment effectively on it". Cfr. también WASEK-WIADEREK (nota 74), pp. 31 y ss.

²⁰³ BRANDSTETTER (nota 79), párr. 44 y ss.

Detalladamente ESSER (nota 14), pp. 648 y ss., pp. 657 y ss., 678; también SCHLEIMINGER

bunal no considera la valoración de los testimonios de tales testigos como inadmisibles *a limine* (sobre ello con más detalle infra 7, pero exige, sin embargo, que se le posibilite al imputado –en cierto sentido, como contenido central del párr. 3.º (d) art. 6.º CEDH²⁰⁴– algún tipo de confrontación²⁰⁵. Aunque el Tribunal no se ha manifestado todavía acerca del interrogatorio audiovisual por medio de una transmisión simultánea de video, *live video link* (§§ 168e y 247a StPO), bien puede decirse que –en caso de que exista una fundamentación suficiente para renunciar al interrogatorio inmediato del testigo– este método es armonizable con el párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH, ya que así se mantiene la posibilidad de que el testigo sea interrogado directamente, aun cuando ello sea a través de una transmisión audiovisual²⁰⁶.

Es también suficiente el interrogatorio judicial en presencia del defensor, quien puede interrogar de manera amplia al testigo²⁰⁷. Por el contrario, no es suficiente la formulación de preguntas es-

(nota 17), pp. 11 y ss.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 241. En el caso de testigos anónimos debe haber una razón suficiente para la mantención del anonimato (ESSER [nota 14], pp. 657 y ss.; WOHLERS. *Libro homenaje a Trechsel*, 2002, p. 829) y los policías testigos deben asumir mayores riesgos que los testigos civiles (VAN MECHELEN et ál. v. *Niederlande*, fallo del 23 de abril de 1997 [StV 1997, p. 617], párr. 56. Cfr. también ESSER (nota 14), p. 661; SOMMER (nota 82), p. 1130.

²⁰⁴ SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 17 y s.

²⁰⁵ Por ejemplo VAN MECHELEN (nota 203), párr. 59-62 ("direct questioning"); S. N. v. *Schweden*, fallo del 2 de julio de 2002, párr. 44 ("opportunity [...] to question"). Cfr. con detalle y referencias acerca de la jurisprudencia SIMON (nota 16), pp. 108 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 663 y ss., 672; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), pp. 182 y s., 241; VILIGER, *Handbuch* (nota 32), pp. 305 y s.; FUCHS, *OJZ* 2001, pp. 501 y s.; ZERBES, en: *Cottier/Sahlfeld/Rütschi* (eds.), *Information und Recht*, 2002, pp. 379, 383 y s., pp. 389 y s.; SOMMER (nota 82), pp. 1129 y s.; resumidamente JUNG, en *GA* 2003, p. 200. Según RENZIOWSKI, *JZ* 1999, p. 612, los testigos anónimos "prácticamente" se excluyen como testigos de cargo.

²⁰⁶ Cfr. SIMON (nota 16), pp. 113 y s.; ESSER (nota 14), pp. 670 y s., 677; SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 318 y s., infra nota 357 y ss., 359 y texto. Acerca de la limitación admisible en razón del "Closed-Circuit Television Testimony", en detalle SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 215, 219 y ss., 235.

²⁰⁷ *Doorson v. Niederlande*, fallo del 26 de marzo de 1996 (*OJZ* 1996, p. 715), párr. 73-75; ESSER (nota 14), pp. 666 y ss.; VILIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 306.

critas, para que luego sean hechas por un funcionario encargado del interrogatorio²⁰⁸, o la transmisión (exclusivamente) acústica (*via a sound link*) del interrogatorio (judicial) hacia otra sala, desde la cual el imputado y su defensor puedan formular preguntas²⁰⁹.

6. Párrafo 3.º (e) artículo 6.º CEDH

El párrafo 3.º (e) artículo 6.º CEDH complementa el derecho a una defensa efectiva mediante el derecho a contar con el apoyo gratuito de un intérprete. El derecho se extiende a todo el proceso en referencia, a todos los documentos y declaraciones que influyen en la acusación²¹⁰. Se concede un amplio "derecho a la comunicación" que no se limita a los procedimientos judiciales, como podría suponerse a partir del texto del párrafo 3.º (e) artículo 6.º CEDH ("la lengua empleada en las audiencias por parte del tribunal"), sino que se extiende al procedimiento preliminar e incluso a las conversaciones preparatorias entre el imputado y el defensor (independientemente de si se trata de un defensor de oficio o

²⁰⁸ Cfr. SIMON (nota 16), p. 135; SCHLEIMINGER (nota 17), p. 15; AMBOS, en *NSTZ* 2003, p. 16, con remisión al reciente fallo en *Visser v. Niederlande*, fallo del 14 de febrero de 2002 (*StraFo* 2002, p. 160); más generoso, sin embargo, S. N. (nota 205), párr. 49 y ss., en el que el defensor renuncia voluntariamente a presenciar el segundo interrogatorio policial del único testigo de cargo (al respecto AMBOS, en *NSTZ* 2003, pp. 16 y s.).

²⁰⁹ VAN MECHELEN (nota 203), párr. 59; ESSER (nota 14), pp. 668 y ss.; también SCHLEIMINGER (nota 17), p. 16; WOHLERS. *Libro homenaje a Trechsel* 2002, p. 816.

²¹⁰ KAMASINSKI (nota 113), párr. 74: "translation or interpretation of all those documents or statements in the proceedings instituted against him which is necessary for him to understand or to have rendered into the court's language in order to have the benefit of a fair trial". Cfr. también SIMON (nota 16), pp. 142 y ss.; RZEPKA (nota 15), pp. 80 y ss.; ESSER (nota 14), pp. 508 y ss.; KIESCHKE (nota 18), pp. 72 y ss.; BRAITSCH (nota 28), pp. 166 y ss.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), pp. 188, 234 y ss.; VILIGER, en *Handbuch* (nota 32), pp. 335 y ss.; SOMMER (nota 82), pp. 1131 y s.; *Libro Verde de garantías procesales* (nota 51), pp. 30 y ss., 32, en el que se plantea, entre otras cosas, la cuestión de los criterios para la traducción simultánea de partes del proceso (p. 34, cuestión 10).
* La versión castellana de la Convención (disponible en [www.echr.coe.int/Convention/webConvenESP.pdf]) no incluye la palabra "Gericht" (tribunal) si presente en la versión alemana usada por el autor del artículo [n. del trad.].

de un defensor de confianza)²¹¹. La validez temprana de este derecho se deriva ya del párrafo 3.º (a) artículo 6.º o bien del párrafo 2.º artículo 5.º CEDH, según el cual el imputado o bien el detenido debe ser informado inmediatamente acerca de la imputación en un "idioma comprensible"²¹².

7. Consecuencias de la lesión del artículo 6.º CEDH, la llamada consideración integral

En razón de la teoría de la consideración integral sostenida por el Tribunal²¹³, debe realizarse —en cierto sentido en un segundo nivel²¹⁴— una prognosis acerca de si una determinada lesión de los derechos del imputado durante el procedimiento preliminar es tan grave que torna inequitativo todo el procedimiento (en su completitud)²¹⁵. Ello debería ser asumido en caso de una violación flagrante del principio de la igualdad de armas²¹⁶ o cuando el derecho de defensa del imputado resulta, a causa de la lesión, "irreparablemente perjudicado"²¹⁷, es decir, cuando la lesión del derecho no puede ser saneada en el procedimiento principal, por-

²¹¹ Anteriormente todavía discutido; cfr. FROWEIN/PEUKERT, art. 6 n. m. 205; BRAITSCH (nota 28), p. 183; SIMON (nota 16), pp. 153 y ss.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 235 con nota 81; SOMMER (nota 82), p. 1132. Acerca del aspecto del costo ESSER (nota 14), pp. 516 y ss.; KIESCHKE (nota 18), pp. 72 y ss.; BERNHARDT (nota 69), pp. 147 y s.; BRAITSCH (nota 28), pp. 185 y ss.

²¹² Cfr. ESSER (nota 14), pp. 511 y ss.; SIMON (nota 16), pp. 5 y s.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), pp. 234 y s.; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 324.

²¹³ Cfr. HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 219; VILLIGER, en *Handbuch* (nota 32), p. 302; VAN DIJK/VAN HOOFF (nota 79), p. 318; RZEPKA (nota 15), pp. 102 y ss.; SCHLEIMINGER (nota 17), p. 21; MEYER-LADEWIG (nota 74), art. 6.º n. m. 36 y s., 55.

²¹⁴ Sobre los dos niveles de examen, instructivo KRAUSS (nota 187), pp. 141 y ss.

²¹⁵ Cfr. recientemente por ejemplo ÖCALAN (nota 74), párr. 140: "... whether the restriction, in the light of the entirety of the proceedings, has deprived the accused of a fair hearing." (énfasis del autor); también párr. 153: "entirety of the domestic proceedings..."

²¹⁶ Cfr. De Haes y Gijssels v. Belgien, fallo del 27.1.1997 (OJZ 1997, p. 912), párr. 58 y s. ("substantial disadvantage"); TONEY, *International Journal of Evidence and Proof* 5 (2001), p. 47.

²¹⁷ MAGEE (nota 93), párr. 44; ÖCALAN (nota 74), párr. 143: "irretrievably prejudiced".

que se ha intervenido en el núcleo del derecho de defensa²¹⁸. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la denegatoria absoluta de la asistencia jurídica durante la detención policial²¹⁹.

El Tribunal es especialmente "flexible" en relación a la valoración de las pruebas adquiridas de manera contraria al Convenio, especialmente a aquellas obtenidas de manera contraria al párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH. Por un lado, le otorga al legislador nacional, en el campo del derecho de pruebas, un amplio ámbito de discrecionalidad y pretende ejercer solamente un control sobre el abuso²²⁰. Por otro lado, si bien tales pruebas deben ser valoradas con sumo cuidado (*extreme care*), en definitiva sí deben ser valoradas²²¹ y la lesión del artículo 6.º CEDH solamente viene al caso —consideración integral!— cuando la condena se basa exclusivamente, o en una parte decisiva, en una declaración testimonial obtenida de manera contraria al Convenio y esta declaración no puede ser apoyada por otros medios de prueba obtenidos legítimamente²²².

De manera similar, el Tribunal ha hecho depender la valoración de la declaración de un testigo, que invoca un derecho a negarse a declarar, de que la declaración se vea fortalecida por otras pruebas y que el Tribunal no fundamente la condena exclusivamente

²¹⁸ Cfr. también SPANIOL (nota 19), pp. 164 y ss., 173.

²¹⁹ ÖCALAN (nota 74), párr. 140 y ss. En contra de una limitación del derecho a la asistencia de un defensor en general, SPANIOL (nota 19), pp. 164 y ss., 173; coincide WALTHER, en GA 2003, p. 222.

²²⁰ Cfr. por ejemplo S. N. (nota 205), párr. 44; también SOMMER (nota 82), p. 1137.

²²¹ Doorsen (nota 207), párr. 76; S.N. (nota 205), párr. 53.

²²² WINDISCH (nota 85) párr. 31; DOORSEN (nota 207), párr. 76; VAN MECHELEN (nota 203), párr. 55: "not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements" (énfasis del autor); Birutis et ál. v. Litauen, fallo del 28 de marzo de 2002, párr. 29; P.S. v. Deutschland, fallo del 20 de diciembre de 2001 (StV 2002, p. 289), párr. 153; al respecto ya AMBOS, en NStZ 2003, p. 16; también SCHLEIMINGER (nota 17), p. 19; JUNG, en GA 2003, p. 203. Acertadamente a favor de una función simplemente de "complementación" de las declaraciones anónimas de testigos, RENZIOWSKI, en JZ 1999, p. 610; acerca de la jurisprudencia más antigua, ESSER (nota 14), pp. 647 y s.

en ella²²³. Lo mismo vale cuando el testigo consiente explícitamente en la utilización de sus declaraciones anteriores, ya que el testigo puede disponer sobre prescripciones nacionales (p. ej., § 252 StPO), pero no sobre el derecho del imputado del párrafo 3.º (d) artículo 6.^º²²⁴.

De esta manera puede ser evitada una lesión del artículo 6.º CEDH en razón de la adquisición ilícita de prueba mediante el aseguramiento, para la condena, de una base probatoria lo más amplia posible. Desde esta perspectiva, la teoría de la consideración integral socava el respeto de los derechos del imputado en el procedimiento preliminar, ya que una violación no tiene, en lo inmediato, consecuencias, y queda un amplio margen para una compensación en el procedimiento principal²²⁵. Con ello, la teoría de la consideración integral se transforma en una *teoría de la ponderación*²²⁶ a la que le faltan contornos fiables, "duros", y que relativiza los derechos del imputado. Se necesitaría una absoluta prohibición de valoración de la prueba, como puede deducirse de la jurisprudencia Teixeira acerca de la provocación al hecho²²⁷. Si bien esto es exactamente así, no debe perderse de vista²²⁸ que la teoría de la consideración integral también puede

²²³ Asch v. Austria, fallo del 26 de abril de 1991 (OJZ 1991, p. 517) párr. 28-31. Cfr. también ESSER (nota 14), pp. 652 y ss.

²²⁴ Cfr. ESSER (nota 14), pp. 656 y s.

²²⁵ Crítico también ESSER (nota 14), p. 468; BEULKE. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 9; SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 8 y ss. Por las mismas razones, las propuestas traídas por VILLIGER, Handbuch (nota 32), p. 325 para reparar las lesiones de los derechos del artículo 6.º párrafo 3 (a) y (b) CEDH son cuestionables y deben ser rechazadas.

²²⁶ Acertadamente WALTHER, GA 2003, p. 218; también ya AMBOS, NStZ 2003, p. 16, donde se hace referencia a una ponderación con los intereses de la defensa. SCHROEDER, en GA 2003, p. 296 lo considera "una forma de verificación de la base [que constituye motivo de casación absoluto, n. del trad.]" en el sentido del § 338 StPO.

²²⁷ Cfr. AMBOS, en NStZ 2002, p. 632; coincide en el resultado también RZEPKA (nota 15), p. 104; crítico WEIGEND, en ZStW 114 (2002), p. 901.

²²⁸ Las siguientes consideraciones se basan en observaciones de FUCHS, Nelles y Nestler durante las Jornadas de Profesores de Derecho Penal.

tener efectos favorables para el imputado, por ejemplo, en caso de una profundización de la lesión de la igualdad de armas a través de limitaciones ulteriores en el procedimiento principal. Más allá de ello, tiene un potencial protector, en relación a las investigaciones que se ubican antes del umbral de la sospecha o que exceden los límites. En la consideración integral deben suprimirse, por ejemplo, tanto los actos de investigación que fueron anticipados como los llevados a cabo en otro país. Las limitaciones de los derechos del imputado se vuelven con ello irrelevantes, en atención a una lesión del artículo 6.º CEDH, independientemente de si tienen lugar a causa de una mera sospecha preliminar o de si surgen de una investigación de otro poder soberano o de otra región independiente. En definitiva, lo decisivo es si la acumulación de limitaciones de los derechos del imputado debe conducir al veredicto de que el proceso, en conjunto, ha sido inequitativo. Con ello, la teoría de la consideración integral promete incluso –simultáneamente con la creación de una Fiscalía Europea– el establecimiento de límites propios del Estado de derecho al reconocimiento recíproco de pruebas y medidas de coerción²²⁹.

III. IGUALDAD DE ARMAS EN ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA

A. Igualdad de armas y procedimiento de investigación oficial inquisitiva

La temprana discusión en lengua alemana acerca de la igualdad de armas –como respuesta de la ilustración al proceso inquisitivo tradicional– se orientó durante mucho tiempo por el proceso de partes y con ello por un entendimiento formal²³⁰ de la igualdad

²²⁹ Cfr. con más detalle infra, nota 373 y ss. y texto.

²³⁰ Cfr. acerca de la igualdad de armas formal y material SPANOL (nota 19), pp. 127 y s., pp. 230 y ss.; KOHLBACHER (nota 74), pp. 26 y ss.

de armas²³¹, lo cual ha conducido a que, todavía mucho después de la introducción del proceso penal reformado, la igualdad de armas fuera considerada incompatible con él²³². Aún hoy, la opinión dominante mantiene una posición extremadamente reservada respecto del principio y quiere aplicarlo –si acaso– solamente de manera condicional al procedimiento preliminar.

El Tribunal Supremo Federal alemán se manifestó a favor de un principio de la igualdad de armas “llevado a cabo no en toda su dimensión”, que contempla la igualdad de derechos para la defensa sólo de forma “aproximada”²³³. De manera similar, el Tribunal Federal suizo ha querido aplicar el principio a la investigación prejudicial solamente de manera condicional²³⁴. El Tribunal Constitucional Federal alemán pretende garantizar la igualdad de armas procesal²³⁵ que correspondería más bien al proceso de partes civil²³⁶ y que, en el proceso penal, sería exigida, ante todo, para el juicio oral contradictorio²³⁷. En la literatura, sostiene por ejemplo ROXIN, que la igualdad de armas “verdadera” es incompatible con “nuestra estructura del proceso”²³⁸; para RIESS, ella es “confusa y prescindible”²³⁹; para RZEPKA, está en “segundo orden” y no fun-

²³¹ Cfr. instructivo KOHLBACHER (nota 74), pp. 3 y ss.

²³² Cfr. la reproducción de las diferentes opiniones en MÜLLER, en NJW 1976, p. 1064; KOHLBACHER (nota 74), pp. 5 y ss.; también SCHULZ (nota 93), pp. 163 y s., 166, 174. Crítico acerca de la igualdad de armas entre imputado y víctima, SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 303 y ss.

²³³ BGHSt. 12, p. 139; 18, p. 371. Cfr. también RZEPKA (nota 15), pp. 186 y ss.

²³⁴ BGE 106 IV p. 88; 113 Ia 214, pp. 217 y s.

²³⁵ Cfr. BVERfGE 38, p. 111; 52, p. 144; 63, pp. 61, 67; BVERfG NJW 1983, p. 1599; TETTINGER. *Faireß und Waffengleichheit*, 1984, p. 31; SPANIOL (nota 19), p. 233; RZEPKA (nota 15), p. 186; SOMMER (nota 82), p. 1134.

²³⁶ BVERfG NJW 1983, pp. 1599 y s. El paralelo al proceso civil es trazado en especial en Suiza; cfr. HAUSER/SUIZA (nota 38), p. 244; N. SCHMID (nota 93), p. 67; OBERHOLZER. *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 1994, p. 162. Acerca de la igualdad de armas en el proceso civil de partes cfr. BVERfG NJW 2001, 2531; *Reinkenhof*, JuS 2002, p. 645.

²³⁷ BVERfG NJW 2002, p. 2774.

²³⁸ ROXIN (nota 12), § 11 n. m. 13.

²³⁹ RIEß, en LÖWE/ROSENBERG, Bd. 1, 25.ª ed. 1999, intr. al párr. H, n. m. 118.

damenta “ningún derecho original”²⁴⁰; en el comentario estándar austríaco a la ley penal procesal puede leerse a FOREGGER, quien afirma que no estaría “completamente desarrollado en el StPO el (discutido) principio de la igualdad de armas”²⁴¹. Los tratados científicos suizos coinciden con el Tribunal Federal en que el principio sería sólo aplicable de manera condicional en el procedimiento de investigación²⁴². Pero también hay otras voces. Por ejemplo, para P. A. ALBRECHT, la igualdad de armas significa que la Fiscalía y el imputado deben encontrarse “a la misma altura” en todos los estadios del proceso²⁴³.

Parece evidente que un entendimiento formal de la igualdad de armas en el sentido de una igualdad absoluta de los derechos procesales para acusación y defensa –“lanzas del mismo tamaño”, como se la llama en Suiza²⁴⁴– no es compatible con el procedimiento inquisitivo de investigación oficial, si es que esto significa un tipo de compensación matemática que no hace justicia a los diferentes roles de acusación y defensa²⁴⁵. Mientras que el acusador puede, por ejemplo, solicitar medidas de coerción o, llegado el caso, incluso ordenarlas, a ningún procesalista socializado en el sistema “inquisitivo” se le ocurriría exigir las mismas competencias para la defensa, justamente porque ello simplemente sería contrario al sistema²⁴⁶. Dicho sea de paso: es un error muy extendido el creer que este tipo de igualdad de armas formal existe

²⁴⁰ RZEPKA (nota 15), p. 347.

²⁴¹ FOREGGER, en FOREGGER/BACHNER, *StPO-Kommentar*, 14.ª ed., 2002, § 38 nota 1.

²⁴² HAUSER/SCHWERI (nota 38), p. 244; N. SCHMID (nota 93), p. 67; OBERHOLZER (nota 236), p. 162. Crítico también TRECHSEL. *Libro homenaje a Druey*, 2002, p. 996.

²⁴³ P. A. ALBRECHT. *Die vergessene Freiheit*, 2003, pp. 127 y s.

²⁴⁴ HAUSER/SCHWERI (nota 38), p. 244; N. SCHMID (nota 93), p. 67.

²⁴⁵ RIESS, en LÖWE/ROSENBERG, intr. al párr. H, n. m. 117; E. MÜLLER, NJW 1976, 1065; SPANIOL (nota 19), p. 129.

²⁴⁶ E. MÜLLER, NJW 1976, p. 1066; de acuerdo KOHLBACHER (nota 74), p. 28; WASEK-WIADEREK (nota 74), p. 50; de manera similar HAUSER/SCHWERI (nota 38), p. 244; OBERHOLZER (nota 236), p. 162.

en el procedimiento preliminar del proceso contradictorio de partes. El procedimiento preliminar es llevado a cabo (desde el punto de vista fáctico) por la policía²⁴⁷ y muestra rasgos inquisitivos²⁴⁸.

Especialmente claro se hace su carácter inquisitivo a través del derecho y de la praxis del llamado *custodial interrogation* del derecho inglés, es decir, el interrogatorio del imputado mientras se encuentra en custodia policial²⁴⁹. El *custodial interrogation* sirve, desde el punto de vista policial, frecuentemente sólo para atrapar al imputado, prejuzga sobre el resultado posterior de la investigación, tiene lugar por regla general sin la asistencia (apropiada) de un abogado²⁵⁰ y conforma el ejemplo principal de la "little protection" del imputado "from temptation, incitement and trickery" de la que se lamenta ASHWORTH en referencia al procedimiento preliminar inglés²⁵¹.

Sea como fuere, desde la perspectiva del *civil law* continental-europeo, no puede tratarse nunca, como emanación del derecho a un proceso equitativo, de una igualdad de armas formal, sino siempre exclusivamente material²⁵². En este concepto puede in-

²⁴⁷ THAMAN, *Comparative Criminal Procedure*, 2002, p. 32; SCHLEIMINGER (nota 17), p. 161; acerca del procedimiento penal norteamericano, THAMAN, en PERRON (ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafvollzugsrecht des Auslandes*, 1995, pp. 498 y s.; N. SCHMID (nota 93), pp. 53 y ss.

²⁴⁸ Cfr. ya ESER, en ZStW 79 (1967), p. 586 nota 81; E. MÜLLER, NJW 1976, pp. 1065 y s.; SPANIOL (nota 19), p. 128, 230 con nota 175; KOHLBACHER (nota 74), pp. 28 y s.; WASEK-WIADEREK (nota 74), p. 44; GRANO, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 20 (1997), pp. 516 y s.; ARQUINT (nota 28), p. 189; acerca del "mito contradictorio" MILLER, *New Law Journal* 1995, p. 734.

²⁴⁹ Cfr. con más detalle TONEY, *International Journal of Evidence and Proof* 5 (2001), pp. 40 y ss., 52 y ss.

²⁵⁰ Según BALDWIN, en MORGAN/STEPHENSON (eds.), *Suspicion and Silence: The Right to Silence in Criminal Investigations*, 1994, p. 72, los abogados actúan "in a sea of uncertainty"; crítico también TONEY, *International Journal of Evidence and Proof* 5 (2001), pp. 58 y s., quien indica que la asistencia, la mayor parte de las veces, es llevada a cabo por "not qualified lawyers".

²⁵¹ ASHWORTH, *The Criminal Process: An Evaluative Study*, 2.ª ed., 1998, p. 137.

²⁵² Cfr. acertadamente SPANIOL (nota 19), p. 230: "una definición dirigida materialmente de la igualdad de armas, adaptada al proceso inquisitivo"; también RZEPKA (nota 15), p. 275.

cluirse todo lo posible –igualdad de oportunidades entre acusación y defensa²⁵³, compensación y desconstrucción de las ventajas investigativas de las autoridades de acusación, "paridad del conocimiento"²⁵⁴, defensa en lugar de contraataque, etc.–, siempre y cuando al final, producto de todo ello, resulte una efectiva defensa del imputado²⁵⁵. Ahora bien, el arte jurídico de la definición no puede ocultar lo que todo defensor penal debe experimentar amargamente ya en su primer mandato, a saber, que la igualdad de armas, con su combinación de deber de persecución por parte de las fiscalías (§ 152 párr. 2.º StPO) y la investigación de la verdad material (§§ 160 y 244 párr. 2.º StPO), por más que se encuentre tan fuertemente "materializada" en nuestro procedimiento de raíz inquisitiva²⁵⁶, en realidad no existe²⁵⁷, y que si se piensa conforme a una perspectiva sistemática, tampoco puede existir. La exigencia de igualdad de armas implica, por lo tanto, una ruptura sistemática que –aquí corro el velo que cubre lo importante– sólo puede ser superada a través de una reforma estructural profunda hacia un procedimiento preliminar participativo –no consensual!– como pieza central de un procedimiento penal que, en su totalidad, sea más comunicativo y abierto. Simultáneamente a ello se complementará la creencia del inquisidor en la verdad material –determinante para el modelo procesal continental-europeo orientado por principios– con un concepto pragmático de la verdad procesal²⁵⁸, es decir, con un concepto que ya no se base

²⁵³ Crítico en ello RIEß, en LÖWE/ROSENBERG, *Intr. H n. m.* 119.

²⁵⁴ WELP, *Libro homenaje a Peters*, 1984, p. 310; BGHSt. 36, p. 309.

²⁵⁵ Así o de manera similar BVerfGE 54, pp. 124 y s.; 55, p. 94; BGHSt. 36, pp. 309 y s.; TETTINGER (nota 235), p. 31; SPANIOL (nota 19), pp. 11, 129, 232 y s.; KOHLBACHER (nota 74), pp. 27 y ss.; WASEK-WIADEREK (nota 74), p. 50; SOMMER (nota 82), pp. 1133 y s.; BERTEL/VENIER, *Strafprozessrecht*, 7.ª ed., 2002, n. m. 49; HAUSER/SCHWERI (nota 38), p. 244; N. SCHMID (nota 93), p. 67.

²⁵⁶ Acerca de la diferenciación entre procedimiento de investigación y procedimiento principal TETTINGER (nota 235), p. 33.

²⁵⁷ De manera similar BRÜNER/HETZER, en NSTZ 2003, p. 114.

²⁵⁸ Cfr. VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, 1980, p. 15; RADTKE, *Libro home-*

en la creencia *naïf* en la correspondencia entre representación y sucesos reales en el sentido de la teoría de la correspondencia aristotélica²⁵⁹, sino que conciba la verdad como producto dialéctico discursivo de la discusiones de los participantes del proceso²⁶⁰. Esto no significa que deba abandonarse la meta de la búsqueda de la verdad material²⁶¹, pero el camino hacia ella debe conformarse ya en el procedimiento preliminar de manera discursiva y contradictoria, es decir, democrática²⁶². No se trata, por lo tanto, del reemplazo de nuestro modelo procesal orientado por principios por un modelo procesal de orientación contractual, sino de un derecho a una participación efectiva de todos los interesados en todo el proceso, también y principalmente en el procedimiento preliminar²⁶³. La exigencia de un procedimiento preliminar contradictorio, que está contenida aun en el programa de reforma del gobierno alemán²⁶⁴, que también es objeto de las discusiones

naje a Schreiber 2003, p. 376. Instructivo acerca del significado del concepto de verdad para la estructura del proceso WASEK-WIADEREK (nota 74), p. 43. Acerca de la verdad material y procesal/fomal en el *civil law* y en el *common law*, HERRMANN. *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung etc.*, 1971, pp. 157 y ss.; STAMP. *Die Wahrheit im Strafverfahren*, 1998, pp. 16 y ss., 208 y ss.; Safferling (nota 121), pp. 18 y s.; WEIGEND, en ZStW 113 (2001), p. 303; SANDERS/YOUNG (nota 88), pp. 14 y s.; TRÜG (nota 88), pp. 60 y ss. Acerca de la despedida del concepto de verdad material STAMP, loc. cit. pp. 230 y ss. Crítico acerca del concepto procesal de verdad STAMP. Ob. cit., pp. 212 y ss.; SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 247 y ss.
²⁵⁹ "adaequatio intellectus et rei", en detalle STAMP (nota 258), pp. 30 y ss., 32; también VOLK (nota 258), p. 7; RADTKE (nota 258), p. 378. Respecto de los límites de la verdad material STAMP (nota 258), pp. 102 y ss., 124 y ss., 152 y s.; VOLK (nota 258), pp. 7 y ss.; RADTKE (nota 258), p. 379.
²⁶⁰ Cfr. VOLK (nota 258), pp. 15 y s.; RADTKE (nota 258), pp. 379 y ss.; SANDERS/YOUNG (nota 88), p. 15; WEIGEND, en ZStW 113 (2001), p. 272. TRÜG (nota 88), pp. 67 y ss. Detalladamente sobre el acontecer dialéctico en el proceso penal, J. MEYER. *Dialektik im Strafprozess*, 1965, pp. 38 y ss. pássim; STAMP (nota 258), pp. 139 y ss., 151.
²⁶¹ Para la doctrina alemana dominante esto es, de todos modos, irrenunciable; en lugar de muchos, WEIGEND, en ZStW 113 (2001), pp. 303 y s.
²⁶² Instructivo acerca de la diferencia entre camino y meta, RIEß, en: LÖWE/ROSENBERG, *Intr. H.*, n. m. 45 y s.; acerca de la dialéctica como camino también J. MEYER (nota 260), pp. 81 y ss., 82, 90 y ss.
²⁶³ Cfr. RADTKE (nota 258), p. 385, quien convincentemente ve el mérito de la teoría del discurso en que con ella se fundamenta la importancia de la participación igualitaria de todos los implicados en el proceso de búsqueda de la decisión.
²⁶⁴ "Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens" [Lineamientos básicos para la reforma

de reforma en Austria y Suiza, y que más allá de eso puede contar con el apoyo fundamental de los abogados²⁶⁵ y de la ciencia²⁶⁶, tiene no solamente razones de eficiencia en sí, sino que es deseable desde la perspectiva de los derechos humanos. La mayor eficiencia de un procedimiento preliminar participativo resulta de que la falta de derechos de participación de la defensa en el actual procedimiento preliminar²⁶⁷ deja sin utilizar el potencial de esclarecimiento que hay en él; en sentido inverso, la mejor utilización de este potencial reduce el material procesal para las fases siguientes del proceso y lo asegura mejor desde el punto de vista probatorio²⁶⁸. Desde la perspectiva de los derechos humanos (y del CEDH), no es forzosamente requerido el contar con un procedimiento preliminar participativo —el TEDH deja librado a los Estados contratantes la decisión acerca de en qué etapa del proceso posibilitan una audiencia contradictoria²⁶⁹— pero es deseable, porque la existencia de igualdad de armas en el procedimiento preliminar es un requisito de la existencia de la igualdad de armas en todo el proceso. A saber: se trata, a causa de la constatación general del creciente cariz policial del procedimiento de investigación²⁷⁰, de un fortalecimiento de la participación en relación a las

del proceso penal], StV 2001, p. 314; DÄUBLER-GMELIN, en StV 2001, pp. 361 y s. Al respecto crítico SALTITT, en StV 2001, p. 311; FREUND et ál., en GA 2002, p. 82.

²⁶⁵ "Stellungnahme des DAV zur Reform der Strafjustiz" (DAV), AnwBl 2001, pp. 39 y ss.; IGNOR/MATT, en StV 2002, pp. 105 y ss.

²⁶⁶ AE-EV (nota 27), pp. 31 y ss. y pássim. Frente a ello, RZEPKA (nota 15), p. 339, considera fundada la limitación al juicio oral.

²⁶⁷ Cfr. ya HEINE/RONZANI/SPANIOL, en StV 1987, p. 82; JUNG, en StV 1990, p. 516.

²⁶⁸ Cfr. DÖLLING, en DÖLLING/DITTMANN/VELTES/LAUE/TÖRNIG. *Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten*, 1999, p. 284; DÄUBLER-GMELIN, en StV 2001, p. 362; DAV (nota 265), pp. 42 y s., 46 y s.; BEULKE. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 29.

²⁶⁹ Por el contrario, tampoco se expresa en contra de la realización de elementos contradictorios en el procedimiento preliminar; acertadamente BEULKE. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 15.

²⁷⁰ Cfr. AMBOS, en Jura 2003, pp. 674 y ss., con otras referencias; AE-EV (nota 27), p. 29; respecto de Austria MOOS, oJz 1996, p. 902 con referencias en la nota 132; MIKLAU, en: PILGERMAIR (ed.). *Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert*, p. 303; respecto de Suiza, N. SCHMID (nota 93), pp. 246 y s.; PIETH, en AJP 2002, p. 627; una perspectiva de derecho comparado ya HEINE/RONZANI/SPANIOL, en StV 1987, p. 76.

investigaciones policiales²⁷¹. Naturalmente esto implica una profesionalización de la defensa penal en relación a la protección efectiva de los nuevos derechos de participar, y en especial de formular preguntas²⁷². Ya que sólo entonces las pruebas obtenidas en el procedimiento preliminar pueden ser consideradas como suficientemente confiables para justificar su transferencia –bajo la ruptura del principio de inmediación– al procedimiento principal²⁷³. Y sólo entonces un procedimiento preliminar participativo representa también una ganancia en la legitimación de los resultados del procedimiento preliminar²⁷⁴. De lo contrario, es necesaria una adquisición inmediata de prueba en el juicio oral, ya que el Tribunal tiene el deber de investigar la verdad (§ 244 párr. 2.º StPO, principio del procedimiento de investigación oficial), como así también la lectura de protocolos sigue siendo, al igual que antes, dependiente del consentimiento de los participantes del procedimiento (§ 251 párr. 1.º num. 4, párr. 2.º StPO)²⁷⁵. Brevemente: mayor participación en el procedimiento preliminar es una oferta y una oportunidad para la defensa, pero implica también riesgos en relación a la pérdida de inmediatez en el procedimiento principal²⁷⁶. Un procedimiento preliminar participativo no puede obtenerse, político-jurídicamente, sin ningún costo; desde el

²⁷¹ Con esa tendencia SالدITT, en *StV* 2001, p. 312, con la cuestión acerca del partenaire adecuado para tal participación.

²⁷² Escéptico WALTHER, en *GA* 2003, p. 225.

²⁷³ Crítico SالدITT, en *StV* 2001, p. 312; BEULKE, en *ZStW* 113 (2001), p. 738; IGNOR/MATT, en *StV* 2002, p. 106 exigiendo un derecho del defensor a contradecir; SCHÜNEMANN, en *StV* 2003, p. 122, con referencia a puntos de vista adicionales que podrían hacer necesario un nuevo interrogatorio.

²⁷⁴ Cfr. acerca de esta discusión ya PERRON, en *Id.* (nota 247), pp. 602 y s.; también BEULKE, *Libro homenaje a Rieß*, 2002, pp. 21 y ss.; DAV (nota 265), pp. 41 y s.; WEIGEND, en *ZStW* 113 (2001), p. 302. La idea suena también ya en SCHULZ (nota 93), pp. 172 y s. Acerca de la legitimación procesal y participación SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 249 y ss., 255, 256, 289.

²⁷⁵ Aclaratorio "Eckpunktepapier" [documento de los lineamientos básicos] (nota 264), p. 316; DAUBLER-GMELIN, en *StV* 2001, p. 361; de manera similar FREUND et ál., en *GA* 2002, p. 91.

²⁷⁶ P. A. ALBRECHT (nota 243), pp. 130 y s., lo considera una pérdida inaceptable de derechos.

punto de vista de la Fiscalía y del poder judicial puede resultar aceptable sólo ante posibles efectos de aceleración del proceso, ya sea a través de la terminación anticipada durante el procedimiento preliminar o a través de un acortamiento del procedimiento principal o intermedio.

Permítaseme aclarar ahora la necesidad de la reforma de la mano de tres derechos centrales del imputado en el procedimiento preliminar: el derecho a ser informado sobre la imputación, el derecho a presenciar los interrogatorios y el derecho a acceder al expediente.

B. Igualdad de armas y participación en el procedimiento preliminar

1. Información al imputado

En primer lugar, la realización de la igualdad de armas en el procedimiento preliminar presupone, completamente en el sentido del párrafo 3.º (a) artículo 6.º CEDH, que se informe al imputado en la primera oportunidad posible. Así prevé correctamente el § 163a párrafo 1.º del Proyecto Alternativo de Reforma del Procedimiento de Investigación (AE-EV) el derecho a ser informado acerca de la sospecha de un hecho tan pronto como la correspondiente información pueda ser dada sin poner en peligro la investigación²⁷⁸. Las conversaciones previas informativas o informales deben ser limitadas al máximo posible, ya que tienen como consecuencia el rodeo de los derechos del imputado²⁷⁹. Como es sabido, la situación jurídica y la praxis en Alemania, Austria y Suiza tienen un

²⁷⁸ AE-EV (nota 27), pp. 16 y s., 37, 122 y s. Cfr. también el "article préliminaire" del nuevo *Code de procédure pénale* francés.

²⁷⁹ Coincide en el resultado RZEPKA (nota 15), p. 419. Acerca de la praxis alemana cfr. HERRMANN. *Libro homenaje a Moos*, 1997, pp. 232 y s.; crítico también PIETH, en *AJP* 2002, p. 630.

aspecto diferente: el tramo esencial del procedimiento preliminar se lleva a cabo completamente sin conocimiento del imputado²⁸⁰. Si bien el derecho a ser informado comienza, como en Alemania, en la oportunidad del primer interrogatorio policial (§ 136 StPO), este interrogatorio puede ser postergado hasta poco antes de la clausura de la investigación (§§ 163a párr. 1.º y 169a StPO)²⁸¹. En Austria y en Suiza la información tiene lugar, por regla general, recién luego de la clausura de la investigación policial, aunque en ambos países hay proyectos de reforma que prometen mejoras²⁸², en Suiza, además, debe diferenciarse entre los distintos cantones²⁸³.

²⁸⁰ Crítico ya DAHS, en *NJW* 1985, p. 1113.

²⁸¹ Crítico ya FRISTER, en *StV* 1998, p. 159; también AE-EV (nota 27), pp. 27 y s.; DÄUBLER-GMELIN, en *StV* 2001, p. 361.

²⁸² ÖSTERREICH: Regierungsvorlage zur Reform des Vorverfahrens vom März 2003, Nr. 25 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats XL GP, puede ser consultado en [www.parlament.gv.at] Suiza: Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartment, Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung, Bern Juni 2001; [www.ofj.admin.ch/d/index.htm]; crítico PIETH, en *AJP* 2002, p. 626.; cfr. también nota 283.

²⁸³ El informe de la Comisión de expertos "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts" [Unificación del derecho procesal penal, n. del trad.] presentado en diciembre de 1997 por el Departamento de Justicia y Policía suizo divide a los modelos procesales existentes en Suiza a nivel nacional y cantonal (3 y 26 ordenanzas procesales respectivamente) en cuatro grupos, según sea la conformación del procedimiento principal: modelos de juez investigador I y II, modelos de fiscalía I y II. En esencia, estos modelos se diferencian en el rol y la función del juez de investigación y la Fiscalía durante el procedimiento preliminar. El modelo de Fiscalía I se basa en el proceso penal francés y se parece al proceso penal austriaco vigente en relación a la separación del procedimiento preliminar en dos; desde luego, la falta de competencia investigativa de la Fiscalía en Austria es una característica del modelo de juez de investigación I que, por lo demás, prevé un procedimiento preliminar de una sola fase. En el modelo de juez investigador II, el juez investigador depende de las directivas autorizantes de la Fiscalía. El modelo de fiscal II corresponde más bien al proceso penal alemán, porque aquí el fiscal es señor del procedimiento preliminar y el juez investigador no existe en absoluto. (Cfr. Informe, pp. 29 y ss.; GLESS, en *ZStW* 113 [2001], pp. 421 y ss.) La Comisión se pronunció por mayoría a favor del modelo de juez investigador I como base de un proceso penal unificado, mientras que una minoría se decidió por el modelo de Fiscalía I. (Informe, pp. 34 y ss., 38 y ss.; GLESS. Ob. cit., pp. 423 y ss.). Luego de un *hearing* de expertos, la minoría devino mayoría, y el modelo mencionado en último término tiene ahora las mejores chances de servir de base a la unificación del proceso penal (ibíd., pp. 424 y s.). Esto no es sorprendente, ya que este modelo es efectivamente derecho vigente en Austria y justamente allí debe hacerse la reforma (AMBOS, en *ÖJZ* 2003, p. 661).

En Alemania, las autoridades de investigación son competentes para decidir acerca de la clausura de la investigación²⁸⁴. Esa decisión, según la opinión dominante, es un acto procesal contra el cual no hay ningún remedio²⁸⁵. La jurisprudencia subraya, sin embargo, el derecho a consultar a un defensor antes del primer interrogatorio policial²⁸⁶, pero el imputado puede ejercer ese derecho siempre y cuando conozca que se le imputa algo, es decir, siempre y cuando conozca que hay una investigación en marcha en su contra.

En Austria, el afectado recibe el estatus de imputado y los derechos que surgen de ese estatus recién luego de la culminación de la llamada encuesta previa policial, es decir, cuando se presenta el escrito de acusación o se solicita la introducción de la llamada investigación previa (§ 38 párr. 1.º StPO). La estructura procesal –en esencia inquisitiva– no cuenta a la encuesta previa como parte del proceso penal²⁸⁷ y pretende reconocer un estatus (formal) de imputado bajo la invocación de una relación procesal –de carácter civil– recién con la imputación formal que implica la introducción (judicial) de la investigación previa²⁸⁸. De esa manera, el sospechoso debe ser instruido recién –como formalmente “imputado”– regularmente durante las investigaciones judiciales (excluido el caso de su detención, § 178 párr. 1.º StPO), e incluso en

²⁸⁴ Crítico también SIMON (nota 16), p. 16; SOMMER (nota 82), p. 1121. Acerca de la práctica francesa de la “inculpation tardive”, crítico MADIGNIER, en *StV* 2003, p. 132.

²⁸⁵ Crítico SIMON (nota 16), pp. 25 y s., con más referencias.

²⁸⁶ BGH (sin indicación) en NACK (nota 73), pp. 49 y s. Acerca del deber policial de informar antes del interrogatorio y de las consecuencias de la falta de información cfr. BEULKE, en *NSrZ* 1996, p. 257.

²⁸⁷ MOOS, en *ÖJZ* 1996, p. 892, diferencia entre las encuestas preliminares (que todavía no configuran un proceso penal), las investigaciones previas (proceso penal provisorio) y los procesos penales propiamente dichos a partir de la acusación según el § 207 StPO austriaco; cfr. también ID., en PILGERMAIR (nota 270), p. 63.

²⁸⁸ Cfr. fundamental y crítico MOOS. *Libro homenaje a Jescheck*, 1985, pp. 725 y ss., 748; ID., en *ÖJZ* 1996, pp. 892 y s.; ID., en PILGERMAIR (nota 270), pp. 65 y s., 69 y s. Acerca de la aplicación analógica de las reglas para el proceso administrativo que prevén un concepto material de imputado, cfr. ZERBES (nota 42), pp. 489 y ss.

esa oportunidad puede "postergarse la información, siempre que ello ponga en peligro la finalidad del proceso" (§§ 38 párr. 4.º y 39 párr. 1.º StPO)²⁸⁹.

En Suiza existe, con la nueva constitución de 1999 (BV)²⁹⁰, una situación jurídica concorde con el Convenio a raíz del reconocimiento de las garantías procesales generales (art. 29 BV), entre otras, del principio de juicio equitativo (art. 29 párr. 1.º BV) y garantías específicas para el proceso penal (art. 32 BV)²⁹¹. Sin embargo, la situación constitucional progresista colisiona, al igual que en Austria, con el procedimiento preliminar a nivel cantonal –investigaciones llevadas a cabo por jueces y/o por el ministerio público– que ha de ser ubicado entre inquisición y participación²⁹². De esta manera, si bien el imputado, según el artículo 32 párrafo 2.º BV, debe ser informado lo antes posible y con la mayor amplitud –en caso de detención "inmediatamente" (art. 31 párr. 2.º BV)– acerca de las imputaciones en su contra o bien del motivo de su detención, este derecho parece no ser aplicable, ya en el procedimiento preliminar, a aquellos imputados que se encuentran en libertad, ya que el artículo 32 párrafo 2.º BV habla de la persona "acusada". Aun cuando se considere esto como un error de redacción del constituyente y/o se entienda el concepto de acusación en un sentido material jurídico-europeo y, por lo tanto, se considere que ya la policía en el primer interrogatorio está obligada a informar (en el caso de detención, con referencia a la praxis-Miranda de los Estados Unidos de Norteamérica)²⁹³, el momento de la infor-

²⁸⁹ Comparando con el derecho alemán HERRMANN. *Libro homenaje a Moos*, 1997, pp. 230 y ss.

²⁹⁰ Adoptada en el plebiscito del 18 de marzo de 1999 (BBL 1997 I 1, 1999 162, 5986).

²⁹¹ Cfr. TRECHSEL, en *ZStR* 119 (2001), pp. 214 y ss.

²⁹² Siguiendo a KRAUSS, en *Recht* 1999, p. 177, según el cual el derecho procesal cantonal se encuentra en la "transición desde [...] un proceso inquisitivo reformado hacia un modelo participativo, propio de un estado de derecho". Coincidentemente PIETH, en *AP* 2002, p. 626.

²⁹³ HAUSER/SCHWERI (nota 38), pp. 266 y s., 301. Cfr. por ejemplo el artículo 173 párrafo 2 StPO de Berna [www.sta.be.ch/belex/d/home3.htm]. Acerca del contenido de las "Miranda warnings" cfr. SCHLEIMINGER (nota 17), p. 156.

mación depende del reconocimiento del estatus (material) de imputado²⁹⁴ y ello, por lo demás, varía de cantón a cantón²⁹⁵. El Tribunal Federal no quiere dejar al imputado sumido en la incertidumbre durante toda la investigación, pero pretende que se lo informe de manera amplia recién luego de la clausura de ésta²⁹⁶. El alcance de la información se diferencia también cantonalmente. Un buen ejemplo es el derecho a permanecer callado, respecto del cual, tradicionalmente, no existía el deber de informar al imputado; últimamente, esta advertencia está prevista sólo en algunos cantones²⁹⁷.

2. Derecho a presenciar los interrogatorios

El derecho del imputado y/o de su defensor a participar, que resulta del artículo 6.º CEDH²⁹⁸, cobra quizás su significación más importante con el derecho a presenciar los interrogatorios (no judiciales), y ello en un doble sentido: por un lado, como derecho del defensor a presenciar los interrogatorios del imputado, por otro lado, como derecho del defensor y/o del imputado a presenciar los interrogatorios de testigos de cargo y, llegado el caso, también los interrogatorios de coimputados y peritos. El derecho a estar presente comprende el derecho a preguntar o bien a manifestar opiniones²⁹⁹. Está estrechamente relacionado con el dere-

²⁹⁴ Cfr. HAUSER/SCHWERI (nota 38), pp. 140 y s.

²⁹⁵ Así, por ejemplo, la información tiene lugar, según el § 11 párr. 1 StPO Zürich [www.kanton.zh.ch/App1/webktzh.nsf/GesetzeWeb?OpenFrameSet], art. 105 StrV Berna (nota 193) y § 79 párr. 1 StPO St. Gallen (www.gallex.ch/gallex/9/fs962.1.html), recién después de la clausura de las investigaciones policiales, en el primer interrogatorio realizado por el fiscal de distrito o por el juez investigador; según el artículo 208 párrafo 2 StrV Berna, los sospechosos deben ser advertidos ya en los interrogatorios policiales (cfr. también las indicaciones en el informe anexo al anteproyecto [nota 282], p. 122 con nota 52 y s.).

²⁹⁶ BGE 119 Ib 12, pp. 18 y s.

²⁹⁷ Cfr. HAUSER/SCHWERI (nota 38), p. 143 con remisión al § 11 párr. 1 StPO Zürich, art. 44, 105 Nr. 2, 208 párr. 2 StPO Berna, art. 156 StPO Friburgo, art. 79 párr. 1 StPO St. Gallen y § 44 párr. 2 en función del § 46 StPO Basilea Landschaft.

²⁹⁸ Cfr. especialmente nota 98 y ss. y el texto.

²⁹⁹ GOLLWITZER. *Libro en recuerdo a Meyer*, 1990, p. 163; BEULKE. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 7.

cho a presentar pruebas, ya que si el defensor no tiene derecho a estar presente, no tiene ningún sentido el interponer ya en el procedimiento de investigación peticiones de pruebas específicas, por ejemplo, que se interrogue a un determinado testigo³⁰⁰. Por otro lado, el derecho a estar presente puede tener efecto también sobre el derecho de acceso al expediente, en tanto este derecho se concede con mayor generosidad respecto de las partes del expediente que reproducen los interrogatorios que fueron llevados a cabo en presencia del defensor (§ 147 párr. 3.º StPO). Por lo tanto, exigir un derecho ampliado a presenciar los interrogatorios no judiciales de imputados, coimputados y testigos está en armonía con el § 168f AE-EV³⁰¹ y con el documento *Lineamientos básicos para la reforma del proceso penal*³⁰². Solamente podrían resultar limitaciones –en armonía con la jurisprudencia del TEDH³⁰³– en razón de la existencia de peligro para coimputados o testigos (cfr. § 168f párr. 3.º oración 3 AE-EV).

La situación jurídica en Alemania, Austria y Suiza es, conocidamente, totalmente diferente³⁰⁴: el derecho a estar presente no existe, en tanto se puede generalizar, respecto de los interrogatorios policiales. *De facto*, este estado puede perpetuarse en tanto la Fiscalía, el juez investigador o el fiscal de distrito pueden dejar que todos los interrogatorios sean llevados a cabo por la policía. El posible interrogatorio contradictorio a los testigos

³⁰⁰ Cfr. también "Eckpunktepapier" [documento de los lineamientos básicos] (nota 264), p. 315; DAUBLER-GMELIN, en *StV* 2001, p. 361. Esto explica el escaso número de peticiones de medidas probatorias; cfr. DÖLLING/DITTMANN/LAUE/TÖRNIG, en DÖLLING et ál. (nota 268), pp. 142 y s. (tablas 74 y 75).

³⁰¹ AE-EV (nota 27), pp. 21 y s., 38, 132 y ss. La posible exclusión del imputado por razones de búsqueda de la verdad, prevista por el § 168f párr. 3 oración 2 AE-EV es, sin embargo, un innecesario vestigio inquisitivo.

³⁰² "Eckpunktepapier" [documento de los lineamientos básicos] (nota 264), p. 315; DAUBLER-GMELIN, en *StV* 2001, p. 361.

³⁰³ Acerca de los testigos anónimos e inaccesibles cfr. nota 203 y ss. y texto.

³⁰⁴ Cfr. ya HEINE/RONZANI/SPANIOL, en *StV* 1987, p. 81.

en razón del § 162a StPO austríaco sigue siendo una excepción extraña al sistema.

En Alemania, el derecho del defensor a presenciar el interrogatorio del imputado está previsto cuando el acto es llevado a cabo por el juez o por el fiscal, pero no cuando el interrogatorio es policial (§§ 168c párr. 1.º y 163a párr. 3.º StPO)³⁰⁵. En el caso del interrogatorio de un testigo o de un perito, el derecho a estar presente del defensor y del imputado se extiende solamente al interrogatorio judicial (§§ 168c párr. 2.º y 161a StPO)³⁰⁶. Lo mismo vale para el derecho correspondiente al derecho a estar presente, es decir, el derecho a formular preguntas, al que los §§ 240 y siguientes del StPO encuentran aplicación analógica³⁰⁷. La Fiscalía tiene, por lo tanto, de manera fáctica, el poder de excluir la participación del imputado y de su defensor de los interrogatorios en el procedimiento preliminar, en tanto que ella misma lleve a cabo los interrogatorios o –en caso del interrogatorio del imputado– lo deje a cargo de la policía. Si bien los protocolos de interrogatorios policiales y los llevados a cabo por la Fiscalía no pueden ser introducidos por lectura en el juicio oral (§§ 249, 251 párr. 1.º y 254 StPO), ello no le quita nada de su efecto prejudicial como parte integrante de los expedientes de la investigación y del proceso.

En Austria, si bien el imputado puede, ya al momento de la encuesta previa policial, servirse de un defensor (§ 39 párr. 1.º oración 1 StPO), se entera de este derecho –en razón de la dicotomía mencionada entre investigación previa y encuesta previa– recién por medio del juez investigador (§ 39 párr. 1.º oración 1 StPO). No existe el derecho a la presencia del defensor durante el interrogatorio policial del imputado³⁰⁸ e incluso el interrogatorio lle-

³⁰⁵ MEYER-GOSSNER, en *StPO*, § 168c n. m. 1.

³⁰⁶ Crítico DAV (nota 265), p. 39; ENDRISS. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, pp. 65 y ss.

³⁰⁷ MEYER-GOSSNER, en *StPO*, § 168c n. m. 1; ENDRISS. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, pp. 65.

³⁰⁸ Acerca de la aplicación analógica de las reglas del procedimiento administrativo (§ 10 AVG) ZERBES, (nota 42), p. 491.

vado a cabo por el juez investigador tiene lugar sin la presencia "de las personas invocadas por la ley", es decir, también sin la presencia del defensor (§§ 97 párr. 2.º, oración 2 y 198 párr. 1.º StPO)³⁰⁹. Lo mismo vale para el interrogatorio de testigos y peritos (§§ 97 párr. 2.º oración 2 y 162 párr. 1.º StPO), ya que en el procedimiento preliminar no existe, fundamentalmente, la publicidad a las partes³¹⁰. Solamente de manera excepcional, ante la posible inaccesibilidad del testigo en el juicio oral, el § 162a StPO prevé –como consecuencia de la condena a Austria por lesión del párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH– una suerte de interrogatorio contradictorio durante el procedimiento preliminar por parte de los participantes en el procedimiento³¹¹. De todos modos, puede considerarse el precepto como pieza central de un procedimiento preliminar participativo, pero sigue siendo, dentro de la estructura del procedimiento vigente, una excepción. El proyecto de reforma³¹² trae, entre tanto, pocas mejoras: concede al imputado y a su defensor, solamente para el caso de la adquisición judicial de pruebas, el derecho a estar presente (§ 165 StPO) y prevé, como regla, la realización del interrogatorio del testigo en presencia de los participantes en el proceso (§ 160 párr. 1 StPO)³¹³.

En Suiza, si bien en primer lugar se debe señalar nuevamente que la situación constitucional es compatible con los derechos humanos, especialmente en lo que respecta al principio de juicio equi-

³⁰⁹ Crítico BERTEL/VENIER (nota 255) n. m. 317.

³¹⁰ FOREGGER (nota 241), § 162a nota 1; BERTEL/VENIER (nota 255), n. m. 346.

³¹¹ Cfr. BIRKLBAUER, en *östAnwBl.* 2002, pp. 516 y s.; FOREGGER (nota 241), § 162a nota 1; BERTEL/VENIER (nota 255) n. m. 346.

³¹² Cfr. nota 282.

³¹³ Crítico también RIKLIN, en *JRP* 2002, p. 56; restrictivo, sin embargo, MOOS, "Systematische Betrachtungen zum Vorverfahren", en *ÖJK* (ed.), *Neue Wege im strafrechtlichen Vorverfahren*, 1985 (BMJ-Schriftenreihe, t. 27), p. 73. 101: (la presencia durante el interrogatorio de testigos dificultaría las investigaciones); también STEININGER, en SOYER (ed.), *Strukturreform des Vorverfahrens*, 1996, pp. 33 y s.; SEILER, *Opferrechte im Spannungsfeld zu den Verteidigungsrechten*, en BMJ (ed.), *Strafverfahren – Menschenrechte – Effektivität*, 2001 (BMJ Schriftenreihe, t. 106), pp. 255 y ss.

tativo del párrafo 1.º artículo 29 BV –con el cual se podría fundamentar directamente el derecho a estar presente también en el procedimiento preliminar–, se opone a esta posibilidad, por un lado, la limitación a la persona "acusada" prevista en el artículo 32 párrafo 2.º oración 2 BV; por lo demás, rigen las reservas hechas más arriba en relación a las complejas situaciones jurídicas y de la praxis, que se pueden generalizar en el siguiente sentido: los derechos de defensa, como más temprano, se vuelven efectivos en el primer interrogatorio acerca del objeto en el procedimiento de investigación³¹⁴. Así, por ejemplo, existe en Zúrich el derecho a presenciar el interrogatorio llevado a cabo por el fiscal de distrito, si con ello no se pone en peligro el fin de la investigación (§ 17 párr. 2.º StPO Zúrich); pero ese derecho no existe generalmente respecto de los interrogatorios policiales³¹⁵. Por ello, el fiscal de distrito puede, al igual que el fiscal en Alemania, eludir el derecho fundamental a presenciar los interrogatorios, en tanto deje que todos los interrogatorios sean llevados adelante por la policía³¹⁶. En Berna, la participación en actos de investigación durante el procedimiento de investigación es, en principio, posible, en tanto no exista un peligro de oscurecimiento*; la participación comprende el derecho a preguntar (art. 245 StrV** Berna).

La colisión con el derecho a una defensa efectiva según el artículo 6.º párrafo 1.º en función del párrafo 3.º (c) CEDH es especialmente problemática cuando al CEDH, como en Austria, se le concede rango constitucional o, como sucede en Suiza, la Constitución acoge determinados derechos del imputado. Así, el mencionado

³¹⁴ Cfr. en general ARQUINT (nota 28), pp. 183 y ss., 185.

³¹⁵ Cfr. N. SCHMID (nota 93), p. 138; VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 329.

³¹⁶ Crítico N. SCHMID (nota 93), pp. 138 y s.

* En ocasiones el término "Verdunkelungsgefahr", nombre de uno de los motivos que pueden fundamentar la prisión preventiva, fue traducido como "peligro de entorpecimiento" [n. del trad.].

** Abreviatura para "Gesetz über das Strafverfahren", Ley procesal penal [n. del trad.].

artículo 32 párrafo 2 BV debería, según la voluntad del legislador, acoger el contenido esencial del párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH³¹⁷, pero no armoniza con ello la restricción de estos derechos a la figura del acusado. También la jurisprudencia alemana deriva el derecho a una defensa efectiva, incluido el derecho a contar con un defensor de confianza, del párrafo 3.º (c) artículo 6.º CEDH³¹⁸ y reconoce que el párrafo 3.º (d) artículo 6.º CEDH persigue colocar al acusado y a la fiscalía en la misma posición³¹⁹. Esto suena ya a igualdad de armas formal, y al menos surge de ello un derecho a una defensa efectiva. Esto conduce, en el caso de un imputado que carece de un defensor, a la asignación de uno ya en el procedimiento de investigación, según el § 141 párrafo 3.º StPO en función del párrafo 3.º (c) y (d) artículo 6.º CEDH cuando –como sostuvo de manera totalmente convincente el primer Senado del BGH***– el interrogatorio judicial tiene por delante la declaración de un testigo de cargo central y el imputado está excluido de participar³²⁰. El punto de vista decisivo en esta cuestión –como concretización del derecho a una defensa efectiva– es la preservación del derecho a preguntar, que puede ser ejercido finalmente sólo por el defensor, cuando el imputado está excluido de la presencia durante el interrogatorio. En este caso, por lo tanto, debe ser cuestionada críticamente la praxis corriente acerca de la de-

³¹⁷ Cfr. VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 328, con referencia al mensaje del Bundesrat en la nota 158.

³¹⁸ Cfr. NACK (nota 73), pp. 46 y s.; BVerfG, *NStZ* 2002, p. 100.

³¹⁹ BGH *NStZ-RR* 1996, p. 334 (en NACK [nota 73], p. 48).

*** Abreviatura para "Bundesgerichtshof", Tribunal Supremo alemán [n. del trad.].

³²⁰ Así el primer Senado del BGHSt. 46, 93, 47, 172, según el cual "debe asignársele un defensor al imputado que no lo tiene antes del interrogatorio judicial del testigo de cargo central, llevado a cabo con el fin de asegurar las pruebas, cuando la presencia del imputado en ese interrogatorio está excluida". Cfr. acerca de ello ya AMBOS, en *NStZ* 2003, p. 17; de acuerdo también BEULKE, en *Libro homenaje a Rieß*, 2002 p. 18; DETTER, en *NStZ* 2003, p. 9; KLEMKE, en *StV* 2003, p. 413. También de acuerdo el quinto Senado (BGH *NStZ* 2002, p. 381), cuyas manifestaciones relativizantes se refieren exclusivamente a los casos de una sospecha urgente de un crimen (§ 140 párr. 1 nr. 2 StPO) o de un delito de gran importancia (§ 140 párr. 1 nr. 1 y párr. 2 oración 1 StPO).

signación de defensor³²¹. Más allá, un procedimiento preliminar participativo, en el sentido explicado más arriba, presupone, desde luego, el derecho a que estén presentes el defensor y el imputado, ya que su juego armónico posibilita una interrogación realmente efectiva del testigo³²² y puede por ello justificar un posible traslado de esa prueba al juicio oral³²³.

Poco satisfactoria es también la regulación sobre la asignación de defensor en el procedimiento de casación, porque el § 350 StPO diferencia entre el acusado libre (párr. 2.º) y el privado de libertad (párr. 3.º); sólo a este último, a pedido del presidente, se le designa un defensor. Desde la perspectiva del Convenio, la designación de un defensor no puede depender de si el acusado está detenido o no, sino solamente de si la designación es necesaria para la "correcta administración de justicia" (párr. 3.º [c] art. 6.º CEDH). Esto tiene que ser decidido por el presidente sobre la base del § 140 StPO; debe partirse de la base de que en todo caso, ante la fijación de una audiencia oral, es indispensable ordenar la designación de un defensor³²⁴.

3. Derecho a acceder al expediente

Como resulta de las normas de derechos humanos³²⁵, el derecho a acceder al expediente puede limitarse sólo ante determinados y

³²¹ Cfr. WEIGEND, en *StV* 2000, p. 385 con nota 24; ESSER (nota 14), p. 477. Según la opinión de WEIGEND, en *ZStW* 113 (2001), p. 296, con más referencias en nota 86, un "Legal Aid-System" es, de cualquier modo, más bien compatible con el artículo 6.º párrafo 3 (c) CEDH. Crítico en atención a la Fiscalía Europea (cfr. nota 373) SCHÜNEMANN, en *StV* 2003, p. 118.

³²² Cfr. también BEULKE, *Libro homenaje a Rieß*, 2002, pp. 20 y s.; WALTHER, en *GA* 2003, p. 217.

³²³ Críticos IGNOR/MATT, en *StV* 2002, p. 106, quienes consideran la presencia fuerte como prácticamente irrealizable.

³²⁴ KIESCHKE (nota 18), pp. 141 y ss., 148 y ss., propone la designación a petición del acusado; en tanto este no haga ninguna petición, el presidente debe decidir a discreción según el § 140 párrafo 2 StPO; cfr. también ESSER (nota 14), p. 489.

³²⁵ Cfr. nota 122 y ss.

estrechos presupuestos. En caso de que el imputado se encuentre privado de libertad, el derecho rige prácticamente de modo absoluto. En nuestros países, estas exigencias son cumplidas solamente de manera condicional³²⁶: por regla general, el derecho completo a acceder al expediente surge recién con la clausura de la investigación; antes de ello, basta la indicación global acerca del peligro para el fin de la investigación para denegar el acceso al expediente. Sólo el derecho austríaco es, entre tanto, más restrictivo; por lo demás, el imputado no tiene ningún remedio en contra de la negativa.

En *Alemania*, el derecho completo a acceder al expediente surge recién con la clausura –asentada en el expediente por la Fiscalía– de las investigaciones (§§ 147 párr. 2.º y 169a StPO)³²⁷. Antes de ello, basta la existencia de peligro –determinada por la Fiscalía– para el fin de la investigación para denegar la vista del expediente (téngase en cuenta, sin embargo, el § 147 párr. 3.º StPO); en contra de ello, el imputado no tiene ningún remedio³²⁸, sólo pueden solicitarse decisiones judiciales –desde la ley de reforma del procedimiento penal de 1999³²⁹– recién luego de la clausura de las investigaciones o en caso de detención del imputado (§ 147 párr. 5.º oración 2 alternativa 3, párr. 7.º en función del § 161a párr. 3 StPO)³³⁰. El § 147 párrafo 7.º StPO, también introducido en 1999,

³²⁶ Cfr. una perspectiva de derecho comparado ya HEINE/RONZANI/SPANIOL, en *StV* 1987, p. 81.

³²⁷ En lo que respecta al examen del expediente durante la marcha del procedimiento principal, el BGH reconoció, en una interpretación del § 147 StPO conforme a la Convención, un deber de indicación de las pruebas que van llegando al expediente; BGH *StV* 2001, p. 4.

³²⁸ Crítico DAV (nota 265), p. 39; WALISCHEWSKI (nota 92), pp. 275 y ss.; DEDY, en *StraFo* 2001, p. 149 según lo cual, esta sería la razón principal para la negativa global a examinar el expediente; acerca de una comprobación del juez investigador AE-EV (nota 27), p. 53 (§ 147 párr. 5 oración 2 StPO).

³²⁹ BGBl. 2000 I, p. 1253.

³³⁰ Con ello es tomada en cuenta una vieja reivindicación –no sólo de los abogados– respecto del aseguramiento directo de derechos intensificados a participar, al menos respecto de esferas específicas; cfr. SALDITT, en *StV* 2001, p. 311, con referencias en nota 5.

es demasiado estrecho, porque no le concede al imputado un derecho amplio a examinar el expediente, sino que se refiere solamente a “informaciones y copias extraídas del expediente”, y sólo otorga derecho a una decisión libre de errores de criterio (“poder”) por parte de la Fiscalía³³¹.

En Austria, la situación legal es conforme al Convenio, ya que el imputado sin defensa es equiparado al defensor (§ 45 párr. 2.º oración 2 StPO) y el examen –hasta la comunicación del escrito de acusación (§ 209 StPO)– respecto de piezas determinadas del expediente puede ser negado “cuando circunstancias especiales justifican el temor de que a través del conocimiento inmediato de estas piezas del expediente se pone en peligro el fin de la investigación” (§ 45 párr. 2.º oración 3 StPO). En la práctica, sin embargo, por regla general no se concede el examen del expediente durante la encuesta previa policial³³².

En Suiza, el examen del expediente, fundado en el principio del derecho a ser oído (art. 29 párr. 2.º BV) se otorga recién luego de la clausura del procedimiento preliminar y sólo cuando el fin de la investigación no resulte puesto en peligro³³³. El Tribunal Federal fundamentó este criterio en una decisión clásica, en la que sostuvo que los intereses del imputado estarían subordinados respecto del interés público; la limitación del examen del expediente no implicaría un ataque desmesurado al derecho de defensa, ya que, en definitiva, el imputado se podría defender, frente al juez, con conocimiento completo del expediente³³⁴. Decisiones posteriores

³³¹ Crítico también AE-EV (nota 27), pp. 54 y s.; ESSER (nota 14), pp. 435 y s.; DEDY, en *StraFo* 2001, p. 153; BEULKE. *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 19, con nota 62. Acerca de la situación jurídica anterior WALISCHEWSKI (nota 92), pp. 191 y ss., 205 y ss.

³³² BERTEL/VERNIER (nota 255), n. m. 243. Acerca del derecho procesal administrativo (§ 17 AVG), ZERBES (nota 42), p. 490.

³³³ BGE 101 Ia, p. 18 con remisión a las regulaciones cantonales y § 147 StPO alemán.

³³⁴ BGE 101 Ia, p. 18; confirmado en BGE 119 Ib, pp. 19 y ss.; 120 IV, p. 245.

tienen la apariencia de ser más amigables respecto del imputado pero, sin embargo, colocan al derecho de examen del expediente, al igual que antes, bajo la reserva de que no dañe intereses públicos contrapuestos o el interés de mantener secretos³³⁵. Cuando, como en Zurich, se concede el examen del expediente ya durante la investigación, ello no debe poner en peligro el fin de la investigación (§ 17 párr. 1.º StPO Zürich)³³⁶. En los hechos domina una práctica global de negación del derecho, similar a la que existe respecto de la exclusión del derecho a presenciar los interrogatorios³³⁷. Más adelantada es, sin embargo, una vez más, la situación legal en Berna, donde el derecho a examinar el expediente le corresponde al asistente legal ya durante el procedimiento de investigación y sólo puede ser negado en caso de peligro de oscurecimiento (art. 244 StPO Berna).

Más cosas positivas hay para informar acerca del *procedimiento de examen de la prisión preventiva*: la jurisprudencia del TEDH repercusión en que debe concedérsele al imputado o a su defensor el derecho a examinar todas las constancias del expediente que tienen relevancia para la decisión acerca de la detención. En Alemania, debe otorgársele al defensor el examen de todas las constancias del expediente cuyo conocimiento es necesario para la fundamentación de un pedido de detención³³⁸. Llegado el caso, estos documentos deben ser separados del expediente, o debe entregársele copia de ellos al defensor³³⁹. Al imputado detenido que carece de

³³⁵ BGE 122 I, pp. 161 y s.; 127 I, p. 151. Cfr. también HAUSER/SCHWERI (nota 38), pp. 237 y ss.

³³⁶ N. SCHMID (nota 93), p. 76.

³³⁷ Ídem.

³³⁸ Cfr. ya AMBOS, en NSrZ 2003, pp. 14 y s., con más referencias. Más restrictivo LANGE, NSrZ 2003, pp. 352 y ss., quien rechaza la existencia de un derecho *fundamental* a examinar el expediente íntegramente, pero que de todas formas reconoce que la información verbal no es suficiente y que la defensa no puede ser "substancialmente cercenada".

³³⁹ OLG Hamm NSrZ 2003, p. 386; OLG Köln NSrZ 2002, p. 659. Crítico respecto de la jurisprudencia alemana anterior, SIMON (nota 16), pp. 40 y ss.

defensor, según el § 147 párrafo 7.º StPO en función del artículo 5.º párrafo 4.º CEDH, debe otorgársele el derecho irrestricto a examinar el expediente o debe asignársele un defensor³⁴⁰. Por ello, la negación del derecho a examinar el expediente no está prácticamente permitida, en tanto el imputado se encuentre en prisión preventiva³⁴¹. En Austria, las autoridades deben entregarle —inmediatamente y de manera gratuita— al defensor del imputado detenido copia (fotocopia) de todas las piezas del expediente que fundamentan la detención (§ 45a StPO). En Zürich existe un derecho inmediato a examinar el expediente en lo concerniente a los documentos relevantes para la detención y respecto de las pruebas en el marco del procedimiento judicial de detención (§ 61 StPO Zürich)³⁴².

El principio de la igualdad de armas requiere además, desde luego, y de manera general, una concretización de las condiciones relativas a la negativa del acceso al expediente: en lugar de una remisión global a la puesta en peligro del fin de la investigación, deben existir puntos concretos de referencia para tal peligro, y éste debe ser concreto³⁴³. Si se alega a favor de un procedimiento preliminar participativo, la denegación del examen del expediente es absolutamente inadmisibles, ya que sólo un acceso temprano al expediente justifica el traslado de la prueba ya mencionado³⁴⁴.

³⁴⁰ AMBOS, en NSrZ 2003, p. 15 con nota 130 y s.

³⁴¹ Va más allá, a favor de una exclusión legal de la negativa a examinar el expediente DAV (nota 265), pp. 40 y 46; KIESCHKE/OSTERWALD, en NJW 2002, p. 2005.

³⁴² N. SCHMID (nota 93), pp. 213 y ss.

³⁴³ Cfr. también DAV (nota 265), p. 40; AE-EV (nota 27), p. 53 (§ 147 párr. 2 StPO); IGNOR/LANGE, en StV 2002, 105; N. SCHMID (nota 93), p. 76; coincide en el resultado BEULKE, *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 19; TRECHSEL, *Libro homenaje a Druey*, 2002, pp. 997 y s.; WALISCHESKI (nota 92), pp. 97 y ss., 116, 141 y s.

³⁴⁴ Cfr. también BEULKE, *Libro homenaje a Rieß*, 2002, pp. 19 y s.; WALTHER, en GA 2003, p. 225, reivindica una ampliación del derecho a examinar el expediente a partir del derecho a ser oído.

4. Consecuencias de la lesión de los derechos del imputado

En lo que concierne a las consecuencias de una lesión de los derechos del imputado, el BGH adopta la teoría de la consideración global del TEDH, en tanto se trate de la evaluación de una infracción al artículo 6.º CEDH³⁴⁵. Al respecto, vale la crítica ya expresada más arriba acerca de que el control de errores de procedimiento ocurridos durante el procedimiento de investigación se ve dificultado, cuando no totalmente imposibilitado, por la remisión a la posible compensación durante el procedimiento principal. Además, surgen fricciones con el proceso de casación que se dirige a las lesiones en particular, en concreto a los errores procesales del procedimiento de investigación cuyos efectos continúan³⁴⁶ en el juicio oral. En conjunto, la consideración global conduce a una devaluación de la formalidad procesal, es decir, a la desvalorización de una justicia procesal en el sentido de *process rights* a favor de una consideración orientada por el resultado en el sentido de *outcome-oriented rights*³⁴⁷. La consideración global se corresponde finalmente con la preferencia de la jurisprudencia de los tribunales superiores por una valoración de la prueba y soluciones de mediciones de la pena "blandas" sobre soluciones de clausura del procedimiento y prohibiciones probatorias "duras"³⁴⁸. Así, por ejemplo, el BGH pretende reaccionar a la lesión del derecho a la participación del defensor durante el procedimiento de investigación con una reducción del valor probatorio de las declaraciones correspondientes³⁴⁹, mientras que la literatura preponderante

³⁴⁵ BGH 3 StR 450/01; BVerfG NJW 2001, p. 2245 (en NACK [nota 73], pp. 50 y s.).

³⁴⁶ Sólo entonces es examinable el error procesal en el proceso de casación, BGHSt. 46, p. 103.

³⁴⁷ En este sentido también DAVENPORT/FITZPATRICK, *Journal of Criminal Law* 66 (2002), p. 312. La contradicción coincide, de cierta manera, con la que existe entre *Due Process* y *Crime Control Model*, cfr. TULKENS (nota 88), pp. 9 y s.; SANDERS/YOUNG (nota 88), pp. 22 y ss.

³⁴⁸ Cfr. también NACK (nota 73), pp. 51 y s.

³⁴⁹ BGHSt. 46, p. 93; WIDMAIER, *Sonderheft Schäfer* 2002, p. 76; DETTER, en NSTZ 2003, pp. 1, 6, 9. Igualmente restrictiva es la praxis suiza, que considera las lesiones a las reglas probatorias como contravenciones sin importancia en el caso de que la prueba también habría podido

-correctamente- alega a favor de una prohibición de la valoración de la prueba³⁵⁰. En relación a la valoración de declaraciones de testigos anónimos o excluidos, según la opinión del BGH, es necesaria una evaluación crítica y una confirmación a través de otras señales probatorias³⁵¹; con todo, sin embargo, una declaración de este tipo es aceptada fundamentalmente como una prueba principal, que debe ser constatada mediante indicios, mientras que el TEDH pretende considerarla sólo como prueba auxiliar³⁵². En Austria y Suiza también se exige una comprobación crítica³⁵³; el BG suizo no quiere utilizar la declaración en el caso de que esta represente la única prueba o la prueba predominantemente decisiva³⁵⁴.

5. Excurso: otras fricciones con el párrafo 3.º artículo 6.º CEDH no limitadas al procedimiento preliminar

El derecho a una defensa efectiva (art. 6.º párr. 3.º [c] CEDH) comprende especialmente el tiempo suficiente para la preparación de la defensa según el artículo 6.º párrafo 3.º (b) CEDH. Por ello, se debe suspender la audiencia cuando el defensor de oficio designado necesita más tiempo para la preparación (cfr. § 145 párr. 3.º StPO)³⁵⁵. También los procedimientos acelerados (p. ej., §§ 417 y ss. StPO)

ser obtenida legítimamente (N. SCHMID [nota 93], pp. 173 y ss.; algo más estricto es, sin embargo, el artículo 148 párrafo 1 del anteproyecto [nota 282], según el cual, en principio, la adquisición antijurídica de pruebas tiene por consecuencia una prohibición de valoración.
³⁵⁰ Cfr. ya AMBOS, NSTZ 2003, p. 17, con nota 176. Crítico respecto del BGH también WALTHER, GA 2003, pp. 218 y s.

³⁵¹ BGH NJW 2000, p. 1662; NSTZ-RR 2002, p. 176. Crítico ESSER (nota 14), pp. 679 y s.

³⁵² Cfr. SIMON (nota 16), pp. 134 y ss. como así también la jurisprudencia del TEDH nota 222 y ss. y el texto; crítico de la jurisprudencia alemana y suiza también WOHLERS, Libro homenaje a Trechsel, 2002, pp. 819 y s.

³⁵³ ZERBES (nota 205), pp. 401 y s.; WOHLERS, Libro homenaje a Trechsel, 2002, pp. 819 y s.
³⁵⁴ BGE 125 I, p. 157. Detallada y críticamente respecto de la jurisprudencia y de la situación jurídica cantonal relativa al derecho a confrontar SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 23 y ss., 39, 40 y ss.

³⁵⁵ NACK (nota 73), p. 47, en referencia a BGH NSTZ 2000, p. 212 y NSTZ 1998, p. 530, en el que el BGH admitió una violación del art. 6 párr. 3 (c). Cfr. también en general HAEFLIGER/SCHÜRMANN (nota 33), p. 222; VILLIGER, *Handbuch* (nota 32), p. 327.

pueden chocar con el artículo 6.º párrafo 3.º (b) CEDH, porque este precepto quiere impedir justamente un "proceso breve" y con ello asegurar especialmente una defensa adecuada³⁵⁶.

En lo que respecta a los reemplazos de los medios de prueba en caso de testigos anónimos, excluidos o inalcanzables, el derecho austríaco tiene carácter ejemplar, porque se orienta a las líneas directrices de la CEDH³⁵⁷. Si se dan los estrictos requisitos del peligro³⁵⁸, entonces, en principio, debe interrogarse al testigo anónimamente (§ 166a StPO). Medidas de protección complementarias, como por ejemplo, la exclusión de la publicidad (§ 229 párr. 2.º StPO) son posibles, pero las partes siempre deben poder seguir el interrogatorio acústico y visualmente (§ 162a párr. 2.º StPO), es decir, la comunicación no verbal debe conservarse también. Por ello, el interrogatorio audiovisual (§§ 162a párr. 2.º StPO, 168e y 247a StPO) es compatible con el artículo 6.º párrafo 3.º (d) CEDH, porque todavía garantiza "el contralor indispensable para la averiguación de la verdad"³⁵⁹; según una nueva decisión del BGH, es por ello incluso indispensable³⁶⁰. Todo otro reemplazo no garantizaría en absoluto la confrontación³⁶¹ —p. ej., la incorporación del protocolo del inte-

³⁵⁶ Cfr. BRAITSCH (nota 28), pp. 150 y s.; LOOS/RADTKE, *NSTZ* 1996, pp. 7, 11 y s.; WEIGEND, *ZStW* 113 (2001), p. 295; SIMON (nota 16), pp. 35 y s.

³⁵⁷ En lo fundamental concuerda también FUCHS, *ÖJZ* 2001, pp. 499 y s., 502), que desde luego critica a la praxis; cfr. también ZERBES, (nota 205), pp. 385 y ss., 390 y ss. (también sobre la situación jurídica suiza). A favor de una preferencia en favor de la protección del imputado por encima de la protección del testigo, WOLTER, *Libro homenaje a Roxin*, 2001, p. 1170.

³⁵⁸ Cfr. FUCHS, *ÖJZ* 2001, p. 500, así como las referencias a la jurisprudencia del TEDH mencionadas en la nota 203 y s.

³⁵⁹ Cfr. BGHSt. 45, p. 196; BGH *NSTZ* 2001, p. 261; de acuerdo BEULKE, *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 20 con nota 65; WALTHER, en *GA* 2003, p. 217; fundamental BEULKE, en *ZStW* 113 (2001), pp. 715 y ss., 724 y ss., 737. A favor de que se protocolice por escrito la adquisición de pruebas en el juicio oral (análogo §§ 58a, 168a, 273 párr. 3 StPO), en razón de la igualdad de armas MEYER-MEWS, en *NJW* 2002, pp. 106 y s., 108.

³⁶⁰ BGH *NSTZ* 2003, p. 276.

³⁶¹ Cfr. nota 207 y ss. y el texto.

rogatorio judicial (§ 251 párr. 1.º StPO) o de un protocolo con imagen y sonido (§§ 58a y 255a StPO)³⁶², y por ello son admisibles sólo en caso de consentimiento del defensor o del imputado³⁶³. No es suficiente la mera formulación de preguntas por escrito³⁶⁴ o el interrogatorio meramente acústico (renuncia al elemento visual de la confrontación)³⁶⁵, ya que estas formas de participación no permiten en absoluto un interrogatorio activo y dinámico. Finalmente, el interrogatorio de un testigo de oídas no cumple con las exigencias del artículo 6.º párrafo 3.º (d) CEDH porque este testigo no es ya el testigo inmediato en el sentido de la norma en mención, sino que sólo representa a aquel y, por lo tanto, sólo tiene un conocimiento mediato. Como resultado, una aplicación consecuente del artículo 6.º párrafo 3.º (d) CEDH conduce a la invalorableidad de testigos que no comparecen al juicio oral y que tampoco pudieron ser interrogados por el imputado con anterioridad³⁶⁶.

En este contexto, también debe criticarse como excesiva la exclusión del acusado según el § 247 StPO³⁶⁷; no se trata solamente del derecho a preguntar conforme el artículo 6.º párrafo 3.º (d) CEDH³⁶⁸, ya que ese derecho puede también ser ejercido por el defensor. El precepto interviene más bien también en el derecho del acusado a estar presente³⁶⁹: en primer lugar, la exclusión debería justificarse

³⁶² Detalladamente BEULKE, en *ZStW* 113 (2001), pp. 710 y ss.; también SCHLEIMINGER (nota 17), pp. 315 y ss., 322.

³⁶³ De la misma manera DAV (nota 265), p. 42; crítico también BEULKE, en *ZStW* 113 (2001), pp. 734 y ss., 738, 742.

³⁶⁴ Cuya denegatoria lesiona ya, desde luego, el artículo 6.º párrafo 3 (d) CEDH; cfr. BGH *NSTZ* 1993, 292; también BEULKE, *Libro homenaje a Rieß*, 2002, p. 20.

³⁶⁵ BGE 121 IV, p. 309 consideró admisible un interrogatorio meramente acústico con una distorsión añadida a la voz; crítico WOHLERS, *Libro homenaje a Trechsel*, 2002, pp. 830 y s.

³⁶⁶ Cfr. instructivo y coincidente con la jurisprudencia austríaca anterior, FUCHS, en *ÖJZ* 2001, pp. 500 y s.; coincide en el resultado también ZERBES (nota 205), pp. y ss., 395; crítico respecto de la jurisprudencia alemana ESSER (nota 14), pp. 677 y ss.

³⁶⁷ Crítico también ESSER (nota 14), pp. 676 y s.

³⁶⁸ Así, sin embargo, SIMON (nota 16), p. 123.

³⁶⁹ Cfr. nota 98 y texto.

solamente con la puesta en peligro del testigo (§ 247 oración 2 StPO), pero no con la posible falta de contenido verdadero en la declaración (oración 1). Más allá de ello, que se informe posteriormente sobre la declaración (oración 4) es insuficiente, porque esa información no puede reemplazar el derecho del acusado a interrogar.

En relación con la colaboración por parte de un intérprete, la jurisprudencia alemana entretanto ha reconocido³⁷⁰ que el artículo 6.º párrafo 3.º (e) CEDH concede al imputado, independientemente de su situación financiera, el derecho a convocar un intérprete para todo el proceso penal, es decir, también para las conversaciones preparatorias con el defensor, aun cuando no se trate de un caso de defensa necesaria (cfr. también §§ 464c y 259 StPO)³⁷¹.

PANORAMA: IGUALDAD DE ARMAS Y EUROPEIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

La importancia de la igualdad de armas no puede ser lo suficientemente resaltada ante la actividad de investigación existente que ya trasciende las fronteras, en el marco del tercer pilar de la Unión Europea³⁷² y ante la próxima creación de una Fiscalía Europea en Materia Financiera (la propuesta correspondiente de la Comisión³⁷³ ha recibido, entre tanto, el apoyo del Parlamento Europeo³⁷⁴ y fue recogida en el proyecto de Constitución Europea³⁷⁵). Aun cuando la

³⁷⁰ Acerca de la evaluación, crítico SIMON (nota 16), pp. 159 y ss., 171 y ss.; KIESCHKE (nota 18), pp. 79 y ss.

³⁷¹ BGH NJW 2001, p. 311: "Poner en su conocimiento todos los actos procesales efectuados, escritos y orales, concernientes a él de manera decisiva, en un idioma comprensible y de manera gratuita", como así también deben ser traducidas todas sus explicaciones al idioma del tribunal. De acuerdo ESSER (nota 14), pp. 509 y s.; KIESCHKE (nota 18), pp. 85 y ss. El derecho no se extiende, sin embargo, a un acusador conjunto (BGH NStZ 2003, p. 218) ni tampoco a los costos de un defensor de oficio (BVerfG NStZ 2003, p. 319).

³⁷² Cfr. GLESS/ZETTLER, en GLESS/GROTE/HEINE (nota 42), pp. 593 y ss.

³⁷³ Libro Verde Fiscal Europeo (nota 93). Cfr. también comunicación Follow-up del 19 de marzo de 2003, KOM (2003) p. 128 definitivo.

³⁷⁴ Cfr. en primer lugar Informe del 24 de febrero de 2003, Documento de la sesión plenaria, definitivo A5-0048/2003, en el que es reproducida la solicitud de resolución de la Comisión

advertencia, formulada con gran retórica por parte de SCHÜNEMANN, acerca de un *overkill inquisitivo*³⁷⁶ a través de la Fiscalía Europea parece ser un poco exagerada, no debe ser pasado por alto que la centralización de la persecución penal que ella implica, conjuntamente con sus efectos asociados (el reconocimiento recíproco de las medidas de coerción³⁷⁷ y probatorias³⁷⁸, así como la elección –ligada a la competencia– del lugar del tribunal y del juez a cargo del procedimiento de investigación³⁷⁹), pone a la defensa en un punto de partida que ha de imaginarse desventajoso³⁸⁰. El proceso simplificado de remisión, que entró en vigencia el 1.º de enero de 2004 en razón de la orden de detención europea, anticipa en un ámbito específico

competente del control del presupuesto, conjuntamente con la fundamentación y opiniones de otras comisiones competentes. Posteriormente el Parlamento Europeo acoge positivamente el Libro Verde y apoya "la idea" de la creación de la Fiscalía Europea, pero declara, por otro lado, la necesidad de mejoras en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales (p. 7 y ss.). La solicitud fue aprobada en la sesión del 27 de marzo de 2003 [www.europarl.eu.int].³⁷⁵ Cfr. art. III-175 I del "Proyecto de Constitución de la UE" (cfr. nota 62 para las partes I y II) del 18 de julio de 2003 (CONV 850/03- consultable en [www.european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.de03.pdf]= EuGRZ 2003, 389) que le da al Consejo solo la posibilidad ("puede") unánimemente (!) con el acuerdo del Parlamento Europeo promulgar una ley europea para la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust (!). La fiscalía será competente no sólo en casos de hechos cometidos en perjuicio de los intereses financieros de la Unión Europea, sino también para los delitos penales graves que afecten a varios estados miembros (art. III-175 II).

³⁷⁶ SCHÜNEMANN, en StV 2003, p. 118.

³⁷⁷ Libro Verde Fiscal Europeo (nota 93), pp. 67 y s.; críticos BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER, "Analyse des Grünbuchs", 2002, pp. 31 y ss., 50 y s., consultable en www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/europa.htm; opinión de profesores alemanes de derecho penal del 30 de mayo de 2002, [www.europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/date.html#jul], nr. 4; SCHÜNEMANN, en StV 2003, p. 119; SATZGER, en StV 2003, pp. 138 y ss.

³⁷⁸ Libro Verde Fiscal Europeo (nota 93), p. 64; críticos BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER (nota 377), pp. 35 y ss.; GLESS, en ZStW 115 (2003), pp. 136 y ss.; BRAUM, ZRP 2002, p. 513; SCHÜNEMANN, en StV 2003, p. 121; BENDLER, en StV 2003, pp. 134 y ss.; SATZGER, en StV 2003, pp. 138 y s., 140 y ss.; CASTALDO, en StV 2003, p. 125; crítico también Informa del PE (nota 374), pp. 17 y s.

³⁷⁹ Libro Verde Fiscal Europeo (nota 93), pp. 60 y ss., 67 y s., 70. Críticos BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER (nota 377), p. 51; BRAUM, en ZRP 2002, p. 513; SOMMER, en StV 2003, p. 126; KEMPF, en StV 2003, p. 129; SCHÜNEMANN, en StV 2003, p. 121; SATZGER, en StV 2003, p. 139; MADIGNIER, en StV 2003, p. 132; crítico también Informa del PE (nota 374), pp. 15 y s.

³⁸⁰ Cfr. BENDLER, en StV 2003, pp. 133 y s.; SALDITT, en StV 2003, pp. 136 y s.; SATZGER, en StV 2003, p. 139.

–la detención y la remisión– una ampliación de la competencia material a los 32 (!) tipos penales allí previstos³⁸¹.

Ciertamente, en la comunicación *Follow-up* recientemente aprobada acerca del Libro Verde, la Comisión de la Unión Europea reconoce –junto a otros puntos críticos³⁸²– una “protección equivalente de los derechos de defensa” como una demanda principal de la creación de la Fiscalía Europea³⁸³, pero esta mera confesión normativa –ya conocida³⁸⁴– acerca de los derechos del imputado permanece tan inefectiva³⁸⁵ como la creación, a nivel europeo, de otros textos agradables al oído acerca de derechos fundamentales³⁸⁶, si es que la organización de la defensa penal no puede seguir la mar-

³⁸¹ Cfr. Informe del PE (nota 374), p. 18, en el que una ampliación tal de la competencia de la Fiscalía europea ya es tratada. Crítico respecto de una orden de detención europea WEGNER, *StV* 2003, p. 105; SCHÜNEMANN, *StV* 2003, pp. 119 y s.; SALDITT, *StV* 2003, p. 136; HEINTSCHEL-HEINEGG/ROHLFF, en GA 2003, p. 48. El proyecto del gobierno alemán del 9 de julio de 2003 puede ser consultado en [www.bmj.bund.de/images/11623.pdf]; crítico SCHÜNEMANN, en *StV* 2003, p. 531.

³⁸² Acerca del peligro del *forum shopping* y acerca del reconocimiento recíproco de las pruebas cfr. Comunicación *Follow-up* (nota 373), pp. 18 y ss., 20 y s., 25.

³⁸³ *Ibid.*, p. 25.

³⁸⁴ Cfr. *Libro Verde Fiscal europeo* (nota 93), pp. 19, 48, 56; crítico, por ser muy general BENDLER, en *StV* 2003, p. 134; SATZGER, en *StV* 2003, p. 139; MADIGNIER, en *StV* 2003, pp. 131 y s. Cfr. también el Libro Verde sobre los derechos procesales ya mencionado (nota 51).

³⁸⁵ SALDITT, en *StV* 2003, p. 137: “cáscaras vacías”; críticos también BIEHLER/GLESS/PARRA/ZEITLER (nota 377), pp. 57 y ss.

³⁸⁶ Cfr. acerca de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y su relación problemática con la CEDH: TETTINGER, en *njw* 2001, pp. 1011 y s.; MAHLMANN, en *Zeus* 2000, p. 442; WEBER, en GRILLER/HUMMER (ed.), *Die EU nach Nizza*, 2002, pp. 289 y ss., CALLEWAERT, en *EuGRZ* 2003, p. 198. Con ello, la cuestión acerca de la relación entre la protección del derecho común y la protección de los derechos fundamentales de la CEDH, entre el Tribunal Europeo y el TEDH, entró nuevamente en el campo visual de la discusión (cfr. ya nota 63); cfr. especialmente acerca de la adhesión del CE/UE a la CEDH GOLSONG, *EuGRZ* 1979, p. 70; RENGELING, en *EuR* 1979, p. 125; BERNHARDT, *Libro homenaje a Everling* 1995, p. 103; RESS, *Libro homenaje a Winkler*, 1997, pp. 913 y ss.; BUSSE, *njw* 2000, p. 1074; BÖSE, en *ZRP* 2001, p. 402; FROWEN, *Libro homenaje a Trechsel*, 2002, pp. 17 y ss. art. I-7 párr. 2 del Proyecto de Constitución de la UE (nota 62) prevé la adhesión del UE a la CEDH; cfr. OHMS, en *EuGRZ* 2003, p. 148; *id.*, *EuGRZ* 2003, p. 388. Acerca del entendimiento divergente de los derechos fundamentales por parte del TEDH y del Tribunal Europeo, cfr. JOKISCH, *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren*, 2000, pp. 139 y s.; BÖSE, *Ob. cit.*, p. 403.

cha de la institucionalización y armonización de la persecución penal. En otras palabras: la elaboración de una estándar mínimo de derechos humanos es insuficiente cuando no es acompañada por un contrapoder propio del Estado de derecho que pueda garantizar la igualdad de armas de manera práctica y efectiva. La organización de este contrapoder es tarea de las asociaciones europeas de defensores penales, eventualmente apoyadas por los juristas penales, sobre todo porque, según la opinión de la Comisión, el complemento supranacional para controlar a la Fiscalía –p. ej., en forma de una cámara de procedimiento preliminar³⁸⁷– no debe ser creada, sino que el control judicial debe cederse a los jueces nacionales encargados del procedimiento de investigación³⁸⁸. En concreto, la organización e institucionalización de la defensa con alcance europeo puede ser alcanzada a través del fortalecimiento o bien de la (re)activación de iniciativas existentes (en especial la *European Criminal Bar Association*, ECBA) o la fundación de un organismo de coordinación similar al Eurojust³⁸⁹ o de un *European Defence Bar* –de manera similar al *International Criminal Bar* fundado (con participación del DAV*) en junio de 2002 para la CPI³⁹⁰–; para todo ello debe ser puesta a disposición, al menos, ayuda financiera por parte de Bruselas³⁹¹. Si no se logra una organización eficiente de la defensa penal, entonces amenaza al principio de igualdad de armas el peligro de ser sepultado en el mismo lugar desde donde originalmente una vez irradió –en mayor o menor medida exitosamente– su efecto hacia el derecho interno: a nivel europeo.

³⁸⁷ Cfr. art. 56 y ss. Estatuto de Roma de la CPI (nota 96). Acerca de la Pre-Trial Chamber, cfr. AMBOS, *International Criminal Law Review* 3 (2003), pp. 10 y s. En contra Libro Verde Fiscal Europeo (nota 93), p. 68; a favor SATZGER, en *StV* 2003, p. 140; Informa del PE (nota 374), p. 16. Cfr. también Comunicación *Follow-up* (nota 373), p. 22.

³⁸⁸ *Libro Verde Fiscal europeo* (nota 93), pp. 28, 54, 66 y ss., 77 y ss.

³⁸⁹ SATZGER, en *StV* 2003, p. 139.

* Asociación de Abogados Alemanes [n. del trad.].

³⁹⁰ El BPI realizó su primera asamblea general el 21 y 22 de marzo de 2003 en Berlín con más de 400 participantes de 40 países; más detalles en [www.bpi-icb.org].

³⁹¹ Cfr. también SALDITT, en *StV* 2003, p. 137.

ANEXO

NORMAS DE MAYOR IMPORTANCIA

I. LEY TRIBUTARIA ("ABGABENORDNUNG"-AO)*

§ 90: Deberes de colaboración de los intervinientes

(1) Los intervinientes están obligados a colaborar, en la investigación de las circunstancias del caso. Este deber de colaboración se cumple especialmente declarando de manera completa y verídica los hechos relevantes para la tributación e indicando los medios de prueba que les son conocidos. La extensión de estas obligaciones depende de las circunstancias de cada caso.

II. CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, ROMA, 4 DE NOVIEMBRE DE 1950 (CEDH)

Artículo 5.º

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

* Traducción de ANA BELTRÁN MONTOLIÚ.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

Artículo 6.º

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en

su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra, y

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Artículo 8.º

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

III. CÓDIGO PENAL ("STRAFGESETZBUCH"-StGB)**

§ 59: Presupuestos de la amonestación con reserva de penal

(1) Si alguien incurre en pena de multa de hasta 180 días de importes diarios, el tribunal puede, junto con declaración de culpabilidad, amonestarle junto o accesoriamente al fallo condenatorio, determinar la pena y reservar la condena para esa pena, cuando:

1. Sea de esperar que el autor se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles aun sin condena a pena;

2. Una valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor demuestran especiales circunstancias según las cuales sea conveniente eximirlo de la condena a pena, y

** Traducción extraída de CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, Código Penal Alemán (StGB), Bogotá 1999 con ligeras modificaciones por Rodrigo Aldoney.

3. La defensa del ordenamiento jurídico no exija la condena a pena.

El § 56 inciso 1 segunda frase rige en lo correspondiente.

(2) La amonestación con reserva de pena por regla general no es permitida cuando el autor durante los últimos tres años antes del hecho fue amonestado con reserva de pena o condenado a pena.

(3) Junto a la amonestación puede aplicarse el comiso, la confiscación o la inutilización. Junto con las medidas de mejoramiento y seguridad está prohibida la amonestación con reserva de pena.

§ 129: Conformación de asociaciones criminales

(1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos punibles, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta 5 años o con multa.

(2) El inciso 1 no se aplicará:

1. Cuando la asociación sea un partido político, que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado como inconstitucional;

2. Cuando la comisión de hechos punibles solo sea un objeto o una actividad de significado secundario, o

3. En la medida en que el fin o la actividad de la asociación se consideren hechos punibles según los §§ 84 a 87.

(3) La tentativa de fundar una asociación en el sentido del inciso 1, es punible.

(4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los intervinientes mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, se aplicará pena privativa de la libertad de 6 meses a 5 años.

(5) El tribunal puede prescindir de un castigo de acuerdo con los incisos 1 y 3, en el caso de partícipes cuya culpa sea menor y su colaboración sea de importancia secundaria.

(6) El tribunal puede atenuar la pena discrecionalmente (§ 49, inc. 2) o puede prescindir de un castigo según estas normas cuando el autor:

1. Se empeñe libre y seriamente por impedir la continuación de la asociación o la comisión de un hecho punible que corresponda a uno de sus objetivos, o
2. Voluntariamente revele su conocimiento a una autoridad pública tan oportunamente que los hechos punibles cuya planificación él conoce, todavía puedan impedirse;

Si el autor alcanza su meta de impedir la continuación de la asociación o si se alcanza sin su intervención no será castigado.

§ 267: Falsificación de documentos

(1) Quien para engañar en el tráfico jurídico produzca un documento falso, falsifique un documento auténtico, o utilice un documento falsificado o adulterado, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta 5 años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) En casos especialmente graves el castigo será de pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años. Por regla general se presenta un caso especialmente grave cuando el autor:

1. Actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de estafa o falsificación de documentos;
2. Ocasione una pérdida patrimonial de grandes dimensiones;
3. Ponga en grave peligro la seguridad del tráfico jurídico por un gran número de documentos falsificados o adulterados, o

4. Abuse de sus atribuciones o posición como titular de cargo.

(4) Con pena privativa de la libertad de 1 año a 10 años y en casos menos graves con pena privativa de la libertad de 6 meses a 5 años será castigado el que cometa profesionalmente la falsificación como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de los hechos punibles según los §§ 263 y 264 o 267 a 269.

§ 326: Manejo no autorizado de desechos peligrosos

(1) El que ilícitamente respecto de desechos que

1. [...]

2. [...]

3. Sean peligrosos de explotar, sean autoinflamables o de no escasa, o

4. [...]

fuera de una instalación autorizada para este fin o bajo esencial desviación de un proceso prescrito o autorizado, trate, almacene, deposite, evacue o elimine de otro modo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

IV. LEY PROCESAL PENAL ALEMANA ("STRAFFPROZESSORDNUNG"-STPO)***

§ 52: Derecho a no testificar por motivos personales

(1) Estarán legitimados para rechazar el testimonio:

*** Traducción extraída de GÓMEZ COLOMER. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Introducción al proceso penal alemán*, traducción de la Ley Procesal alemana y de sus leyes complementarias, Diccionario jurídico Procesal-Penal (Alemán-Español), Barcelona, Edit. Bosch, 1985 y actualizada por RODRIGO ALDONEY.

1. La persona prometida del inculpaado;
2. El cónyuge del inculpaado, incluso cuando el matrimonio ya no existiera;
- 2a. La pareja de vida del inculpaado aun cuando la relación ya no subsista;
3. Quien fuera o hubiese sido pariente por sangre o matrimonio en línea recta con el inculpaado, por sangre hasta el tercer grado en línea colateral, o hasta el segundo grado por matrimonio.

(2) Si los menores de edad o personas incapacitadas por enfermedad mental o deficiencia mental, a causa de falta de madurez mental o debilidad mental, no tuvieran un concepto suficiente acerca del derecho a no testificar, sólo podrán ser interrogados si estuvieren de acuerdo con declarar y su representante legal acepta el interrogatorio. De ser su representante legal inculpaado, no podrá decidir acerca del ejercicio del derecho a no testificar; lo mismo regirá respecto a uno de los padres no inculpaado cuando la representación legal corresponda a ambos padres.

(3) Las personas legitimadas para no testificar y, en los casos del apartado (2), también sus representantes con facultad para la decisión acerca del ejercicio del derecho a no testificar, serán instruidas antes de cada interrogatorio sobre su derecho. Dichas personas podrán revocar la renuncia a este derecho también durante el interrogatorio.

§ 121: Prisión provisional que exceda de 6 meses

(1) Mientras no se hubiera dictado la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad o a una medida privativa de libertad de corrección y de seguridad, podrá ser mantenida la ejecución de la prisión provisional a causa del mismo hecho más allá de 6 meses sólo cuando la especial dificultad o la especial extensión de la investigación, o cualquier otro importante motivo todavía no permitieran dictar sentencia y justificasen la continuación de la prisión.

(2) En los casos del apartado (1), se revocará la orden de prisión después del transcurso de 6 meses cuando la ejecución de la orden de prisión según el § 116 no fuera suspendida o el Tribunal Superior del *Land* ordenase la continuación de la prisión provisional.

(3) Si los autos se presentasen al Tribunal Superior del *Land* antes del transcurso del plazo mencionado en el apartado (2), se suspenderá el transcurso del plazo hasta su resolución. Si hubiera comenzado la vista principal antes de que el plazo haya transcurrido, se suspenderá el transcurso del plazo también hasta la publicación de la sentencia. Si la vista principal fuera suspendida y se presentaran los autos inmediatamente después de la suspensión al Tribunal Superior del *Land*, se suspenderá el transcurso del plazo también hasta dicha resolución.

(4) En los asuntos en los que fuera competente una Sala de lo Penal según el § 74 a de la Ley Orgánica de los Tribunales, decidirá el Tribunal Superior del *Land* competente según el § 120 de la Ley Orgánica de los Tribunales. En los asuntos en los que fuera competente el Tribunal Superior del *Land* según el § 120 de la Ley Orgánica de los Tribunales, ocupará su lugar el Tribunal Supremo Federal.

§ 122: Examen especial sobre si debe mantenerse o no la prisión provisional por el Tribunal Superior del *Land*

(1) En los casos del § 121 presentará el Tribunal competente los autos por mediación de la Fiscalía al Tribunal Superior del *Land* para decisión, cuando la continuación de la prisión provisional se considerase necesaria o lo solicitase la Fiscalía.

(2) Antes de la decisión se oirá al inculpaado y al defensor. El Tribunal Superior del *Land* podrá decidir sobre la duración de la prisión provisional después de la vista oral; si aconteciera esto, regirá lo dispuesto en el § 118a.

(3) Si ordenara el Tribunal Superior del *Land* la continuación de la prisión provisional, regirá lo dispuesto en el § 114 (2), num. 4.º. Para el ulterior examen sobre si debe mantenerse o no la prisión provisional [§

117 (1)], será competente el Tribunal Superior del *Land*, hasta que se dicte la sentencia que condene a una pena privativa de libertad o a una medida privativa de libertad de corrección o de seguridad podrá encomendar el examen sobre si la prisión provisional debe ser mantenida o no al tribunal que fuera competente para ello, según disposiciones generales, por un tiempo máximo cada vez de 3 meses. En los casos del § 118 (1), decidirá el Tribunal Superior del *Land* según su poder discrecional, sobre la solicitud de vista oral.

(4) El examen de los presupuestos según el § 121 (1) estará reservado también en el proceso ulterior al Tribunal Superior del *Land*. El examen tendrá que repetirse de nuevo después de tres meses.

(5) El Tribunal Superior del *Land* podrá suspender la ejecución de la orden de prisión según el § 116.

(6) Si en la misma causa estuvieran varios inculcados en prisión provisional, podrá el Tribunal Superior del *Land* decidir también sobre la continuación de la prisión provisional de tales inculcados respecto a la que no fuera todavía competente según el § 121 y las disposiciones precedentes.

(7) Si fuera competente para la resolución el Tribunal Supremo Federal, ocupará éste el lugar del Tribunal Superior del *Land*.

§ 140: Defensa necesaria

(1) La participación de un defensor será necesaria, cuando:

1. La vista principal tuviera lugar en primera instancia ante el Tribunal superior del *Land* o ante el Tribunal del *Land*;
2. Fuera imputado al inculcado un delito castigado con pena privativa de libertad mínima de 1 año o superior a 1 año;
3. El proceso pudiera llevar a una prohibición de ejercicio de la profesión;
4. [suprimido];

5. El inculcado hubiera estado en un establecimiento por lo menos 3 meses a causa de ordenación judicial, o con la aprobación judicial, y no fuera dado de alta por lo menos 2 semanas antes del comienzo de la vista principal;

6. Se plantease su internamiento según el § 81, con el fin de preparar un dictamen sobre el estado psíquico del inculcado;

7. Fuera llevado a cabo un proceso de seguridad,

8. El hasta ahora defensor fuera excluido de su participación en el proceso por medio de una resolución.

(2) En los demás casos nombrará el presidente, a instancia de parte, o de oficio, un defensor cuando, a causa de la gravedad del hecho o de la dificultad de la situación fáctica o jurídica, la participación de un defensor pareciera conveniente, o cuando fuera evidente que el inculcado no puede defenderse a sí mismo, principalmente por haberle sido otorgado al ofendido un abogado de conformidad a los §§ 397a y 406g 3 y 4. La solicitud del inculcado impedido de habla u oído debe ser acogida.

(3) El nombramiento del defensor según el apartado 1, num. 5 podrá ser revocado si al inculcado le fuera dado el alta en el establecimiento por lo menos 2 semanas antes del comienzo de la vista principal. El nombramiento de defensor según el § 117 (4) permanecerá con efectos para el siguiente proceso, bajo los presupuestos expresados en el apartado (1), 5.º si no fuera nombrado otro defensor.

§ 141: Nombramiento del defensor

(1) En los casos del § 140 (1) y (2), se nombrará al inculcado defensor si todavía no tuviera defensor, tan pronto como hubiera sido invitado conforme al § 201 a declarar sobre el escrito de acusación.

(2) Si resultara más tarde que el defensor será necesario, se nombrará enseguida.

(3) El defensor podrá también ser nombrado ya durante el procedimiento preparatorio. La Fiscalía lo solicitará si en su opinión es necesaria la participación de un defensor en el proceso judicial según el § 140 (1) o (2). Después de la terminación de la investigación [§ 169a] se nombrará a instancias de la Fiscalía.

(4) Acerca del nombramiento decidirá el presidente del tribunal que fuera competente para el procedimiento principal, o ante el que pendiera el proceso.

§ 147: Examen de la causa por el defensor

(1) El defensor estará autorizado a examinar los autos que se hallasen ante el Tribunal, o ante el que serían dirigidos en caso de ejercicio de la acusación, así como al reconocimiento de los objetos de prueba que estuviesen custodiados oficialmente.

(2) Si la terminación de las investigaciones todavía no constara en autos, podrá negarse al defensor el examen de los autos o de parte de los mismos, así como el reconocimiento de los objetos de prueba custodiados oficialmente, si ello pudiera poner en peligro la finalidad de la investigación.

(3) El examen de las actas sobre el interrogatorio del inculcado y sobre aquellos actos judiciales de investigación, en los que la presencia se hubo permitido o se habría tenido que permitir al defensor, así como en los informes periciales, no podrá negarse al defensor en ninguna fase del proceso.

(4) A instancia de parte, siempre que razones importantes no lo impidiesen deberán entregarse los autos al defensor, con excepción de los objetos de prueba, para que los pueda examinar en su despacho o domicilio. La resolución no será impugnabile.

(5) Sobre la concesión de la facultad de examinar los autos decidirá la Fiscalía en tanto el proceso estuviera en fase preparatoria y luego de conclusión irrevocable del proceso; en los demás casos, el presidente del tribunal que conociera de la causa. De denegar la Fiscalía el examen

de los autos luego de haber consignado el término de la investigación en autos, de denegarlo de conformidad al inciso 3 o de encontrarse el inculcado en libertad, podrá solicitarse la decisión judicial de conformidad al § 161a (3) frases 2 a 4. Estas resoluciones no serán fundadas, en la medida que su divulgación pueda poner en peligro el propósito de la investigación.

(6) Si la causa para la negación del examen de los autos no fuera improcedente de antemano, revocará la Fiscalía la ordenación a más tardar con la terminación de las investigaciones. Tan pronto como el derecho a examinar los autos proceda de nuevo ilimitadamente, se le comunicará al defensor.

(7) Al inculcado que no tuviese defensor se le podrá dar informaciones y copias de los autos en la medida que el propósito de la investigación no sea puesto en peligro y no se opongan intereses de terceros preponderantes y dignos de protección. El apartado 5 y el § 477 (5) rigen en lo correspondiente.

§ 148: Comunicación con el inculcado

(1) Se permitirá al inculcado la comunicación escrita y oral con su defensor, incluso cuando no se encontrara libre.

(2) Si el inculcado no se encontrara libre y el objeto de la investigación fuera un hecho punible según el § 129a, también en relación al § 129b inciso 1 StGB, rechazarán los escritos y otros objetos, salvo que el remitente explique que está de acuerdo con que primero sean presentados al juez. Lo mismo regirá bajo los presupuestos de la frase 1 para la comunicación entre el inculcado y el defensor en otro proceso legalmente ordenado. Si la comunicación escrita fuera controlada según las frases 1 o 2, estarán previstos para la conversación entre el inculcado y el defensor dispositivos que impidan la entrega de escritos u otros objetos.

§ 153: No persecución de asuntos de poca importancia

(1) Si el proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año, podrá la Fiscalía prescindir de

la persecución, con la aprobación del tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima, y no existiera interés público en la persecución. No se requerirá la aprobación del tribunal en caso de delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año que no estuviera amenazado con una pena elevada al mínimo, cuando los daños causados por el hecho fueran ínfimos.

(2) Si la acción hubiera sido ya ejercida, podrá el tribunal archivar el proceso, en cualquier fase del mismo, bajo los presupuestos del apartado 1, con la aprobación de la Fiscalía y del imputado. No se requerirá la aprobación del imputado cuando la vista principal no pudiera ser realizada, por los motivos indicados en el § 205, o fuera realizada en los casos del § 231 (2), y de los §§ 232 y 233, en su ausencia. La resolución se promulgará por medio de auto. El auto no será impugnabile.

§ 153a: Archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos

(1) Con la aprobación del tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, y del inculcado, podrá la Fiscalía prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública en caso de delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año, e imponer al mismo tiempo al inculcado condiciones y mandatos, cuando sean aptos para eliminar el interés público en la persecución penal y no se oponga la gravedad de la culpa. Como condiciones y mandatos valdrán especialmente:

1. El proporcionar determinada prestación para la reparación de daños causados por el hecho;
2. El pagar una cantidad en favor de una institución de utilidad pública o del Estado;
3. El proporcionar prestaciones de otra forma útiles públicamente;
4. El cumplir obligaciones alimenticias en una determinada cantidad;

5. El preocuparse seriamente de alcanzar una compensación con el perjudicado (compensación autor-víctima) y a su vez de corregir el hecho por completo o en su mayor medida o de perseguir su enmienda, o

6. El participar de cursos avanzados de conformidad con el § 2b (2) frase 2 o el § 4 (8) frase 4 de la Ley de Tránsito.

Para el cumplimiento de las condiciones y mandatos, fijará la Fiscalía al inculcado un plazo, que será de 6 meses como máximo en los casos de la frase 2, numerales 1 a 3, 5 y 6 y de un año como máximo en casos de la frase 2, numeral 4. La Fiscalía podrá revocar las condiciones y mandatos posteriormente, y prolongar el plazo una sola vez por tres meses más; con la aprobación del inculcado podrá imponer también posteriormente condiciones y mandatos, y modificarlos. Si el inculcado hubiera cumplido las condiciones y los mandatos, ya no podrá perseguirse el hecho como delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año. Si el inculcado no cumpliera las condiciones y los mandatos, no se restituirán las prestaciones que hubiera pagado para su cumplimiento. Regirá análogamente el § 153 (1), frase 2.

(2) Si la acción hubiera sido ya ejercida, podrá el Tribunal archivar provisionalmente el proceso, con la aprobación de la Fiscalía y del imputado, hasta el final de la vista principal en la que puedan ser examinadas por última vez las constataciones fácticas, y ordenar al mismo tiempo al imputado las condiciones y mandatos descritos en el apartado 1, frases 1 y 2. Regirá análogamente el apartado 1, frases 3 a 6. La resolución conforme a la frase 1 se dictará por medio de auto. El auto no será impugnabile. La frase 4 rige también para la comprobación del cumplimiento de las condiciones y mandatos impuestos de conformidad a la frase 1.

(3) Durante el transcurso del plazo fijado para el cumplimiento de las condiciones y de los mandatos quedará interrumpida la prescripción.

§ 206a: Archivo en caso de impedimento procesal

(1) Si resultara después de la apertura del procedimiento principal un impedimento procesal, podrá archivar el tribunal el proceso, fuera de la vista principal, por medio de auto.

(2) El auto será impugnado en queja inmediata.

§ 244: Práctica de las pruebas

(1) Después del interrogatorio del acusado tendrá lugar la práctica de las pruebas.

(2) El tribunal extenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de las pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución.

(3) Se rechazará una solicitud de prueba cuando la práctica de la prueba fuera inadmisibile. En lo restante, sólo podrá ser rechazada una solicitud de prueba cuando la práctica de la prueba fuera superflua, a causa de notoriedad, cuando los hechos que deban ser probados no tuvieran importancia para la resolución, o ya estuvieran demostrados, cuando el medio de prueba fuera totalmente inapropiado o inalcanzable, cuando hubiera sido interpuesta la solicitud con el fin de dilatar el proceso, o cuando una importante declaración que deba ser probada en descargo del acusado pudiera ser tratada como si fuera verdadero el hecho declarado.

(4) La solicitud probatoria de interrogatorio de un perito podrá ser rechazada también, en tanto no estuviera determinada otra cosa, cuando el mismo tribunal poseyera los conocimientos profesionales exigidos. Podrá ser rechazada también la audiencia de otro perito cuando el anterior dictamen ya hubiera demostrado lo contrario de los hechos declarados; ello no regirá cuando fueran dudosos los conocimientos profesionales del anterior perito, cuando su dictamen proviniera de presupuestos fácticos falsos, cuando el dictamen contuviera contradicciones, o cuando el nuevo perito dispusiera de medios de investigación que parecieran superar a los del anterior perito.

(5) Podrá ser rechazada la solicitud probatoria de realización de la inspección ocular cuando la inspección ocular no fuera necesaria, según el debido poder discrecional del tribunal, para la investigación de la verdad. Bajo la misma condición podrá ser rechazada la solicitud de la declaración de un testigo, cuya citación debiese hacerse en el extranjero.

(6) El rechazo de una solicitud de prueba requerirá un auto del tribunal.

§ 251: Lectura de actas

(1) El interrogatorio de un testigo, perito o coimputado podrá ser sustituido por la lectura del acta sobre su anterior interrogatorio judicial, cuando:

1. El testigo, perito o coimputado hubiera fallecido o caído en estado de enfermedad mental, o no se averiguara su residencia;

2. Se opusiera a la comparecencia del testigo, perito o coimputado en la vista principal, por largo o incierto tiempo, la enfermedad, la debilidad u otro impedimento irremovible;

3. No pudiera exigirse al testigo o perito la comparecencia en la vista principal, a causa de la gran distancia, teniendo en cuenta la importancia de su declaración, o

4. Estuvieran de acuerdo con la lectura el fiscal, el defensor y el acusado.

(2) Si hubiera fallecido un testigo, perito o coimputado, o no pudiera ser interrogado judicialmente por otra causa, prontamente podrán leerse también actas sobre otro interrogatorio, así como documentos que contengan una declaración escrita proveniente de él.

(3) Si debiera servir la lectura a una finalidad distinta a la directa obtención de la sentencia, especialmente a la preparación de la resolución sobre si debe tener lugar la citación e interrogatorio de una persona, podrán ser leídas además también actas de interrogatorio, documentos y otros escritos que sirvan como medios de prueba.

(4) En los casos de los apartados 1 y 2, decidirá el tribunal si se ordena la lectura. Será comunicada la causa de la lectura. Si fuera leída acta sobre un interrogatorio judicial, se comprobará si el interrogado ha prestado juramento. La prestación de juramento se procurará cuando pareciera necesario al tribunal, y todavía fuera factible.

§ 260: Sentencia

(1) La vista principal finalizará con la publicación de la sentencia que haya seguido a la deliberación.

(2) Si se ordenara la prohibición de ejercicio profesional, se expresará exactamente en la sentencia la profesión, la especialidad profesional, el negocio o el negocio especializado, cuyo ejercicio fuera prohibido.

(3) El archivo del proceso se pronunciará en la sentencia cuando existiera un impedimento procesal.

(4) El fallo indicará la expresión jurídica del hecho del que hubiera sido declarado culpable el acusado. Si un tipo penal tuviera un título legal, deberá ser empleado para la expresión jurídica del hecho. Si se impusiera una pena pecuniaria, se incluirá en el fallo el número y cantidad de los días-multa. Si se reservara la decisión acerca del internamiento de seguridad, se suspendiera condicionalmente la pena o medida de corrección y de seguridad, se advirtiera al acusado con reserva de pena, o se prescindiera de la pena, se expresará ello en el fallo. Las consecuencias jurídicas del hecho que no pudieran ser ejecutadas al lado de otras consecuencias jurídicas en que se incurrió no se incluirán en el fallo; serán indicadas sólo en la fundamentación de la sentencia. En lo restante, la redacción del fallo estará sujeta al poder discrecional del tribunal.

(5) Tras el fallo se indicarán las disposiciones aplicadas, según parágrafo, apartado, número, letra, y con la expresión de la ley. Si en una condena, por la que venga impuesta pena privativa de libertad o pena global privativa de libertad no superior a 2 años, se hubiera cometido el hecho o la parte preponderante, según su importancia, de los hechos en base a una drogodependencia, se hará mención además del § 18 a (2) de la Ley sobre el Registro Central y el Registro de Antecedentes.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en mayo de 2005.

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post tenebras spero lucem