

**REVISTA
DE
DERECHO
PROCESAL**

1997

N.º 3



EDERSA



REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Sumario

Páginas

ESTUDIOS DOCTRINALES

PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS EN EL PROCESO PENAL ALEMAN Y EN LOS PROYECTOS DE REFORMA SUDAMERICANOS, por Kai Ambos 545

~~DOS CUESTIONES SOBRE EL ESTATUTO DEL MINISTERIO FISCAL: ASCENSOS Y NOMBRAMIENTOS E INDEPENDENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO (A propósito del nombramiento de nuevo Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional), por Andrés de la Oliva Santos~~ 599

~~APLICACION DEL DERECHO COMUNITARIO: LA CUESTION PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, por Silvia Ortiz Herrera~~ 649

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

~~SOBRE LA «PROPOSICION NO DE LEY» PARA LA REFORMA DE LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO, por Víctor Fairén Guillén~~ 695

NOTA

~~LA NUEVA FACULTAD ATRIBUIDA AL SECRETARIO JUDICIAL DE DICTAR ACUERDOS EN MATERIA DE DERECHO DE ACCESO DE LOS INTERESADOS A LIBROS, ARCHIVOS Y REGISTROS JUDICIALES, por José Francisco Escudero Moratalla y Joaquín Frigola Vallina~~ 745

INFORMACION LEGISLATIVA

~~ORGANICA Y PROCESAL, por Rafael Hinojosa Segovia~~ 759

Estudios doctrinales

Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos (*)

Dr. Kai Ambos (**)

Profesor asistente de la Universidad de Freiburg

SUMARIO: I. Introducción.—II. El procedimiento normal: 1. Advertencia previa. 2. El procedimiento normal según la Ordenanza Procesal Penal Alemana. 3. El procedimiento normal en los Proyectos de reforma sudamericanos: A) Chile. B) Bolivia. C) Venezuela.—III. Procedimientos abreviados: 1. Ordenanza Procesal Penal Alemana: A) Procedimiento por mandato penal. B) Procedimiento acelerado. 2. Proyectos sudamericanos de reforma: A) Procedimientos abreviados. B) Objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho.—Conclusiones y recomendaciones *de lege ferenda*.

(*) Agradezco a mi colega Holger Barth, asesor científico para Francia y Luxemburgo en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Internacional y Extranjero, Friburgo/Br. y asistente científico (prof. asistente) en dicha Universidad y a Sergio Brown, abogado y prof. de Derecho penal en Venezuela, sus valiosos comentarios. La versión/traducción original de este texto, a cargo de Ernst Witthaus, Buenos Aires, fue completamente revisada y en parte modificada por el autor. Asimismo, quiero agradecer a Fernando del Cacho, Doctorando en la Facultad de Derecho de Alicante, su ayuda en el establecimiento de la versión castellana.

(**) Abogado (funcionario con segundo examen de Estado), Dr. en Jurisprudencia (Universidad de Munich, 1992), asesor científico de Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck, Friburgo/Br. y prof. asistente) en dicha Universidad.

I. INTRODUCCION

El aumento de trabajo que está soportando la Administración de Justicia, en especial la penal, está en boca de todos (1).

Un riguroso análisis de la estadística judicial difícilmente puede compararse con las quejas manifestadas del lado político sobre la ineficacia y desidia de la Justicia penal alemana (2). En los años 1989 y 1990 el promedio de *duración del procedimiento* ante los Tribunales Municipales (*Amtsgericht-A.G.*) ascendió de 3,6 a 3,7 meses y ante el Tribunal Provincial (*Landgericht-L.G.*) como Tribunal de Primera Instancia (3) de 6,0 a 6,2 meses. El *periodo de solución* en el año 1990 ante los A.G. en el 84 por 100 de los procedimientos y en los L.G. en el 70,5 por 100 ascendió a seis meses, o dicho de otra forma; en el 95,7 por 100 de los procedimientos ante los A.G. y en el 87,7 por 100 ante los L.G. ascendió a doce meses. Esta situación sólo se alteró en pequeña medida a lo largo de los años noventa. En el año 1991 el promedio de *duración* del procedimiento fue de 3,8 meses en el A.G. y de seis me-

(1) Compár. —referido a Alemania—, por ejemplo, las conferencias anuales de primavera de los Ministros de Justicia Estatales, de las que surgieron regularmente en los últimos años las llamadas «leyes de simplificación de la Justicia» (últimamente, *Bol. Of. Fed.* 1993, 1, p. 50; *Frankfurter Allgemeine Zeitung-F.A.Z.* del 5 y 7 de junio de 1996; *Süddeutsche Zeitung-SZ* del 7-6-1996; BERTRAM, *Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (Strafrecht)*, 1995, *Zeitschrift für Rechtspolitik-ZRP* 2/1996, pp. 46-48). Compár. también el Dictamen de la Comisión General de Derecho Penal de la Federación de Jueces Alemanes sobre *Möglichkeiten zur Vereinfachung und Beschleunigung von Strafverfahren de lege ferenda* (además, KINTZI, *Deutsche Richterzeitung-DRiZ*-9/1994, pp. 325-335). Crít. MEYER-GÖBNER, «Strafverfolgung und Gerechtigkeit-ist der Strafprozeß noch zu retten?», en *DRiZ* 5/1996, pp. 180-184.

(2) Las cifras hasta 1990 son de GÖSSEL, «Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen?», en *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (D.J.T.)*, Münster, 1994, t. I, Gutachten München, 1994, C 1 bis C 94, aquí C 10 f. (tabla 2-4). La estadística judicial 1991 se encuentra en MEYER-GÖBNER, nota 1, p. 180; la estadística judicial 1994 en: *Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Justizstatistik 1994*, Wiesbaden, 1996, aquí pp. 26, 28, 52, 54, 88. Para el período anterior a 1989 no hay estadísticas de los A.G.

(3) Según la Ley Orgánica de Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz-G.V.G.*) el L.G. opera —aparte del A.G.— como Tribunal de Primera Instancia en caso de delitos más graves (§ 74 inc. 1 y 2 G.V.G.). Además, es Tribunal de Apelación contra sentencias del A.G. (§ 74 inc. 3 G.V.G.).

ses en el L.G. En 1994 de 4,3 y 6,4 meses, respectivamente. El *periodo de solución* para 1991 resulta como sigue: 84 por 100 de los procedimientos ante los A.G. y el 73 por 100 ante los L.G. en seis meses; 96 por 100 de los procedimientos ante los A.G. y 88 por 100 ante los L.G. en doce meses (4). En el año 1994 los A.G. solucionaron 79,7 por 100 y los L.G. 70,7 por 100 de los procedimientos en seis meses; y en doce meses el 93,9 por 100 y el 87,1 por 100, respectivamente (5). Tampoco el número de *días de audiencias* principales resulta especialmente preocupante. En el año 1994 sumaron como *promedio* ante los A.G. 1,2 días y ante los L.G. tres días (6). De los 541.943 procedimientos con celebración de juicio oral, a nivel de los A.G. pudo solucionarse la mayor parte (467.946) en un día (7); de las en total 11.963 audiencias principales ante los L.G. se solucionaron en un día 5.376, en dos 2.632, de tres a cinco 2.673, de seis a diez 799 y sólo una pequeña parte en más de diez días (8). Finalmente, debe tenerse en cuenta, que el aumento de trabajo de los Tribunales penales, teniendo presente la reunificación, ha crecido significativamente en los últimos años (9).

En suma, estas cifras permiten concluir que la mayor parte de la criminalidad común es superada de forma relativamente rápida y sin contratiempos (10). Naturalmente, no debe dejar de considerarse, que

(4) En el ámbito de las Fiscalías el tiempo de tramitación alcanzó en el 90 por 100 de los casos hasta seis meses, en el 8 por 100 hasta doce meses y sólo en el 2 por 100 más de un año (según MEYER-GÖBNER, nota 1, p. 180). El 60 por 100 de los procedimientos ante el Tribunal Superior del Estado (*Oberlandesgericht-O.L.G.*) fueron sustanciados en seis meses y el 84 por 100 en 12.

(5) La cifra de los O.L.G. alcanzó al 46 por 100 (en seis meses) y 80 por 100 (en doce meses). *N. del Trad.* Por la frecuencia de sus notas en abreviatura alemana se reitera que A.G. corresponde al Tribunal o Juzgado Municipal (*Amtsgericht*); L.G. a Tribunal Provincial o Estatal (*Landgericht*); O.L.G. a Tribunal Superior Estatal (*Oberlandesgericht*). En materia penal el A.G. es competente cuando la pena aplicable no exceda de cuatro años de prisión; funciona como *Juzgado unipersonal* (hasta dos años de prisión) o como *Tribunal de Legos o Escabinos* con un Juez de carrera y dos Jueces honorarios legos (hasta cuatro años de prisión). Al respecto, véanse §§ 24 y ss. G.V.G. y *Witthaus*, Poder Judicial Alemán, Ad. Hoc Bs. Aires, 1994.

(6) En el año 1990 ascendió a 1,2 (A.G.) y 2,9 (L.G.) días.

(7) Solamente 28 procedimientos necesitaron once días y más de vista de la causa. (*N. del Trad.* también se traduce la «Hauptverhandlung» como audiencia principal, juicio oral, debate, plenario, juicio verbal, procedimiento de plenario).

(8) 330 de once a veinte días, 124 de veintuno a cincuenta días y 29 en más de cincuenta días.

(9) Mientras los A.G. sustanciaron en el año 1990 todavía 630.171 procedimientos y los L.G. 12.703, dicha cifra ascendió a 752.763 y 15.369 resp. en 1994.

(10) Id., KINTZI, nota, p. 326, que estima la criminalidad común en un 90 por 100.

determinados procesos importantes pueden paralizar Tribunales enteros (11), pero esos fenómenos aislados y negativos no pueden influir en el cuadro general de superación de la criminalidad. Lo dicho viene a confirmarse con una mirada allende las fronteras. Según un estudio comparado del Instituto-Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (M.P.I.) por encargo del Ministerio Federal de Justicia resulta «la imagen, también en la comparación internacional, de una justicia penal alemana bastante rápida y eficiente» (12). Esto es del todo válido si se compara con la situación existente en Latinoamérica donde se calcula en años y no en meses (13).

Partiendo de estas cifras y de que existe una necesidad de actuar, son imaginables reacciones —diferenciadas en grandes rasgos— a nivel del derecho formal y material. A nivel *material* entra en consideración, por un lado, la eliminación de determinados tipos delictivos (descriminalización total) (14), y, por otro lado, determinadas actuaciones pueden considerarse de simple Derecho administrativo (Derecho de faltas) (15) o quedar sometidas a un control social no penal (descriminalización parcial o limitada) (16).

(11) Además, BERTRAM, nota 1, p. 48. Aquí se trata en especial de procedimientos ante los L.G. que necesitan más de cincuenta días de vista de la causa (nota).

(12) PERRON, «Rechtsvergleichender Querschnitt», en PERRON (ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*, Friburgo/Br., 1995, p. 559, también p. 599.

(13) Cfr. el Informe Especial «Justicia. Lenta y venal. Un agujero negro en América Latina», en *Visión*, vol. 86, núm. 6 (abril 1996), después de p. 24 (en base a un estudio de la Hoover Institution); LLOBET, R., *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, Friburgo, 1995, p. 3, con otras referencias; *Comisión Andina de Juristas (C.A.J.)*, Región Andina, 1995, Lima 1996, pp. 139 y ss. DAVIS/LILLO (eds.), *La implementación de la reforma procesal penal*, Santiago, 1996, anexo; se señala como duración promedio para Ecuador diez meses (en caso de robo), para Perú novecientos veintiún días, para Uruguay dos años y ocho meses (robo) y para Chile seiscientos sesenta y dos días (hurto y robo).

(14) Compár., por ejemplo —desde el punto de vista criminológico—, STEINERT, en KAISER/KERNER/SACK/SCHELLHOSS (edits.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3.ª ed., 1993, p. 10; desde el punto de vista dogmático: VOLK, «Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1976, pp. 161-181, 177 y ss.

(15) BAUMANN, «Grabgesang für das Legalitätsprinzip», en *ZRP*, 1972, pp. 273-275, quien aboga por una «delimitación cuantitativa»: «las conductas sociales gravemente dañosas corresponden al C.p., las menos graves a la Ley de Contravenciones (Irregularidades-Infracciones) (p. 273, sobres. en el original).

(16) Compár., por ejemplo —fundamentalmente—, HIRSCH, «Zur Behandlung der Bagatelldeliktualität in der Bundesrepublik Deutschland», *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften (ZStW)*, 92 (1980), pp. 218-254, 245 y ss., quien

Procesalmente se puede pensar en mecanismos de solución de conflictos extra o prejudiciales (17) y en abreviaciones o simplificaciones inmanentes al procedimiento (18). Sobre esto último se trata en este ensayo. Por cierto no existe una terminología uniforme. La misma Ordenanza Procesal Penal (O.P.P.-*Strafprozeßordnung*) reguló hasta la llamada Ley de Lucha contra la Delincuencia (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 1994 (19) el procedimiento acelerado en lugar totalmente distinto al «procedimiento por mandato (o por orden) penal» (*Strafbefehlsverfahren*) (20), estructuralmente similar y que perseguía igualmente propósitos de aceleración (a saber, en §§ 212 y ss., y 417 y ss. de la O.P.P.) (21). En la actualidad, esos procedimientos se encuentran entre los «modos especiales del procedimiento» por lo menos en el mismo (sexto) libro (§§ 407 y ss., y §§ 417 y ss. de la O.P.P.), pero al lado de procedimientos, que persiguen fines totalmente diferentes (22). Con la denominación «modos especiales del procedimiento» o «procedimientos especiales» se ha ganado poco, ya que lo especial de esos procedimientos es tan distinto que debería haber-

entre otras propone la nueva creación de una tercera categoría de delitos por debajo de los delitos menos graves (VERGEHEN) a los que propone denominar «incumplimientos» (de un deber) [VERFEHLUNG] (para ello también BAUMANN, nota 14, pp. 273 y ss.; DÄHN, *Möglichkeiten einer verstärkten Anwendung des beschleunigten Verfahrens bei Bagatelldelikten*, Festschrift für J. Baumann, 1992, pp. 349-360, 349 y ss.). También es predecible la introducción de una prescripción jurídico-material general para los asuntos de bagatela en el sentido del § 42 del C.p. austriaco, con lo que se introduce la idea procesal de un sobreseimiento por insignificancia en el derecho material (además, NOWAKOWSKI, «Die Behandlung der Bagatelldeliktualität in Österreich», en *ZStW* 92 (1980), pp. 255-294, 270 y ss.; también, HIRSCH, *ob. cit.*, pp. 236 y ss.).

(17) Piénsese, por ejemplo, en el procedimiento de conciliación necesario en el marco de la acción privada (§ 380 O.P.P.) o los frecuentes procedimientos arbitrales en la ex Rep. Dem. Alem. ante los así llamados Tribunales sociales (cf. ESER, en *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss*, nota 14, pp. 164 y ss.) o —muy difundido en América Latina— procedimientos ante los Juzgados de Paz (cf. HIRSCH, nota 15, pp. 245 y ss.).

(18) También, por ejemplo, DÄHN, nota 15, pp. 350 y ss.; desde el punto de vista comparativo-europeo: ESER, «Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa», en *ZStW* 108 (1996), pp. 86-127, 120 y ss.

(19) *Bol. Of. Fed.*, 1994, I, p. 3186.

(20) Como traducción de la expresión *Strafbefehlsverfahren* se conoce «procedimiento por mandato penal» (conforme MAIER, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Buenos Aires, 1982) o proceso por orden penal (GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985). Preferimos la propuesta de MAIER.

(21) Crít. RIEB, en *Löwe/Rosenberg (L/R)*, 24.ª ed., 1987, § 212 n. marg. 1 (en remisión a Eb. SCHMIDT).

(22) Procedimiento para dictar medidas de corrección y seguridad (§§ 413 y ss.); procedimiento de comisos y secuestros del patrimonio (§§ 430 y ss.); procedimiento para la imposición de multas administrativas a personas jurídicas y a asociaciones (§ 444).

se precisado mejor. La doctrina dominante también utiliza «especiales» denominaciones, que en lo que se refiere al procedimiento por mandato penal adopta el —peligroso y engañoso— nombre de procedimiento sumario (23). Aquí se trata de procedimientos abreviados —no simplificados (24)—, ya que todos esos procedimientos son más breves, pero no necesariamente más simples que el procedimiento normal.

Además, existen otros mecanismos o posibilidades de abreviar el procedimiento. Por de pronto cabe remitirse especialmente a la creciente preocupación actual, de abreviar y acelerar partes específicas del procedimiento común, en especial de la audiencia principal, mediante la restricción del derecho a solicitar pruebas (25). Además, se ha generalizado tanto la práctica informal y en parte ilegal de acuerdos verbales tanto en el procedimiento instructorio como en el principal, que «sólo un ciego y sordo puede afirmar (aún) que entre nosotros no existen acuerdos verbales» (26). Por tanto, la legalización o por lo menos la consideración legislativa de esa práctica es más que necesaria (27).

(23) Compár. FEZER, «Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß», en *ZStW* 106 (1994), pp. 1-59, 1, con otros fundamentos en nota al pie (FN) 3, como p. 20. El concepto debe rechazarse, pues recuerda determinados procedimientos autoritarios y (en base a ello) implica la aceptación de la pérdida de esenciales garantías del imputado. FEZER, *ob. cit.*, en su nota 2, señala que el concepto es equívoco «en tanto con él se asocia el concepto de que los presupuestos de condena no deben estar firmes en la convicción del Tribunal».

(24) Así, empero, FEZER, nota 23.

(25) Cfr. el estudio profundo de PERRON, *Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Berlín 1995, pp. 489 y ss., como GÖSSEL, nota, C 91; también, BERTRAM, nota, p. 47; KINTZI, nota, pp. 327 y ss.; crít. MEYER-GÖßNER, nota, p. 181; PERRON, nota, pp. 601 y ss.; HAMM, «Was wird aus der Hauptverhandlung nach Inkrafttreten des Verbrechensbekämpfungsgesetzes?», en *Strafverteidiger (StV)*, 1994, pp. 456-459. En esta relación debe remitirse al Proyecto de Ley de una «detención para la audiencia» (*Hauptverhandlungshaft*) como nuevo § 127b O.P.P. (crít. WÄCHTLER, «Der autoritäre Strafprozeß das beschleunigte Verfahren neuer Art. im Entwurf eines sog. Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes von CDU/CSU und FDP», en *StV* 1994, pp. 159-161, 160; SCHEFFLER, «Kurzer Prozeß mit rechtsstaatlichen Grundsätzen?», en *NJW* 1994, pp. 2191-2195, 2192; NEUMANN, «Zum Entwurf eines Verbrechensbekämpfungsgesetzes», en *StV*, pp. 273-276, 276).

(26) MEYER-GÖßNER, nota 1, p. 183. Compár. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24.ª ed., 1995, pp. 88 y ss., con otros fundamentos; FEZER, nota 23, p. 6; SPÄTH, «Die Beschleunigung des Strafverfahrens», *DRiZ*, 6/1995, pp. 220-224, 223 y ss.; WEIGEND, *Abgesprochene Gerechtigkeit, Juristenzeitung (JZ)*, 1990, pp. 744-782; zu (illegalen) Vorteilsversprechen im Rahmen von § 154 StPO: VOLK, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1996, pp. 879-883; desde el punto de vista jurídico-comparativo europeo: ESER, nota 18, pp. 124 y ss.

(27) En el resultado, equivalentemente, MEYER-GÖßNER, nota 1, pp. 183 y ss.

Volviendo una vez más al punto de partida es evidente que la «sobrecarga» de trabajo en los Juzgados y Tribunales puede atribuirse en todo caso —junto a un desarrollo posiblemente excesivo de la criminalidad y a una sobreincriminación material— a razones immanentes al procedimiento. Las restricciones jurídicas, propias del Estado de Derecho, que acompañan la abreviación y aceleración del procedimiento, en especial limitaciones a la protección jurídica, deben ser equilibradas y proporcionalmente compensadas (28). Por otra parte, no debe olvidarse que una rápida conclusión del procedimiento es de interés del imputado cuando se encuentra, como tan comúnmente ocurre en Latinoamérica (29), en prisión preventiva. Con mucha razón la sexagésima conferencia alemana de juristas (60. *Deutscher Juristentag-D.J.T.*) adoptó en sus conclusiones una tesis central del Dictamen de Gössel:

«El principio de aceleración del art. 6 ap. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (30) obliga a sustanciar los procedimientos penales en el menor tiempo posible bajo observancia de los demás principios propios del Estado de Derecho; los gravámenes al imputado asociados con todo procedimiento penal no deben mantenerse más que lo estrictamente indispensable (31).»

Pero esta señalada característica del procedimiento normal no puede significar el único rasgo decisivo del procedimiento abreviado. Para referirse al procedimiento abreviado, se necesita además de algunos elementos constitutivos estructurales propios de un procedimiento penal. En ello debe pensarse cuando se habla de sancionar una conducta juzgada como típicamente antijurídica y culpable, y en la conclusión

(28) FEZER, nota 23, p. 7.

(29) La cantidad de presos sin condena oscila en los diversos países latinoamericanos entre el 33 por 100 (Costa Rica) y el 93 por 100 (Uruguay), mientras que el promedio está aprox. en el 60-70 por 100 (compár. el estudio fundamental de CARRANZA/HOUED/VEGA/MORA/ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, 1988, como recientemente LLOBET R., nota, pp. 1 y ss.; también, AMBOS, «Vorläufige Festnahme in Kolumbien, Bolivien und Peru, unter besonderer Berücksichtigung der Terrorismus- und Drogengesetzgebung», en DÜNKEL/VAGG (edit.), *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, Friburgo, 1994, pp. 375-410; en español (*La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia*, con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas): *Boletín de la C.A.J.*, núm. 39, Dic. 1993, Lima, p. 21; *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 90, 1993, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 261, y *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, 1994, Madrid, p. 187.

(30) Compár. los similares art. 9, inc. 3 P.I.D.C.P. y art. 7 inc. 5 C.A.D.H.

(31) GÖSSEL, nota 26, C 91 (concordando Späth, nota, p. 220; ESER, nota 18, pp. 120 y ss.).

del procedimiento por una decisión (judicial) susceptible de tener fuerza de cosa juzgada. Si no fuera así pertenecerían a los procedimientos abreviados no sólo el procedimiento por mandato penal y el acelerado, sino todo intento de solucionar una sospecha de tipo penal, en especial los archivos en el procedimiento instructorio por razones de oportunidad (§§ 153 y ss. O.P.P.) (32). Su función de descargo es incuestionada (33), pero el archivo con base en condiciones y mandatos (§ 153 a O.P.P.) solamente se puede comparar estructuralmente con el procedimiento normal, en cuanto que una sanción no penal en forma de condición o mandato sustituye a la sanción penal (34). Dicha «prestación»

(32) Con ello, el procedimiento penal comienza en el concepto alemán con la iniciación de las investigaciones policiales en base a una denuncia u otro modo de tomar conocimiento de un posible hecho delictuoso (compár. libro 2 de la O.P.P. «Procedimiento de primera instancia», §§ 151-295).

(33) El número de procedimientos que concluyeron conforme a los §§ 153, 153.a) (*Diversionsentscheidungen*) aumentó al triple entre 1977 y 1989 (de 148.308 a 410.693), mientras que las condenas casi quedaron constantes (607.307 contra 608.548). Los 443.758 casos de todos los sobreseimientos (fiscales y judiciales) del año 1989 suman el 42,17 por 100 de todas conclusiones estadísticamente informadas (sobreseimientos y condenas = 1.052.306). Algo más de la mitad (235.356) son sobreseimientos en base a condiciones o mandatos conforme al § 153 a O.P.P. (Las cifras están tomadas en base a SCHÖCH, «Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?», en *Verhandlungen des 59. D.J.T.*, Hannover, 1992, tomo I, Gutachten, Munich, 1992, C 1-C 138, C 33 y ss., C 127 (tabla 11). En el año 1993 la parte porcentual de los sobreseimientos medidos sobre la cifra total de conclusiones en la Fiscalía ascendió al 24,2 por 100 (3.686.469 procedimientos de investigación concluidos en total), de ellos 20,3 por 100 de sobreseimientos sin condición [§§ 153, 153.b), 153.c), 154, 154.b).e); § 45, Ley de los Tribunales de Menores-Jugendgerichtsgesetz=JGG]. En los Tribunales la cuota de sobreseimientos alcanzó al 25,3 por 100 (A.G.: 25,6 por 100; L.G.: 7,3 por 100; O.L.G.: 22,6 por 100; total de asuntos concluidos en los A.G., L.G. y O.L.G.: 714.632); de ellos, 3,3 por 100 en base al § 153 II y 5,5 por 100 en base al § 153 a) II. En el año 1994 la cifra en la Fiscalía ascendió al 26,1 por 100 (de ellos, 20,3 por 100 sobreseimientos sin condición), en los Tribunales 25,8 por 100 (A.G.: 26,2 por 100; L.G.: 8,1 por 100; O.L.G.: 14 por 100); de ello, 4,3 por 100 en base al § 153 II y 7,83 por 100 en base al § 153.a).II (cálculo en base a *Statistisches Bundesamt*, Justizstatistik 1993, Wiesbaden 1996, pp. 16, 42, 78; *Id.*, *Justizstatistik*, 1994, 1996, pp. 16, 44, 82; *Id.*, *Staatsanwaltschaften*, 1993, 1995, p. 14; *Id.*, *Staatsanwaltschaften*, 1994, 1996, p. 14). El porcentaje es, pues, menor que el indicado en SCHÖCH para 1989, porque su cifra de referencia solamente tuvo en cuenta los asuntos concluidos estadísticamente comprobables (sobreseimientos y condenas) mientras que la cifra real de todos los asuntos concluidos —comprobados para 1993 y 1994— es mayor.

(34) KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER (en lo que sigue K/M-G), *Strafprozeßordnung*, 42.ª ed., 1995, § 153.a), nota marginal (nm) 12; RIEB, nota 21, § 153.a), núm. 9; SCHÖCH, en *Alternativkommentar* (AK) StPO, tomo 2/tomo parcial 1, 1992, § 153 a, núm. 1 y ss.; FEZER, nota 23, pp. 22 y ss.

del imputado funda en cambio su pretensión a la protección de la confianza y al limitado efecto de fuerza legal de la decisión en caso de cumplimiento de las condiciones o mandatos (35). En verdad, el procedimiento no concluye con una resolución judicial, sino fiscal, pero existe un control judicial al exigirse el consentimiento judicial [§ 153.a) Or.1 O.P.P.] (36).

Finalmente, la (nueva) posibilidad de prescindir de la pena en caso de *compensación* entre autor y víctima o indemnización [§ 46.a) del C.p.] merece mención, pues se puede a través del § 153.b) O.P.P. llegar a una atenuación ya en el procedimiento instructorio en tanto que en la prestación indemnizatoria o por lo menos en su intento es observable una intención del autor por la que es premiado con la atenuación de la pena o prescindiéndose de ella. Por cierto que esta norma no tiene un desarrollo internacional ni se corresponde con la propuesta de «indemnización» alternativa [*Wiedergutmachung* (37)] (38).

Siguientemente se analizan —tras la exposición del procedimiento normal de la O.P.P. y de los Proyectos de Reforma de Chile, Bolivia y Venezuela (bajo I)— como procedimientos abreviados el procedimiento acelerado y el procedimiento por mandato penal de la O.P.P. desde el punto de vista jurídico y fáctico considerando especialmente los problemas que se plantean desde el punto de vista del Estado de Derecho (II.2.). Al final, se dedica un apartado a las conclusiones.

(35) El efecto de la cosa juzgada es limitado, ya que el impedimento procesal contenido en el § 153.a).I frase 4, II frase 2 O.P.P. se refiere sólo a «delitos leves», quedando abierta la posibilidad de la persecución de un delito grave por el mismo hecho histórico (cfr. K/M-G, nota 34, núm. 52; RIEB, nota 21, § 153.a), nota 32, núm. 51; FEZER, nota 23, pp. 22 y ss.

(36) Más detallado sobre dicho procedimiento como «procedimiento simplificado» FEZER, nota 23, pp. 22 y ss.

(37) BAUMANN *et al.*, *Alternativentwurf (AE) Wiedergutmachung*, Munich, 1992.

(38) Cfr., recientemente, KILCHLING (*Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht=NSStZ*, 1996, pp. 309-317), que demuestra la recepción positiva del § 46.a) del C.p. en la jurisprudencia de las instancias más altas (pp. 312 y ss.) implicando —a pesar del «escaso» material empírico para el Derecho penal de mayores— tendencias favorables a la indemnización, que fundan la esperanza, que «la restitución no quede como mero «camino lateral» del Derecho penal (pp. 316 y ss.). Para la evolución internacional: ESER/WALTHER (edit.), *Wiedergutmachung im Kriminalrecht: Internationale Perspektiven*, Freiburg 1996, por ahora dos tomos (inglés y alemán).

I. EL PROCEDIMIENTO NORMAL

1. ADVERTENCIA PREVIA

Mientras el principio acusatorio, es decir, la separación entre acusación y función de juzgar (39), es reconocido en general en Europa y en Estados Unidos, existen notables diferencias respecto a la producción y presentación de la prueba, así como en el desarrollo de cada una de las etapas del procedimiento. Con Perron podemos distinguir por lo menos tres estructuras de procedimiento acusatorio desde el punto de vista del derecho de prueba (40). El procedimiento *instructorio*, en el que el Tribunal decide la recepción de la prueba, porque existe un deber general de investigación de oficio y es posible una preparación en base a las actas instructorias (Alemania, Francia, Países Bajos, Austria y Portugal). El procedimiento *contradictorio*, en el que las partes aportan las pruebas por sí y las presentan en la Audiencia principal contradictoria —que en la práctica raras veces se celebra— para resolver sobre la culpabilidad (EE.UU., Inglaterra). El procedimiento *mixto*, que combina modelos del procedimiento instructorio y contradictorio (Italia, Japón y Suecia). Dentro de esos procedimientos hay por cierto otras distinciones, relativas en especial al desarrollo y configuración de las etapas del procedimiento en particular, es decir y simplificando, la fase instructoria o previa (prejudiciales), el juicio oral y los recursos (judicial) (41).

En lo que sigue se partirá del proceso penal alemán y para la finalidad aquí perseguida de su delimitación respecto del procedimiento abreviado, nos centraremos en una visión sobre el curso del procedimiento hasta la sentencia.

2. EL PROCEDIMIENTO NORMAL SEGÚN LA ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA

El procedimiento normal se divide en una fase instructoria a cargo de la Fiscalía [§§ 151-177 OPP (42)] y una fase judicial (principio acu-

(39) Entre otros, cf. ROXIN, nota 26, pp. 75 y ss.

(40) Cfr. PERRON, nota 12, pp. 560 y ss.

(41) Compár., por ejemplo, PERRON, nota 12, p. 552, así como los Informes individuales de los países examinados allí publicados.

(42) Todos los §§ siguientes sin mención en esta parte son del O.P.P. (Ordenanza Procesal Penal) alemana.

satorio). En esta última cabe distinguir entre la fase intermedia (§§ 99-211) y la principal con vista de causa (§§ 213-275).

La *fase intermedia* comienza generalmente por denuncia (§ 158), pero también por otras vías (§§ 160.I, 163, en especial por conocimiento oficial). Si la Fiscalía tiene conocimiento de un delito por denuncia, debe investigar los hechos para poder decidir si se debe promover la acción pública (§160.I). En ello trabaja conjunta y estrechamente con la Policía (§§ 161, 163) (43) que, no obstante independientemente organizada (está subordinada al Ministro del Interior del Estado; la Fiscalía al Ministro de Justicia) le está asignada funcionalmente (44). Ello tiene por consecuencia que la Fiscalía como dueña del procedimiento instructorio (§§ 152, 160) puede dar instrucciones a la Policía para diligenciar determinados actos instructorios (§ 161) mientras que ésta por otra parte debe remitirle sin demora sus actuaciones instructorias (§ 163 II). Con ello, por cierto, no se pretende, como podría deducirse de una lectura superficial de las palabras de la ley, que la Policía debe informar a la Fiscalía de cada acto instructorio, sino más bien se considera como suficiente que informe cuando haya llegado a una conclusión para ella racional, siendo dichas informaciones de interés para la Fiscalía como fundamento de posteriores decisiones (45). De modo que la Policía investiga en la práctica de forma relativamente independiente —en definitiva, debe actuar aun sin mandato de la Fiscalía frente a he-

(43) La O.P.P. distingue los llamados funcionarios auxiliares de la Fiscalía (§ 152 G.V.G.) de los demás funcionarios policiales. Tienen especiales competencias coercitivas [cfr., por ejemplo, §§ 81.a), 81.a), 98.I, 105.I] y son nombrados por los Gobiernos estatales en base a decretos ejecutivos (§ 152.I L.O.J.; K/M-G, nota, § 152, G.V.G., núms. 1 y ss.). En *Baden-Württemberg (Ba-Wü)*, por ejemplo, quedan comprendidos dentro de la *Policía Federal de Fronteras (Bundesgrenzschutz)* los funcionarios de ejecución policial (del sargento primero hasta el comisario principal) y los funcionarios administrativos en el servicio especial de la Policía Federal de Fronteras; dentro de la *policía* (servicio de ejecución policial-*Polizeivollzugsdienst*) la policía criminal (desde el encargado en la oficina criminal al primer comisario principal), la policía uniformada (sargento primero al primer comisario principal), así como funcionarios de la policía fluvial y marítima; también existen funcionarios auxiliares en la Administración federal de finanzas, el ferrocarril federal, el correo federal, las administraciones de bosques, caza y pesca, la administración minera y la fiscalía (*Bol. Legislativo de Ba-Wü*, 1985, p. 325; similar en Baviera: *GVB.* 1985, 4, 14).

(44) Entre otros, cfr. ROXIN, nota 26, p. 53.

(45) Compár. K/M-G, nota 34, § 163, núm. 23: Presentación «tras el improrrogable aseguramiento de las pruebas..., y tras la indispensable consideración de los correspondientes actos de investigación tomando en consideración los principios... de la estrecha colaboración».

chos sospechosos (§ 163.I) (46)— aunque en cualquier momento esta última puede intervenir en las investigaciones. La Fiscalía decide entonces, en base a los resultados de las investigaciones policiales, si éstas proporcionan motivos suficientes para la promoción de la acción pública (§ 170.I) Ello presupone, que no exista un impedimento procesal, que no quepa —como excepción al principio de legalidad (§ 152.II)— un sobreseimiento por razones de oportunidad (§§ 153 y ss.) o —como excepción al principio oficial— la acción privada (§ 376), y que exista una sospecha fáctica suficiente (47). Si se dan estos presupuestos, la Fiscalía promoverá la acción pública (o un mandato penal o el enjuiciamiento en el procedimiento acelerado) (48). De lo contrario suspenderá el procedimiento conforme al § 170.II (por razones fácticas o jurídicas) o a los §§ 153 y siguientes (por razones de oportunidad). En la primera declaración basada en una sospecha concreta (49) el inculpa cuenta con los derechos de defensa y de negarse a declarar (*nemo tenetur*, § 136).

Con la presentación de la acusación (§ 200) se inicia en la *fase intermedia*. La acusación se presenta ante el Juzgado competente para la vista de la causa con todas las actas instructorias (§ 199); se trata en consecuencia (50) del mismo Tribunal para la fase intermedia y la de juicio oral (51). La fase intermedia tiene una negativa *función de control* (52). El acusado puede pedir pruebas y formular objeciones (§ 201) y el Tribunal puede ordenar investigaciones complementarias (§ 202) pero decidirá en general sobre la apertura del juicio oral solamente en base a las actuaciones instructorias y a la acusación. Si existe suficiente sospecha de delito decide la apertura del juicio oral (§ 203) y si no —por otros motivos fácticos o jurídicos— puede rechazar dicha apertura (§ 204) o

(46) *K/M-G*, nota 34, § 163, núm. 1.

(47) *K/M-G*, nota 34, § 170, núm. 1.

(48) §§ 407 y ss., 417 y ss., c *infra* II.1.

(49) Sobre la delimitación entre declaración o interrogatorio incriminatorio (*Vernehmung*) e interrogatorio informativo o preventivo (*informativische Anhörung*) —que no otorga los derechos del § 136— véase ROXIN, nota 26, pp. 178 y ss.

(50) Hay que tener en cuenta que el «Tribunal que resuelve» puede decidir sin la participación de los Jueces *legos* sobre la apertura, ya que se trata de una decisión fuera de la vista de la causa (§§ 30.II, 76.I.2 G.V.G.). Además, el «Tribunal que resuelve» puede decidir esa apertura para un Tribunal de jerarquía inferior (§ 209.I); si considera que es competente un Tribunal de jerarquía superior, debe presentarle las actuaciones por intermedio de la Fiscalía (§ 209.II).

(51) Distinto al Modelo Latinoamericano de un Código Procesal Penal de 1988 (*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1989, p. 25; también recientemente LLOBET, nota 12, pp. 13 y ss.).

(52) ROXIN, nota 26, p. 295.

suspender (provisionalmente) el procedimiento [§§ 205, 206.a), 206.b).] En el auto de apertura se determina si la acusación se admite sin modificaciones para la vista de la causa o con qué alcance se la modifica (§ 207), y además se designa el Tribunal competente (53). Corresponde a la Fiscalía queja contra el auto de rechazo de la apertura de juicio oral o contra aquel que remita a un Tribunal de orden inferior (§ 210.II) (54).

Con el auto de apertura termina la fase intermedia y comienza la del *juicio oral*. Ante todo, la vista de la causa requiere una preparación exhaustiva, en especial la fijación de la Audiencia (§ 213), la citación de acusados y testigos (§§ 214-218) y en determinadas circunstancias también una recepción anticipada de prueba (§§ 223-225). La vista de la causa (§§ 226-275) constituye en sí misma el punto culminante de todo el procedimiento (55), ya que la sentencia sólo se puede basar en el conocimiento adquirido en ella (§§ 261, 264.I). La vista principal debe desarrollarse —como consecuencia del principio de oralidad— en ininterrumpida presencia de los Jueces (profesionales y legos), del Fiscal, de un fedatario de la Oficina Judicial (§ 226) y del defensor cuando sea necesario (§ 145.I, frase 1) de conformidad con lo previsto en los §§ 228 y siguiente (56); en principio también se contempla la presencia del acusado [§§ 230, 231.I, 236; excepciones: 231.II, 234.a)].

La *vista de la causa* (audiencia, juicio oral o debate) tiene el siguiente *desarrollo*: Tras el llamamiento para la vista de la causa, el Presidente constata la presencia del acusado, de su defensor y de los medios de prueba (en especial, testigos y peritos). Sigue —en ausencia de los testigos— la interrogación del acusado sobre sus circunstancias personales, la lectura de la frase de la acusación de la Fiscalía (57), la instrucción al acusado sobre su derecho a guardar silencio y su indagación respecto de la causa (§ 243). Continúa como parte diferenciada la recepción de la prueba (§§ 244-257, además de inmediato). Finalizada la recepción de la prueba siguen los alegatos del fiscal, defensa y respectivamente del acusado. El acusado tiene la última palabra (§ 258).

(53) Cfr. a la limitación de la competencia de apertura del «Tribunal que resuelve» hacia «abajo» (§ 209) ya en nota 47.

(54) El imputado no puede impugnar la apertura (§ 210.I).

(55) ROXIN, nota 26, p. 304.

(56) En principio, no hay interrupción superior a diez días (§ 229 I); por encima de este plazo puede interrumpirse la vista principal de conformidad con los §§ 228.I, 229.IV.

(57) La frase de acusación es parte del escrito de acusación y comprende la identificación del imputado, el hecho que se le atribuye, tiempo y lugar de su comisión, la calificación legal del hecho y las prescripciones penales aplicables (§ 200).

El Tribunal se retira para la deliberación y proclama —en principio inmediatamente tras la deliberación— la sentencia.

La dirección de la audiencia incumbe al Presidente (§ 238.I). Ello se pone de manifiesto en especial en la *recepción de la prueba* que sigue a la indagatoria al acusado.

La recepción de la prueba está regida por el *principio de investigación o instrucción* (§§ 155.II, 244.II). Conforme a ello el Tribunal investiga —en contraposición al procedimiento contradictorio regido por el principio dispositivo— los hechos sin sujetarse a las peticiones y declaraciones de las partes (deber judicial de esclarecimiento) (58). También hay que decir que las partes tienen —aunque recientemente se haya sometido a importantes críticas (59)— derechos de petición de pruebas (§§ 244.II-V, 245.II, 246) (60). Además, rige el principio de la *inmediación formal y material*. Según este último solamente pueden constituir fundamentos de la sentencia, los hechos comprobados por el mismo Tribunal (inmediación formal) fundados en base a prueba primaria (inmediación material); compárese especialmente §§ 250, frase 2, 261, 264. La utilización de pruebas sustitutivas, en especial en forma de lectura de declaraciones anteriores, es en principio inadmisibles (§ 250, frase 2, excepciones §§ 251, 253-256) (61). De acuerdo con el principio de la libre apreciación de la prueba, la sentencia se basa en la libre convicción judicial formada principalmente en la vista de la causa (§ 261), es decir, que el Tribunal no está sujeto a reglas legales de prueba (62), sino solamente a determinadas *reglas de experiencia y raciocinio* (63). Finalmente, rige el principio *in dubio pro reo* en relación a la culpa y a la pena a aplicar. Según éste, el acusado debe ser absuelto, si el Tribunal no está convencido de su culpa, es decir, cuando que-

(58) Compár. ROXIN, nota 26, pp. 87 y ss.; como las explicaciones bajo I. 1.

(59) Compár. también las referencias ya enunciadas en nota 23.

(60) Deben diferenciarse la petición de pruebas (*Beweisantrag*), la petición de investigación de prueba (*Beweisermittlungsantrag*) y la petición eventual (*Eventualantrag*). Sólo para el rechazo de un medio de prueba solicitado existen reglas legales específicas (§§ 244, 245 O.P.P.), mientras que de lo contrario el Tribunal posee un amplio marco de apreciación, sólo limitado por el § 244.II (obligación de esclarecimiento de los hechos). Conforme a ello, cabe distinguir en la petición de prueba, si se trata de medios presentes o no-presentes. Además, el rechazo de medios de prueba presentes es más difícil que el de los no presentes (§§ 245.II *versus* 244.III-VI) [cfr. ROXIN, nota 26, pp. 324 y ss., con más referencias; recientemente, PERRON, nota 25, pp. 131 y ss., 179 y ss.].

(61) Con mayores detalles, ROXIN 26, nota, pp. 334 y ss.

(62) Detalladamente ROXIN, nota, 26, pp. 90 y ss.

(63) Excepciones: § 190 del C.p.; 274 de la O.P.P., y 51.I de la Ley Federal del Registro Central.

quedan dudas residuales (§ 261 e contrario). En consecuencia, a la Fiscalía y al Tribunal les incumbe la carga de la prueba (64).

Además de estos principios de prueba, rigen también los principios de *oralidad* —solamente el material procesal aportado oralmente es fundamento de la sentencia— y el de *publicidad* (§ 169 de la Ley Orgánica de Tribunales-*Gerichtsverfassungsgesetz*-G.V.G.) (65).

En la *proclamación de la sentencia* solamente se lee la parte dispositiva, se fundamenta la sentencia oralmente (§§ 260.I, 263, 268) y se instruye al acusado sobre sus recursos [§ 35.a)]. La sentencia debe estar redactada por escrito en el plazo de cinco semanas y agregarse al expediente (§ 275). A petición del interesado debe expedírsele una copia (§ 35.I.2) (66).

Como *recursos* contra las sentencias de los *Tribunales Municipales* (A.G.) corresponden *inmediatamente* la apelación (§§ 312 y ss.) o casación *per saltum* (§ 335) y *mediatamente* la casación (contra la sentencia de apelación del Tribunal Provincial-L.G., § 333), mientras que contra las sentencias del L.G. solamente la casación (§§ 333 y ss.) (67).

3. EL PROCEDIMIENTO NORMAL EN LOS PROYECTOS DE REFORMA SUDAMERICANOS

Los Proyectos de Chile, Bolivia y Venezuela inician —conforme a una tendencia observable en general en el Continente (68)— la transición del tradicional procedimiento inquisitivo escrito al proceso oral acusatorio. En este punto es preferido el modelo del procedimiento ins-

(64) Detalladamente ROXIN, nota 26, pp. 97 y ss.

(65) Detalladamente ROXIN, nota 26, pp. 100 y ss.; 335, 345 y ss. Para el vigente principio de *aceleración* resp. *concentración* (compár., por ejemplo, los ya notados §§ 163.II.1 y 228 y ss.) *ibid.*, pp. 101 y ss.

(66) Aunque la petición no se haga valer de inmediato se le debe expedir copia inmediatamente [MAUL, en *Karlsruher Kommentar (K.K.)*, O.P.P., 3.^a ed., 1993, § 35, núms. 9 y ss.]. Ello explica la práctica usual de otorgarle automáticamente la copia al afectado.

(67) En su caso, la *Pequeña Sala Penal* del Tribunal Estatal (L.G.) es instancia de apelación y la *Gran Sala Penal* Primera Instancia (§§ 76, 74 G.V.G.). Compár. detalladamente ROXIN, nota 26, pp. 25 y ss.

(68) Compár. a modo de visión de conjunto: AMBOS, «Rechtsberatung in Lateinamerika als Aufgabe der Strafrechtswissenschaft», en *ZStW*, 108 (1996), pp. 445-456, 446 y ss.

tructorio al contradictorio. Ello se debe a que el Proyecto Modelo de 1988 (69), decisivamente influyente en el proceso de reforma en Latinoamérica, está orientado decididamente hacia las ordenanzas procesales continental-europeas (70). Por cierto que existen notables diferencias en la configuración de sus contenidos concretos y en la calidad de los Proyectos que actualmente se encuentran en discusión. En lo que atañe a los Proyectos que se analizarán a continuación, se puede constatar que el Proyecto chileno y venezolano se inclinan más bien hacia el modelo del procedimiento instructorio, mientras que el boliviano en todo caso al mixto cuando no incluso al modelo contradictorio. Cualitativamente, en especial técnico-legislativamente, el Proyecto chileno parece más elaborado aunque también el Proyecto boliviano constituye un gran esfuerzo, mientras que el Proyecto venezolano en su actual redacción difícilmente será realizable en la práctica.

A) Chile

El Proyecto chileno publicado por primera vez en 1995, presentado a la Cámara de Diputados del Congreso en junio del mismo año y aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a mediados de 1996 (71), se apoya fundamentalmente en el Proyecto Modelo Iberoamericano, así como en la O.P.P. alemana y en los CPP italiano (72) y latinoamericanos más recientes [Argentina (73), El Salvador]. El Proyecto, de 534 artículos, distingue entre un procedimiento ordinario (Libro 2.º, arts. 240-391), que básicamente rige para todos los delitos de

(69) Compár. ya en nota 51.

(70) Junto a las C.P.P. de Francia, Italia y España en especial la O.P.P. alemana. Punto de partida de los trabajos para el Proyecto modelo fue, sin embargo, el C.P.P. de la provincia argentina de Córdoba (compár. LOBET, nota 13, pp. 15 y ss.).

(71) Versión anterior: Proyecto de Ley de un nuevo Código de Procedimiento Penal (C.P.P.), Santiago, 9 de junio de 1995; después (base del presente análisis): Cámara de Diputados, Proyecto de Ley Código de Derecho Procesal Penal, Anexo Boletín núm. 1630-07-1, agosto 1996 (ambos archivo del autor). Para el todavía vigente procedimiento chileno, compár., por ejemplo, VARGAS/CORREA, *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, Santiago (Centro de Desarrollo Jurídico Judicial/Corporación de Promoción Universitaria), 1995, pp. 27 y ss.

(72) Para el desarrollo del procedimiento italiano, compárese HEIN, *Landesbericht Italien*, en Perron, nota 12, pp. 149-193, 156 y ss.

(73) Para el «Código Procesal Penal de la Nación» argentino de 1991, compárese Gropengießer, *ZStW* 105 (1993), pp. 169-203; en español en Nuevo Foro Penal (Medellín), núm. 58 (oct.-dic. 1992) pp. 473-500.

acción pública, y procedimientos especiales [Libro 4.º, arts. 445-534 (74)]. El *procedimiento ordinario* consiste en una fase de instrucción, una fase intermedia (ahora llamada de preparación del juicio oral) y el juicio oral con vista oral de la causa como parte esencial.

En la *fase de instrucción* (arts. 240-328) se distingue entre una instrucción preliminar (arts. 240 y ss.) y una instrucción formal (arts. 303 y ss.). En principio, el MinPubl es el dueño de la *fase de instrucción*; sin embargo, está subordinado a un estricto control judicial en lo relativo a aquellas resoluciones definitivas con carácter de archivo o sobreseimiento (más detallado, *infra*). El MinPubl tiene el deber de perseguir todos los delitos de acción pública que han llegado a su conocimiento, con auxilio de la policía (*principio de legalidad*). Tiene especial importancia la minuciosa regulación de la coordinación de la función policial para su control por el MinPubl.

En la *instrucción preliminar* el MinPubl puede *archivar* provisionalmente investigaciones (art. 241) o abstenerse de toda investigación (art. 242); en su contra la víctima puede provocar la intervención del Juez de control de la instrucción que puede ordenar al MinPubl seguir adelante en la investigación (art. 243). Además, el MinPubl puede, como regla general, con base al principio de oportunidad, no iniciar o abandonar la persecución penal si se trata de un delito que, por su insignificancia, no compromete el interés público (*principio de la absoluta insignificancia o bagatela*); sin embargo, el Juez de control puede dejar sin efecto esta decisión —sobre todo por intervención de la víctima— y obligar al Fiscal a continuar con la persecución penal (art. 244). El MinPubl posee una Facultad Autónoma de archivar el proceso solamente en el caso de inexistencia de mérito suficiente para formalizar la instrucción (art. 252 inc. 3).

Con la *formalización de la instrucción*, que parece un tipo de acusación preliminar, se comunica al imputado el hecho de encontrarse actualmente desarrollando una investigación en su contra (art. 303) (75). El MinPubl pierde la —ya limitada— facultad de archivar provisionalmente el procedimiento [art. 308.c)]. Basándose en la declaración de los imputados en una audiencia especial, el MinPubl deberá expresar si quiere formalizar la instrucción (art. 306), o bien pasar inmediatamente al juicio oral (art. 310). Además, el MinPubl puede solicitar al

(74) Entre ellos pueden distinguirse procedimientos para los siguientes casos: faltas, acciones privadas, procedimientos abreviados [además, *infra* II.2.a)], procedimientos para imputados constitucionalmente privilegiados, procedimientos penales contra Jueces y Fiscales, extradición, medidas de seguridad. Además, el libro 4.º contiene prescripciones para la ejecución (Título VIII).

(75) Esto parece relativamente tarde; sin embargo, cualquier persona afectada por una investigación puede pedir al Juez de control que le informe de los hechos objeto de la investigación antes de la formalización de la instrucción (art. 266).

Juez de control la *suspensión condicional* del procedimiento, lo que se decide oyendo a la víctima y al querellante, fijando el respectivo plazo; transcurrido éste, la acción penal se extingue (art. 311). La acción penal se extingue también si el Juez de control aprueba *acuerdos reparatorios* entre autor y víctima, lo cual tiene lugar fundamentalmente con delitos patrimoniales (art. 315). Después de la formalización de la instrucción, el MinPubl debe concluir la investigación dentro de los *dos años* siguientes (art. 317), y en los diez días después de la conclusión, solicitar el *sobresimiento* definitivo o temporal del Juez de control [total o parcial, arts. 318.a), 320 y ss.] o formular *acusación* [art. 318.b)]. El Juez de control puede forzar la acusación cuando el querellante lo solicita y existe suficiente fundamento para ello (art. 328).

Las diferencias fundamentales respecto de la O.P.P. consisten en que, por un lado, las facultades del MinPubl están muy limitadas por el control judicial y, por otro lado, se le concede a la víctima una posición procesal relativamente fuerte. Con la primera actuación de investigación dirigida contra el *imputado*, éste adquiere el derecho de participación e información (acceso a las actas de investigación), así como el de defensa (arts. 6 y 7, 107 y ss.); sin embargo, queda la posibilidad de declarar secretas ciertas investigaciones (art. 262), y surge la cuestión de si el imputado realmente se puede defender antes de la formalización de la instrucción (cuando no conoce de la investigación, argumento *a contrario* del art. 303).

Con la formulación de la acusación (art. 329) se llega al *procedimiento intermedio* [arts. 329-345 (76)]. Dueño de esta fase es el ya nombrado Juez de control de la instrucción. Este dirige la oral e inmediata «audiencia de preparación del juicio oral» (art. 335) que debe tener lugar entre los veinte y treinta días después de la notificación a las partes (dentro de veinticuatro horas, art. 330). Con ello, se decide, en especial, sobre las excepciones de previo y especial pronunciamiento (arts. 334, 338 y 339). Se cierra esta fase con el «Auto de apertura de juicio oral» (art. 341). Por consiguiente, la finalidad del procedimiento intermedio es más bien la preparación del procedimiento principal y la aseguración de las pruebas (compárese art. 345), que un control de la acusación.

Pieza esencial del *procedimiento principal* (arts. 346-391) es la *audiencia oral* (arts. 360 y ss.), que es regida por los siguientes *principios procesales* (arts. 347 y ss.): presencia ininterrumpida del Juez y fiscal; presencia del acusado y su defensor; publicidad; continuidad, y concentración; implícitamente, intermediación [arts. 378, 364 (77)]; *in dubio pro reo* y libre

(76) El cambio de nombre (preparación del juicio oral en vez de procedimiento intermedio) introducido por la Cámara de Diputados lleva a una confusión entre el procedimiento intermedio y la preparación del juicio oral dentro del procedimiento principal (arts. 346 y ss.).

apreciación de la prueba (art. 380). La dirección de la Audiencia incumbe al Juez (arts. 354 y ss.). Su *desarrollo* se parece mucho al de la O.P.P.: comprobación de presencia; instrucción al acusado; lectura de la resolución de apertura; lectura de la acusación por el MinPubl; declaraciones de otros partícipes del proceso (querellante y actor civil); toma de posición del acusado y su defensor; recepción de las pruebas; alegatos finales; deliberación; lectura de la sentencia. Contra las sentencias del Tribunal Colegiado, integrado por tres Jueces profesionales en principio se admite la *casación* (arts. 415 y ss.); sin embargo, en casos excepcionales se admite un recurso extraordinario (art. 409). La *apelación* se interpone solamente contra las resoluciones del Juez de control (arts. 398 y ss., esp. 404). Así, en principio, se trata de un sistema de *única instancia* (78).

B) Bolivia

El Ante-Proyecto boliviano de 1995 (79) se divide en dos partes, con 627 artículos (disposiciones transitorias inclusive). La Primera Parte, en seis Libros, contiene prescripciones generales (arts. 1-356); la Segunda Parte, las prescripciones específicas del procedimiento (arts. 357-625). Entre ellos, cabe señalar el procedimiento ordinario (arts. 357-493), los procedimientos especiales (arts. 494-562) (80), los recursos (arts. 563-599) y la ejecución de la pena (arts. 600-625). El *procedimiento ordinario* se divide en una etapa preparatoria del juicio y el juicio oral y público. Mientras el procedimiento *preparatorio* se apoya en gran medida en el sistema de investigación judicial (81) proveniente del derecho fran-

(77) Según esta norma, testigos y peritos deben ser interrogados personalmente durante la audiencia. Como excepciones del principio de inmediación, obsérvese, especialmente, arts. 367 y ss. del Proyecto.

(78) Esto se basa en que la única comprobación y evaluación de los hechos por un Tribunal colegiado integrado por tres Jueces se considera suficiente y que una segunda instancia para los hechos (apelación) constituye una innecesaria repetición (compár. Proyecto, nota 71, versión anterior, pp. 31 y ss.).

(79) *República de Bolivia-Ministerio de Justicia*, Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, La Paz 1995 (Arch. del autor.).

(80) Entre ellos —cronológicamente— procedimientos para los siguientes casos: *procedimientos abreviados* [entre ellos, *infra* II.2.b)], investigaciones complejas, acción privada, medidas de seguridad, menores imputables, asuntos relacionados con las comunidades indígenas, procedimientos contra imputados privilegiados, indemnización de daños y perjuicios y *habeas corpus*.

(81) Compár. BARTH, *Landesbericht Frankreich*, en PERRON (ed.), nota 12, pp. 90-148, 100 y ss.

cés, en el procedimiento *principal* predominan elementos estructurales contradictorios.

En el *procedimiento preparatorio* (arts. 357-437) el MinPubl con el auxilio de la Policía Nacional debe investigar los hechos para preparar el procedimiento principal (art. 357). El MinPubl instruye a la policía, debiendo ésta comunicarle en el plazo de ocho horas el hecho delictivo del que haya tenido conocimiento (arts. 373, 378 y ss.). Ambos —el MinPubl y la policía— están sometidos al *control del Juez* de instrucción (82), no pudiendo en especial el MinPubl diligenciar actos propiamente jurisdiccionales (83), si bien los Jueces tampoco pueden adoptar medidas que hagan peligrar su imparcialidad (art. 360, *principio acusatorio*). Con base al resultado de la investigación policial, el Fiscal conforme al artículo 387, tiene diversas posibilidades: puede iniciar la instrucción formal por medio del denominado auto inicial de la instrucción (núm. 1), ordenar otras investigaciones (núm. 2), aplicar otra modalidad del procedimiento (suspensión condicional del proceso, procedimiento abreviado o conciliación, núm. 4) o —ya en este estado del procedimiento— suspenderlo (núms. 3 y 5: «oportunidad», «desestimación» o «archivo»). Mientras el Fiscal puede adoptar por sí mismo las medidas necesarias conforme al artículo 387, números 1 y 2 —en lo que en «el auto inicial» conceptualmente corresponde a una acusación (art. 390)— en los casos de los números 3-5 debe formular una petición al Juez de instrucción (arts. 393-396, art. 397 en coordinación con los arts. 494-498); sólo cuando es desconocido el autor o no hay sospecha suficiente de delito, puede sobreseer por sí (art. 399) (84). Por contra, a las partes les corresponde la queja judicial (art. 400). De la sistemática de este Título se infiere que la investigación específica del Fiscal comienza con las posibilidades decisorias previstas en el artículo 387. Hasta dicho instante sólo tienen lugar meras actuaciones preparatorias (actos iniciales-policiales) (85). La investigación Fiscal

(82) La competencia del Juez de instrucción en la etapa preparatoria resulta de las prescripciones generales, aquí artículo 61, número 1.

(83) Este concepto requiere, por cierto, de aclaración más precisa, la que —por lo visto— no se encuentra en el Proyecto.

(84) En efecto, el artículo 358 inciso III establece que el Fiscal desista de la acusación «cuando no encuentre fundamento para ello» o cuando «los elementos que haya recogido no sean suficientes para lograr una condena». De dichas frases se deduce una orientación dirigida al «éxito» de la condena.

(85) Para esa interpretación es decisivo lo previsto en el Capítulo II de dicho título de los «actos iniciales» y el Capítulo III, que contiene como primer prescripción el artículo 387 «inicio de la instrucción fiscal». Por cierto, los conceptos «instrucción» e «investigación» se utilizan como sinónimos (compár., por ejemplo, el título del Cap. IV, art. 401 y art. 429).

misma está limitada a seis meses (art. 401), con excepción de los procedimientos en caso de causas complejas. A su término, el Fiscal formula *acusación* en tanto exista fundamento serio para una condena pública; si no solicita al Juez de instrucción otra modalidad de procedimiento o el sobreseimiento (86) (art. 429). En ese caso tiene lugar una *audiencia conclusiva*, en la que se discuten con las partes diversas posibilidades de conclusión del procedimiento (arts. 430 y ss.). El Juez de instrucción *sobresee* el procedimiento —tras un complicado trámite (art. 434)— cuando es evidente que no existe delito o el imputado no ha tomado parte en él, y la situación probatoria en ningún caso puede fundar una acusación (art. 435). Con la primera actuación investigadora, dirigida directamente contra el imputado, éste tiene derecho a asistencia letrada (arts. 11, 12, 123, 133 y ss.) y derecho de participación, así como acceso a las actas de investigación (arts. 5, 126, 128 y 405). Al igual que en el Proyecto chileno, la investigación puede ser mantenida secreta durante diez días (art. 404).

El *procedimiento principal* (arts. 438-493) es la parte esencial de todo el procedimiento penal (art. 438) y se rige por los principios de oralidad, intermediación, publicidad, continuidad (arts. 438 y ss.) e *in dubio pro reo* [cf. art. 489 (87)]. La *orientación contradictoria o adversativa* (art. 438), tiene su manifestación concreta especialmente en las prescripciones sobre la recepción de la prueba (más detalladamente *infra*). El procedimiento también tiene *manifestaciones instructorias* [en especial, art. 452 (88)], de manera que en el sentido de la diferenciación arriba apuntada (89), se puede hablar de un *proceso acusatorio mixto*. La *audiencia* oral y pública constituye la pieza esencial del procedimiento principal. Podrá dividirse en dos etapas, en el sentido de la *interlocutoria angloamericana* sobre la culpa, de manera que en primer lugar se decide sobre el interrogante de la culpa y después —en tanto el acusado es considerado culpable— sobre la medida de la pena (arts. 455 y ss.) (90). La Audiencia es preparada en todo caso sobre la base a la acusación (91) (del fiscal o del facultado a peticionar la pe-

(86) Dicha posibilidad ya está prevista, como mencionamos, después de la investigación policial (art. 387).

(87) El artículo 489 exige la «certeza absoluta» de la culpa del acusado, lo que implica que en caso de duda deba pronunciarse la absolución.

(88) Según ello, el Presidente dirige la vista de la causa.

(89) Compár. *supra* I.1.

(90) Además, se distingue entre una separación formal e informal (art. 455 vs. 458).

(91) En ello la acusación tiene una función limitativa negativa en el sentido de §§ 155, 264 O.P.P. alemana con la consecuencia de que en caso de modificaciones o ampliaciones, debe darse al acusado suficiente oportunidad de defensa (eventualmente la «suspensión» de la Audiencia) (arts. 472, 486).

na, arts. 460 y ss., 463) y se desarrolla de la siguiente manera (arts. 467 y ss.): comprobación de la asistencia, toma del juramento de Jurados, instrucción al imputado, lectura y fundamentación de la acusación (92), alegaciones de la defensa, indagación del imputado en la causa (93), recepción de la prueba (arts. 473 y ss.) y discusión final (art. 481). En la recepción de la prueba el Presidente determina el orden de los medios de prueba relevantes (art. 473) e interroga a los testigos sobre sus datos personales (art. 476); sin embargo, el interrogatorio de los testigos (y peritos) sobre la causa corresponde a las partes (arts. 474, inc. 1, 476, inc. 2) (94) y el Presidente solamente modera (art. 476, inc. 3). En lo demás, la reunión y presentación de las pruebas incumbe a las partes (arts. 460, inc. 1, 464, inc. 1); el Tribunal, excepcionalmente, puede ordenar pruebas adicionales, pero debe cuidar de no sustituir en ello la actividad (probatoria) de las partes (art. 480). Aquí se impone el principio estructural adversativo frente a un solo limitado deber judicial de esclarecimiento (95). En la discusión final el Fiscal, la acusación en su caso y el defensor fundan, con respectivas posibilidades de réplica, sus peticiones finales, y al defensor corresponde la última palabra (art. 481). Luego debe darse a la víctima y al imputado la —realmente— última palabra (art. 481, *in fine*) (96). Sigue entonces la deliberación y votación (*secretas*, arts. 482 y ss.) en la que debe redactarse la sentencia (art. 485 en relación al 484) y a continuación dársele lectura (art. 485, inc. 2) (97). Contra la sentencia, las partes solamente podrán interponer recurso de *casación* (arts. 579 y ss., en relación al 490).

(92) Y el auto de apertura a juicio, artículo 467.II, que debe dictar el Tribunal en base a la acusación (art. 463). Esta resolución no implica un control judicial previo, sino más bien parece ser de exclusiva naturaleza declarativa. Requiere de aclaración más precisa.

(93) Bajo instrucción judicial sobre su derecho a guardar silencio, pero en el siguiente orden: fiscal, querellante, defensor, Juez (art. 469).

(94) De la misma manera en la declaración del imputado (nota 89).

(95) El deber de aclaración encuentra eco en la palabra «esclarecidos».

(96) La norma es innecesariamente complicada y ambigua. Dicho debate final con sus posibilidades de réplica va a conducir a innecesarias dilaciones (si bien se establece que esto debe evitarse). La utilización del concepto «última palabra» en relación al defensor es desconcertante.

(97) Excepcionalmente —en casos complicados u hora avanzada— los fundamentos pueden ser proclamados oralmente de forma resumida (art. 485.III). Este deber de promulgación inmediata de la sentencia puede tener por consecuencia una pobre calidad de los fundamentos de la sentencia desde el punto de vista fáctico y jurídico (compár., también, el «pobre» art. 484).

C) Venezuela

El Proyecto de Ley venezolano, de julio de 1996 (98), se basa en un Proyecto de más de veinte años de antigüedad, que se apoya en gran medida en el Proyecto italiano de Carnelutti (1963) aunque posteriormente fue totalmente revisado y adaptado básicamente a la estructura del procedimiento alemán (99). Es de señalar que el Proyecto en la versión analizada realiza de forma incompleta la transición del proceso inquisitivo escrito al proceso acusatorio oral; está plagado de numerosas prescripciones del aún vigente procedimiento (escrito) y de demasiadas excepciones a los principios del procedimiento oral acusatorio (100). El Proyecto —que en total abarca 487 artículos— está compuesto por una serie de principios generales (arts. 1-20), prescripciones generales (Libro Primero, arts. 21-183), un procedimiento ordinario (Libro 2.º, arts. 184-423) y procedimientos especiales [Libro 3.º, arts. 424-487 (101)]. El procedimiento ordinario se divide en una investigación preliminar, el procedimiento intermedio y el juicio.

La investigación preliminar (arts. 184-263) es dirigida por el Min-Publ (arts. 73 y ss.), que con el auxilio de la policía que tiene funcionalmente asignada (Policía de Investigaciones Penales, arts. 80 y ss.) debe esclarecer los hechos (en especial, arts. 192 y ss.). Al final de las

(98) Congreso de la República de Venezuela - Comisión Legislativa, Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal, Caracas, versión del 23 de julio de 1996 (archivo del autor).

(99) Lo que decididamente puede atribuirse a un viaje de estudios de políticos y juristas venezolanos a la R.F.A. a mediados de 1995 —financiada por el Ministerio para Cooperación Económica y Desarrollo en el marco de la cooperación con Venezuela. Los juristas se detuvieron aproximadamente dos semanas en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. En este contexto el compromiso incansable del Programa de Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer (Ciedla, Buenos Aires) merece loable mención.

(100) Compár., más detalladamente, STRUENSEE/AMBOS (en colaboración con BINDER/RIEGO/VARGAS/GÖRTZ-LEIBLE), Primer Comentario al Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal (versión del 25/3/1996), Eschborn (GTZ/KAS), junio 1996; más crítico todavía, MAIER, *Dictamen acerca del Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela*, Buenos Aires, 11-6-1996 (archivo del autor). Sin embargo, de su revisión reciente parece resultar una mejora sustancial (Proyecto del 23/7/1996).

(101) También comprende —siguiendo el orden establecido— procedimientos para los siguientes casos: acción privada, detención *in fraganti* [también más detalladamente bajo II.c/], inculpados constitucionalmente privilegiados, extradición, ausencia del imputado, evasión de detenidos como faltas y delitos similares [para ello, más detalladamente, bajo II 2.c/].

investigaciones el MinPubl propone al Tribunal competente el procesamiento del imputado (102) (arts. 232 y ss.) o se abstiene de formular la llamada *instancia* (arts. 236, 237). Con ello, el *proceso penal propiamente dicho* comienza con la instancia (art. 232, frase 1). Para hechos penados con una pena privativa de libertad de hasta seis años en su límite máximo, el MinPubl puede —oído el ofendido y previo acuerdo del imputado y del Tribunal— prescindir del ejercicio de la acción penal, siempre que se trate de un delito de poca gravedad por sus efectos y el imputado indemnice el daño (arts. 253 y ss.). Aquí aparece —formulado cautelosamente— el principio de *oportunidad*. En lo demás, ya se pone de manifiesto, que la separación —fundamental para el principio acusatorio— entre las funciones fiscales y judiciales no está regulada con suficiente claridad; da la impresión de que los autores del Proyecto no quisieron decidirse finalmente por dejar en manos del MinPubl el procedimiento instructorio, inclusive su conclusión. El *imputado* tiene el derecho de defensa (art. 11), pero no se indica claramente a partir de qué momento (problema de la posición como sujeto procesal, art. 85), ni cuáles son sus derechos de participación y acceso a las actas (103).

En el *procedimiento intermedio* (arts. 264-297) el Tribunal decide (como Juez individual, art. 70), en una audiencia preliminar, sobre la solicitud de procesamiento del MinPubl. En esa «audiencia» tiene lugar una recepción relativamente amplia de prueba con presencia del imputado, del MinPubl, de la víctima y de los testigos, y de otras pruebas (arts. 270-272). A su fin el Juez dispone el sobreseimiento del procedimiento (arts. 273-275) o el juzgamiento (decreto de procesamiento, arts. 276-282), abriendo en consecuencia el procedimiento principal.

El *procedimiento principal* consiste en la preparación del debate (arts. 298-303) y del debate propiamente como tal (arts. 304-326). A pesar de la ya celebrada audiencia preliminar, durante el procedimiento intermedio, debe tener lugar un nuevo debate, que es dirigido por el Presidente (art. 304) y que puede conducir a una nueva recepción de pruebas (arts. 300, 316 y ss.). En lo demás rigen los principios propios del *proceso instructorio acusatorio* (104), a pesar de que están regula-

(102) Artículo 232: «... propondrá... ante el Tribunal competente para resolver el procesamiento del imputado».

(103) El artículo 114 prevé un acceso a las actas para terceros únicamente después de la apertura del procedimiento principal (anterior art. 219, inc. 2). El anterior artículo 219, inciso 1, que reservó las actas para el imputado hasta la citación para el acto de la audiencia preliminar (procedimiento intermedio), fue eliminado (pero véase art. 60, núm. 1 Constitución según el cual el imputado tiene acceso a las actas sumariales desde la ejecución del auto de detención).

(104) Compár. ya bajo I.2.

dos insuficientemente y desnaturalizados por numerosas excepciones. El procedimiento principal finaliza con las peticiones finales del MinPubl, de las «demás partes», de la defensa, así como de la última palabra del defensor y del imputado (art. 326). Tras la deliberación (art. 327) se lee la parte dispositiva de la sentencia y se fundamenta oralmente (arts. 329 y 330); la sentencia debe estar redactada en diez días (art. 331 en relación con el 329, inc. 3). Contra la sentencia cabe *apelación* (art. 333 y ss. en relación con el 332); y respecto de la sentencia de alzada, en determinados casos, la casación (arts. 355 y ss. en relación con el art. 337, núm. 5).

II. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

1. ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA

A) *Procedimiento por mandato penal*

a) Desarrollo

La *Fiscalía* formula la *petición escrita* para el libramiento de un mandato penal en el Juzgado de Primera Instancia (*Amtsgericht*-A.G.) (105) cuando se dan los presupuestos para promover la acción pública [§ 170.I (106)], no se considere necesaria la celebración de la vista de la causa (§ 407.I, frase 2) (107) y el hecho perseguido constituya un delito leve de la competencia del A.G. (§ 407.I en relación a los §§ 24 y ss. de

(105) Un mandato penal no puede ser dictado contra un menor de entre catorce y diecisiete años (*Jugendlicher* según § 1.II JGG) ni contra un menor adulto de entre dieciocho y veinte (*Heranwachsender*), cuando es de aplicación el Derecho penal juvenil (§ 109 en rel. con § 105 y § 79 JGG).—*Nota del Trad.*: Las expresiones «Jugendliche» y «Heranwachsende» se traducen por «menores» y «menores adultos» (conforme a ELBERT, *Ley Judicial Juvenil Anotada de la República Federal de Alemania*, Buenos Aires, 1982; como abreviatura de dicha Ley se suele utilizar JGG).

(106) Todos los §§ sin indicación en esta parte lo son de la O.P.P. alemana.

(107) Esto va a ocurrir generalmente en aquellos supuestos de *situación probatoria simple*, en especial en base a una confesión del imputado *unívoca*, y cuando la *medición de la pena* no ofrezca problemas, de manera que se puede fallar solamente en base a las actuaciones policiales *escritas*. En este caso, el Fiscal *tiene que* formular la petición (GÖSSEL, en L/R, 24.^a ed., 1989, § 407, núm. 45; FEZER, nota 23, p. 17).

la Ley Orgánica de Tribunales-G.V.G.). La petición equivale a la acusación (§ 407.I, frase 4) y debe estar dirigida a determinadas consecuencias jurídicas (§ 407.I, frase 3; II) (108).

En base a la ampliación de la potestad punitiva del Juez penal del A.G. hasta dos años (§ 25.I, núm. 2, G.V.G.) y de la limitación de las consecuencias jurídicas en el § 407.II (109), prácticamente sólo aquél y ya no el Tribunal de escabinos del A.G. (110), es competente para el libramiento de un mandato penal (111). El Juez penal tiene —sin previa audiencia del imputado (§ 407.III)— tres posibilidades resolutivas:

- *Rechazar* el mandato penal por falta de sospecha suficiente (§ 408.II, frase 2); en su contra el Fiscal y eventualmente el actor accesorio (§§ 400.II, 396.I.2) pueden interponer la queja inmediata (§§ 408.II.2 en rel. con 210.II) (112).
- *Llamar a la vista de la causa*, cuando —en contra de la Fiscalía— lo considere necesario (113), y quiera apartarse de la calificación jurídica de la petición del mandato penal o quiera fijar otra consecuencia jurídica porque la Fiscalía insiste en su petición (§ 408.III.2) (114). No es necesaria una resolución especial de apertura y al acusado sólo se le dará a conocer, con la citación, una copia de la petición del mandato penal —que vale como acusación— sin la consecuencia jurídica solicitada (§ 408.III.3).

(108) Por mandato penal, en principio, pueden fijarse penas pecuniarias y otras consecuencias jurídicas, sin privación de libertad (§ 407.II.1). La ya apuntada Ley de Descargo de la Justicia introdujo la modalidad de fijar una condena privativa de libertad de ejecución condicional *hasta de un año*, en tanto el imputado tenga un defensor (§ 407.II, frase 2).

(109) Compár. nota 108.

(110) Sobre la composición del A.G.-Tribunal de Escabinos ver *supra*, nota 5.

(111) Compár. K/M-G, nota 34, § 408, núm. 5.

(112) Se discute si el Tribunal de Queja (el L.G. conforme § 73.I, G.V.G.), cuando considera improcedente el rechazo, puede ordenar al Juez que lleve adelante el mandato penal o fijar la vista de la causa o si más bien lo debe dejar a criterio del mismo (para ello quizá la opinión predom. compár. K/M-G, nota 34, § 408, núm. 9). En todo caso, el Tribunal de Queja frente al § 309.II no puede dictar por sí el mandato penal, ya que para ello conforme al § 407.I solamente es competente el A.G. (ahí mismo; compár., también, ROXIN, nota 26, p. 471).

(113) Con ese alcance rige fundamentalmente lo expuesto en nota 107.

(114) Detrás de la necesaria *coincidencia de Fiscal y Juez* está la idea de que un mandato judicial solamente puede ser dictado cuando el Fiscal y el Juez están de acuerdo, reduciéndose así el peligro de decisiones erróneas (ROXIN, nota 26, p. 24).

- Debe *librar el mandato penal* si no existen reparos (§ 408.II.1). En este caso se debe corresponder al mandato penal (§ 408 a II.1 en rel. § 408.III.1) solicitado en la vista de la causa de acuerdo al § 408 a I en rel. con § 407.I, S. 1 y 2 (115).

En este último caso el mandato penal le es notificado al acusado y éste puede formular oposición en el Juzgado que lo libró *en el plazo de dos semanas* (§ 410.I). Sobre la posibilidad de oposición debe informarse en el mandato penal (§ 409.I, núm. 7) (116). La oposición puede *limitarse* a determinados puntos, como, por ejemplo, a las consecuencias jurídicas (§ 410.II). En tanto la oposición no es interpuesta a tiempo (117), el mandato penal queda firme y equivale a una sentencia firme (§ 410.III) (118). Si es presentada tardíamente o de forma inadmisiblemente se rechaza por resolución (§ 411.I.1); con la fuerza de cosa juzgada de esa decisión negativa el mandato judicial también adquiere dicha fuerza (119). Si la oposición se formula a *tiempo* tiene lugar una audiencia (§ 411.I.2). Para ello, rigen —además de las generales— las siguientes reglas especiales:

- Por un lado, el acusado se puede hacer representar por un defensor provisto de poder escrito (§ 411.II.1).
- Por otro lado, la oposición puede rechazarse sin audiencia, cuando el acusado no comparece ni se hace representar válidamente y su ausencia no es justificada (§ 412 en rel. con 329).
- Rige para el procedimiento abreviado lo dispuesto para la recepción de la prueba por la Ley contra la delincuencia de 1994 (120) [§§ 411.II.2 en rel. con 420, además, *infra* en b)].

(115) Críticamente respecto de esa modalidad atípica del procedimiento introducida en 1987: FEZER, nota 23, pp. 18 y ss.; SCHELLENBERG, «Zur Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsweg», en *NStZ*, 1994, pp. 570-572.

(116) En lo demás el mandato penal contiene referencias sobre la persona del acusado, el nombre del defensor, hecho, lugar y tiempo de comisión, prescripciones legales aplicables, medios de prueba y consecuencias legales fijadas (§ 409).

(117) En una apelación parcial (§ 410.II) la parte no apelada adquiere fuerza de cosa juzgada (parcial) (FISCHER, en *K.K.*, nota 117, § 410, núm. 16).

(118) Entonces y en contra solamente es posible la revisión (§§ 373.a).II en relación con 359 y ss.), que por cierto es admisible en perjuicio del condenado por mandato penal en caso de nuevas pruebas o hechos que podrían fundar la condena por un *crimen/delito grave* [§ 373.a).I].

(119) La decisión desestimatoria adquiere fuerza de cosa juzgada si no se interpone la queja inmediata en el plazo de una semana (§ 411.I, frase 1, media frase 2. en relación con § 311).

(120) Compár. nota 19.

Por lo demás, en principio, se puede desistir de la acusación —y en consecuencia de la a ella equiparada petición por mandato penal— y de la oposición, hasta la proclamación de la sentencia (§ 411.III.1) (121). Al fallar, el Juez no está sujeto a la condena contenida en el mandato penal, en tanto se haya interpuesto oposición (§ 411.IV). En consecuencia, si se interpuso oposición *sin limitaciones* —en relación a la expresión sobre la culpabilidad y consecuencias jurídicas— el Juez decide con total independencia del mandato penal (122) solamente en base a la vista de la causa (§ 261). Si, por ejemplo, la oposición está *limitada* —a la expresión de las consecuencias jurídicas— el Juez está sujeto en tal medida y debe basar su sentencia sobre la parte no apelada —aquí la expresión sobre la culpabilidad—. No rige la prohibición de la *reformatio in peius* (§§ 331, 358.II) y, por tanto, el Juez puede reformar sustancial y discrecionalmente la expresión de culpabilidad, así como las consecuencias jurídicas (123). Contra la sentencia son de aplicación los *recursos* generales contra las sentencias de los Jueces de primera instancia (124).

b) Importancia práctica

En el procedimiento por mandato penal se resuelven los casos de «pequeña y mediana criminalidad», así como los de la llamada «crimi-

(121) Para ello, por cierto, se requiere una *adaptación al procedimiento normal*. Aquí la acusación (*fiscal*) solamente puede ser retirada hasta la decisión (*judicial*) de apertura (§ 156). Pero si el dictado del mandato penal como consentimiento *judicial* a la petición del *fiscal* corresponde estructuralmente al auto de apertura, entonces la acusación en el sentido del 411.III.1 (es decir, la petición del mandato penal) puede ser retirada *al inicio* solamente hasta el dictado del mandato penal; esta posibilidad de retirarla, sin embargo, *renace* con una oposición admisible (opinión dominante: GÖSSEL, nota 107, § 411, núm. 37; FISCHER, nota 117, § 411, núm. 19; en contra, O.L.G. Karlsruhe *NStZ* 91, 602). De esta adaptación estructural al procedimiento normal resulta también que no se puede retirar la acusación si la petición del mandato penal se formula *después* de la apertura del procedimiento principal (especialmente en la vista de la causa) [§ 411.III.3 en rel. con § 408.a)], ya que entonces el instante fijado en el § 156 (resolución de apertura) ya transcurrió. En lo demás, el desistimiento después del comienzo de la vista de la causa sólo es posible con el consentimiento del acusado (§ 411.III en rel. con § 303, frase 1; K/M-GÖSSEL, nota 107, § 411, núm. 8).

(122) El mandato penal no es mencionado en la parte resolutive ni en los fundamentos de la sentencia (FISCHER, nota 117, § 411, núm. 31; GÖSSEL, nota 107, § 411, núm. 54).

(123) K/M-G, nota 34, § 411, núm. 10 y ss.; FISCHER, 117, nota, § 411, núm. 31; GÖSSEL, nota 107, § 411, núm. 57 y ss.; crít. ROXIN, nota 26, p. 472.

(124) Compár. *supra* I.2.

nalidad de bagatela» (125). Concretamente se trata en especial de los siguientes delitos y grupos delictivos: simples lesiones (§ 223 del Código penal=C.p.), delitos de tránsito (§§ 315c, 316 del C.p.), coacción (§ 240), simples delitos contra la propiedad (§§ 242, 246, 263 del C.p.). Un estudio de Dessecker/Geisler-Frank revela que el procedimiento por mandato penal tiene diversa aplicación (Gebauer, 1987; Hergenröder, 1986) por razón del territorio, que el Tribunal suele estar de acuerdo casi siempre con la petición de la Fiscalía (Heinz, 1987, Blankenburg/Sessar/Steffen, 1978), que en los hurtos el monto del daño determina las medidas a adoptar (sobreseimiento, mandato penal o acusación) y que predominantemente se aplica a autores sin reincidencia penal específica (Kotz, 1983, Wagner, 1979) (126).

Si bien el porcentaje de los *procedimientos concluidos por mandato penal firme* desde los años treinta (más del 65 por 100) (127) se redujo considerablemente, no debe subestimarse la gran importancia práctica del procedimiento por mandato penal (128).

En los años 1977 y 1987 la cantidad de peticiones fiscales de mandato penal —medida sobre la cantidad total de procedimientos (1.319.878 y 1.494.229 resp.)— ascendió al 17,8 por 100 y 16,2 por 100, respectivamente (129). Ante los A.G. la *cuota de las peticiones* medida sobre la cantidad total de procedimientos penales (970.595 y 975.639 resp.) ascendió al 44,5 por 100 y 46,4 por 100, respectivamente. Se interpuso *oposición* contra el 29,9 por 100 y 32,7 por 100, respectivamente, de dichas peticiones; 0,5 por 100 y 0,88 por 100, respectivamente, de las peticiones fueron *rechazadas*; en el 31 por 100 y 30,8 por 100 respectivamente de los casos —medido sobre la cantidad total de los procedimientos— el mandato penal quedó *firmes*, es decir, que casi un tercio de los procedimientos ante los A.G. concluyeron por mandato penal. Los *procedimientos con oposición* concluyeron en el 43,3 por 100 y 38,5 por 100, respectivamente, de los casos por sentencia; en el 27,4 por 100 y 31,3 por 100, respectivamente, por desis-

(125) ROXIN, nota 26, p. 468.

(126) DESSECKER/GEISLER-FRANK, *Empirische Forschungsarbeiten zum Strafverfahren und Strafverfahrensrecht*, Friburgo 1995, pp. 271 y ss.

(127) GÖSSEL, nota 107, ante el § 407, núm. 8.

(128) ROXIN, nota 26, pp. 468 y ss.; KRAMER, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*, Stuttgart, entre otros, 2.ª ed., 1994, núm. 321; FEZER, nota 23, p. 20; GÖSSEL, nota 107, antes del § 407, núm. 9; FISCHER, nota 117, antes del § 407, núm.1; LEIBINGER, «Rechtsvergleichende Zusammenfassung», in JESCHECK/LEIBINGER (ed.), *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1979, pp. 692 y ss.; MÜLLER, K. J., *Das Strafbefehlsverfahren*, Frankfurt/M. 1993, pp. 256 y ss.

(129) MÜLLER, nota 128, pp. 344 y ss. (tablas 1 y 2).

timiento de la oposición, y en el 0,6 por 100 y 0,3 por 100, respectivamente, por desistimiento de la acción (130).

En el año 1993 la *Fiscalía* petitionó mandato penal en 643.904 procedimientos, es decir, en el 17,5 por 100 de los en total 3.686.469 procedimientos tramitados; y en 1994 en 669.006 procedimientos, es decir, en el 16,7 por 100 de los en total 3.996.024 procedimientos tramitados (131). En total, la cifra de *peticiones* de mandato penal ante el A.G. creció entre 1990 y 1994 de 486.900 a 585.880 (132).

De esas cifras se sigue un considerable recargo de tareas del Juez penal solamente por *peticiones* de mandatos penales. Según la vigente distribución de tareas para Baden-Württemberg un Juez del A.G. dedicado exclusivamente a *peticiones* de mandatos penales debería sustanciar anualmente 5.500 *peticiones*. En doscientos veintisiete días laborables a ocho horas le quedan como promedio veinte minutos de tiempo laboral para cada mandato penal (133).

c) Objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho

En el caso del procedimiento por mandato penal se trata de un procedimiento escrito y como tal *ajeno a la naturaleza del proceso acusato-*

(130) MÜLLER, nota 128, p. 348, 350 (tablas 5 y 7). En ello no están comprendidos los procedimientos concluidos sin el dictado de un mandato penal.

(131) «Statistische Bundesamt», en *Staatsanwaltschaften*, 1993, Wiesbaden, 1996, pp. 14 y ss.; *Id.*, *Staatsanwaltschaften*, 1994, Wiesbaden, 1996, pp. 14 y ss.

(132) «Statistische Bundesamt», en *Justizstatistik*, 1994, Wiesbaden, 1996, p. 7. Debe tenerse en cuenta que la estadística judicial no indica el número de los mandatos penales que quedaron firmes, sino solamente el número de los mandatos judiciales dictados en la vista de la causa [§ 408.a)] y las *peticiones* por mandato penal resueltos por sentencia (§ 407). Dichas cifras aumentaron absolutamente de 9.800 y 55.135, respectivamente, en 1991 a 18.672 y 68.303, respectivamente, en el año 1994; si bien también debe considerarse el aumento de la totalidad de las resoluciones definitivas de 614.880 a 752.763 (*Id.*, 1995, p. 12, y 1996, p. 16). Reconocer esto supuso mucho tiempo y esfuerzo, ya que en la estadística judicial para 1993 y 1994 se deslizó un error: los números 3 de la tabla 2.2 remiten al § 408 en lugar del 408.a), lo que puede conducir a la conclusión falsa de que se trata de resoluciones definitivas por mandatos penales que quedaron firmes. Con anterioridad al descubrimiento de este error tuvieron lugar numerosos esfuerzos de mis colegas HOLGER BARTH y JÖRG KINZIG y de mis colaboradores JAN WOISCHNIK y JULIA BEINTMANN incluyendo llamadas telefónicas a la Secc. VII.C de Oficina Federal de Estadística. A todos los partícipes debo agradecer su esfuerzo y paciencia.

(133) HAUSEL, «Ungenutztes Beschleunigungspotential des Straf(-befehls-) verfahrens?», en *ZRP*, 1994, pp. 94-96, 96.

rio oral. Los peligros desde el punto de vista del Estado de Derecho en consecuencia son manifiestos.

Si se sigue un criterio sostenido con frecuencia y quizá imperante en la práctica, no es necesario el convencimiento judicial de la culpa del imputado para el libramiento de un mandato penal sino, como resulta de una interpretación a *contrario sensu* del § 408.II.1, solamente de una *suficiente sospecha* de delito (134). Como última consecuencia esto significa que en todos los casos en que un mandato penal adquiere fuerza legal —se trata de decenas de miles de procedimientos (135)— se acepta una conclusión del procedimiento equivalente a la sentencia con efectos jurídico-penales sobre la base de una suficiente sospecha de delito. Esto vulnera el principio de culpabilidad y de la presunción de inocencia (136) y va contra el Derecho internacional (art. 14, inc. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-P.I.D.C.P., 6, inc. 2, y 8, inc. 2, de las Convenciones sobre Derechos Humanos Europea y Americana respectivamente-C.E.D.H. y C.A.D.H.) y el Derecho constitucional (art. 20.III de la Ley Fundamental, principio del Estado de Derecho), por lo que entendemos que no puede haber sido intencional. Es más, como se desprende de la Exposición de Motivos oficial de la Ley (137), el libramiento del mandato penal tiene como presupuesto el *convencimiento de la culpa* del acusado (138). Solamente en este caso el Juez «no puede tener reparos» (§ 408.III.1) y ha de corresponder a la *petición* de mandato penal.

Pero si en decenas de miles de procedimientos no se llega a una vista de la causa y el Juez no debe oír al acusado antes de la expedición del mandato penal (§ 407.III), es además opinable, si en esos procedimientos se da cuenta suficientemente del *derecho a ser oído* (art. 14, inc. 1, del P.I.D.C.P., 6, inc. 1, de la C.E.D.H., y 8 inc. 1 de la C.A.D.H. - art. 103.I de la Ley Fundamental). La opinión general de que es así porque

(134) Compár. sólo K/M-G, nota 34, § 408, núm. 7; ROXIN, nota 26, p. 471; HAUSEL, nota 133, p. 95 (por cierto con una errónea remisión a FISCHER, K.K. en su nota 20); SCHAAL, «Hinreichender Tatverdacht oder richterliche Überzeugungsbildung für den Strafbefehl?», en *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlín, 1990, pp. 427-444, 440 y ss.

(135) Compár. las ya en parte cit. cifras en MÜLLER, nota 128, p. 348 (tabla 5).

(136) Aun cuando su contenido exacto hasta hoy no está aclarado (compár. ROXIN, nota 26, p. 68).

(137) Compár. RIEB, *Zweifelsfragen zum neuen Strafbefehlsverfahren*, *Juristische Rundschau (J.R.)*, 1988, pp. 133-136, 133 y ss.

(138) Acertadamente, FEZER, nota 23, p. 20; *Id.*, RIEB, nota 137, pp. 133 y ss.; GÖSSEL, nota 107, antes del § 407, núm. 11; FISCHER, nota 117, § 408, núm.16.

el imputado tiene la *posibilidad* de oposición y con ello de una vista de la causa (§ 411.I.2 en rel. con § 410.I, II) parece a primera vista plausible (139) [y fue consentida constitucionalmente, aunque fuera en forma de *obiter dicta* (140)] si bien tiene la preocupante consecuencia de que en numerosos casos en los que no se hizo uso a tiempo de la posibilidad de oposición por el motivo que fuese, al imputado solamente le queda la posibilidad de expresarse en el marco de la declaración —generalmente policial— en el procedimiento instructorio conforme § 163.a).I. Si esa declaración es suficiente para el derecho a ser oído, es más que opinable (141). A ello hay que añadir, que la omisión de la indagación según la opinión dominante en la doctrina no debe ser perjudicial, ya que la insuficiencia procedimental se subsanaría con la fuerza legal del mandato penal (142). A esta solución no se le puede desconocer cierta lógica, si se parte solamente de la posibilidad de oposición. Quien pierde dicha posibilidad debe asumir las consecuencias hasta el final y no puede, una vez transcurrido el plazo de oposición, pretender audiencia legal. Hay que señalar que sólo se trata de una posibilidad de interposi-

(139) K/M-G, nota 34, § 407, núm. 24; FISCHER, nota 117, § 407, núm. 20; GÖSSEL 107, n., § 407, núm. 58; en contra ya al inicio ESER («Das rechtliche Gehör im Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren», en *J.Z.*, 1966, pp. 660-669), que en ello ve simplemente una insuficiente «ayuda *ex-post*».

(140) *BVerfGE* (decisiones del Tribunal Federal Constitucional), tomo 3, p. 248, 253; *BVerfGE*, 25, 158, 164 y ss. El *BVerfG* se refiere en sus decisiones a la imprescindibilidad práctica del procedimiento por mandato penal, sin entrar a considerar la fundamental problemática desde el punto de vista del Estado de Derecho. Compárese también Tribunal Europeo de D.D.H.H. (*N.J.W.* 1993/717), que si bien critica el corto plazo de oposición, niega una lesión del artículo 6.I C.E.D.H. argumentando que al afectado le quedaba el (extraordinario) remedio jurídico de la reposición en la situación anterior; esto apenas es convincente, ya que al condenado en ese caso no se le dio ni siquiera en el sumario/instrucción la oportunidad de expresarse de acuerdo al § 163.a) (por ello es acertada la disidencia del Juez WALSH, *ob. cit.*, pp. 717 y ss.).

(141) Por cierto que el § 163.a) desde el punto de vista alemán debe asegurar el derecho a ser oído [compár. sólo WACHE, nota 112, § 163.a), núm. 1], sin embargo, no puede sustituir el «derecho a ser oído por el Tribunal o Juez» garantizado por el artículo 103.I de Ley Fundamental (compár., fundamentalmente, y con argumentos convincentes ESER, nota 139, pp. 661, 666 y ss.). Desde el punto de vista del Derecho internacional las apuntadas prescripciones garantizan el derecho de (igual) acceso a los Tribunales [Gollwitzer, en *L/R*, nota 102 (31, entrega 1992), M.R.K. art. 6, art. 14 *IPbpR*, núms. 42 y ss.; NOWAK, *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll*, Estrasburgo, 1989, art. 14, núm. 1]; a tal efecto es insuficiente el mero interrogatorio —regularmente policial— en el sentido del § 163.a).

(142) GÖSSEL, nota 107, § 407, núm. 59; K/M-G, nota 34, § 407, núm. 24; crít. ESER, nota 139, pp. 662 y ss.

ción de la oposición cuya efectividad está considerablemente relativizada por exigencias restrictivas de plazo (dentro de dos semanas después de la notificación, § 410.I) y de forma (por escrito o bajo acta, § 410.I) y que en el mejor de los casos crea un auxilio *ex post facto* que implica una renuncia a la posible y anterior audiencia (judicial) del procedimiento normal (143). Esto hay que relacionarlo con la sospecha —empíricamente por cierto no comprobable—, de que en una parte no desdeñable de los mandatos penales que quedaron firmes, se desiste de la oposición por razones eventualmente no imputables al inculpado y sin tener en cuenta la pérdida del derecho a ser oído que lleva aparejada. Por imperativo de la prohibición de la *reformatio in peius* (§ 411.IV) podría pensarse que el denunciado desiste de la oposición por temor a estar en peor situación tras una audiencia (144). Esta crítica, que no es nueva, es acrecentada por aquellas reformas legislativas que debilitan la posición del imputado como ocurre en especial con las relativas al *quantum* de la pena [con la más reciente posibilidad de la pena privativa de libertad (145)] y con la incorporación del § 408.a).

De acuerdo con el § 408.a), incorporado en 1987, la Fiscalía puede formular una petición [escrita (146)] de mandato penal, cuando ya se abrió el procedimiento principal, es decir, después de la acusación y expedición de la resolución de apertura (147). Además de los presupuestos generales, conforme al § 407 es necesario para ello que se oponga una razón importante a la celebración de la vista de la causa. La Ley menciona especialmente la no concurrencia o la ausencia del imputado (408.I). Contra un acusado que *no compareció* solamente cabe una vista de la causa bajo los presupuestos de los §§ 232 y siguientes, que exigen la advertencia de que la vista podrá celebrarse en su ausencia (§ 232.I); contra un acusado *ausente* no se celebra una vista de causa (§ 285 frase 1). Se da una razón importante en el sentido del § 408.a).I cuando faltan los presupuestos de los §§ 232 y siguientes y también

(143) Por ello, crít., ESER, nota 139, p. 664.

(144) También, por ello, debería tenerse en cuenta la prohibición de la *reformatio in peius* —desde el punto de vista del *fair trial*— cuando en la vista de la causa no surgen agravantes frente a los hechos probados en el mandato penal. (compár. ROXIN, nota 26, p. 472, con otros fundamentos.).

(145) Compár., además ya, *supra*, bajo aa) y crít. —entre otros—, FEZER, nota 23, pp. 21 y ss.; SCHELLENBERG, nota 115.

(146) Ya que también para ese procedimiento rige el § 407, que prescribe la forma escrita (entre otros: RIER, nota 137, p. 135).

(147) En cuanto a las reservas dogmáticas contra la norma, compárese GÖSSEL, nota 107, § 408.a), núms. 3 y ss., con otros fundamentos.

cuando el acusado está ausente. Conforme al número 175.a), *RiStBV* (148) una petición de mandato penal de conformidad con el § 408.a) es posible cuando:

- El acusado con residencia conocida vive en el extranjero, pero su citación para la celebración de la vista de la causa no fuera posible o no sea adecuada.
- Cuando el acusado no concurre justificadamente a la vista de la causa, porque no puede participar por una enfermedad prolongada, aunque su capacidad de deliberación no se encuentre afectada.
- Cuando el acusado no concurre a la vista de la causa y no se puede deliberar sin su presencia conforme al § 232.
- Cuando existan considerables razones que impiden el recibimiento inmediato de prueba en la vista de la causa, y no se den los presupuestos del §§ 251.II.2 (149), pero los hechos estén suficientemente claros a la vista del contenido de las actuaciones.

El procedimiento conforme al § 408.a) amplía por un lado las posibilidades de concluir procedimientos «estancados» por causa de no concurrencia o ausencia del acusado, y limita por otro el principio de intermediación por el cauce de los §§ 251 y ss. Otras importantes razones, además de las mencionadas, abren para las partes un «elástico campo de acción» (150) que favorece acuerdos *praeter legem* que pueden conducir a un procedimiento por mandato penal bajo inobservancia de los presupuestos generales (151). Resultaría impropio y contrario a la Ley

(148) Circulares (federales) para el procedimiento penal y de multas, en base a decretos de los Ministros de Justicia Federal y de los Estados (en: K/M-G, nota 34, suplemento A 15).

(149) El § 251.II prevé una excepción al principio de intermediación (§ 250) por *lectura* de actas del interrogatorio o declaraciones escritas, cuando el acusado tiene un defensor y tanto él como su defensor y el Fiscal están de acuerdo en ello (frase 1) o bien cuando el testigo, perito o coimputado (cuya declaración debe ser leída) fallcieron o no se les podrá tomar declaración judicial «en tiempo previsible» (frase 2). De acuerdo con el § 408.a) en rel. con 175 a *RiStBV*, por consiguiente, esta excepción se amplía (pero compár. ya § 411.II.2 en rel. con § 420).

(150) RIEB, nota 137, p. 135.

(151) Crít., también, GÖSSEL, nota 107, § 408.a), núm. 7; FEZER, nota 23, p. 18. Se debe tener en cuenta, en efecto, que la formulación de la petición de mandato penal *después* de la apertura del procedimiento principal presupone, que la situación procesal actual frente a aquella *anterior* a la apertura, en especial al sumario (en el que debe formularse la petición del mandato penal conforme al § 407.I.2), se ha modificado de tal manera, que *justo ahora* se dan los presupuestos generales conforme a § 407.I (en especial frase 2) [GÖSSEL, *ob. cit.*, núm. 6; RIEB, nota 137, p. 135]. Hay quien tacha de poco relevante la importancia práctica del § 408.a) argumentando que o ya se pidió el mandato penal en el procedimiento previo (sumario) o el proce-

el acuerdo por el que el Fiscal formulara la petición [§ 408.a).I], el Juez la admitiera [§ 408.a).II] y el acusado o su defensor lo acataran sin formular oposición (§ 410) para conseguir un «pactado» efecto en relación a la medida de la pena (?). Finalmente, el § 408.a) puede posibilitar un *doble efecto acelerante*, cuando *en primer lugar* se formule una petición de condena en el procedimiento acelerado (§ 417) y *luego* en la posterior vista de la causa (§ 418) se solicite un mandato penal por incomparecencia del acusado. Este «acoplamiento» parece especialmente arriesgado, ya que el acusado debe adaptarse en brevísimo tiempo a dos modalidades distintas del procedimiento (152).

Finalmente, cabe señalar que las críticas aquí vertidas desde el punto de vista del Estado de Derecho se refuerzan cuando se atiende a lo que ocurre en la *práctica* habitual, frecuentemente distanciada de la Ley. El aumento de trabajo de los A.G., acentuado por la Ley de Descargo de la Justicia (153), constituye un problema a solventar (154) pues convierte en simple formalidad el examen de los presupuestos legales para el libramiento de un mandato penal (§ 408). La solicitud de mandato penal de la Fiscalía suele corresponderse con los requisitos de contenido de dicho mandato de conformidad con lo dispuesto en el § 409 (155), de modo que el Juez sólo tiene que molestarse en prestar su consentimiento; según HAUSEL, en la práctica, el 80 por 100 de todas las peticiones de mandato penal se satisfacen más o menos sin examen (156). Los presupuestos legales —estimación coincidente de Fiscal y Juez (§ 408.III.2), convencimiento de la culpa del acusado o simplemente suficiente sospecha de delito (§ 408.III.1 en rel. con § 408.II.1), investigaciones complementarias (§ 408.II en rel. con § 202 análogo), etc.— se revelan como meros deseos de un legislador distanciado de la práctica judicial. En este punto se está barajando la posibilidad de dejar a la Fiscalía el libramiento del mandato penal, pues sólo esto contribuiría a una real descongestión de los Juzgados de Primera Instancia (157).

dimiento concluye en el procedimiento principal de otra manera, en especial por sobreseimiento judicial [similar FISCHER, nota 117, § 408.a), núm. 3; sin embargo, según SCHELLENBERG, nota. 115, p. 570, la justicia por intermedio del § 408.a) está en la posibilidad de sancionar «una gran parte de la criminalidad común» por escrito].

(152) Crít., también, FEZER, nota 23, p. 18, núm. 67.

(153) Entre otros: HAUSEL, nota 133, p. 94.

(154) Compár. las cifras ya indicadas con *bb*) en remisión a HAUSEL (nota 133).

(155) Compár. nota 116.

(156) HAUSEL, nota 133, p. 96. Los resultados de esta investigación se corresponden con los reproducidos en HEINZ, 1987, y BLANKENBUR/SESSAR/STEFFEN, 1978, en DESSECKER/GEISLER-FRANK, nota 126, pp. 272 y ss.

(157) Así, claramente, HAUSEL, nota 133, pp. 94, 96.

B) *Procedimiento acelerado*

El procedimiento acelerado fue regulado de nuevo por la Ley contra la Delincuencia de 1994 en los §§ 417-420 [antes §§ 212-212.b)] (158).

a) Desarrollo

En el procedimiento acelerado la *Fiscalía* formula la *petición* de condena ante el Juez penal o Tribunal de escabinos (159) del A.G. (160) si es posible una deliberación inmediata (§ 417) de la causa en base a su simple contenido fáctico o a la clara situación probatoria. No es necesaria una *acusación* escrita, pues ésta puede formularse *oralmente* al comienzo de la vista y su contenido esencial incorporarse al acta de la audiencia (§ 418.III). La audiencia se celebra en breve plazo, es decir, y según el legislador (161) entre una y dos semanas sin fase intermedia (§ 418.I). El imputado es citado, si no se presenta voluntariamente o se le hace comparecer, en el plazo de veinticuatro horas; con la citación se le comunica la imputación de los hechos (§ 418.II). Se le debe designar un *defensor*, si la pena privativa de libertad alcanza por lo menos a seis meses (§ 418.IV) (162).

El Tribunal tiene dos posibilidades decisorias (163):

- Debe *corresponder* a la petición, si la causa es «apropiada» para dicho procedimiento (164) (§ 419.I.1).

(158) Compárese nota 19.

(159) En base al ampliado poder del Juez penal (§ 25.I, núm. 2, G.V.G.) queda poco margen para el Tribunal de escabinos, al igual que ocurría en el procedimiento por mandato penal [arriba I.a.aa)] (detalladamente LOOS/RADTKE, «Das beschleunigte Verfahren (§§ 417-420 StPO) nach dem Verbrechensbekämpfungsgesetz», en NSiZ, 1995, pp. 596-574, y 1996, pp. 1-14, aquí p. 8.; K/M-G, nota 34, § 417, núm. 1).

(160) El procedimiento acelerado no puede incoarse contra menores, pero —a diferencia del procedimiento por mandato penal (nota 100)— sí contra menores adultos (§ 79.II, JGG, a cuyo inciso II no remite el § 109, J.G.G.).

(161) Bundestag Drucksachen (Impresos del Parlamento, BT-Drs.) 12/6853, p. 36.

(162) En el procedimiento normal debe nombrarse un defensor en el caso de una condena privativa mínima de libertad de un año (§ 140.I, núm. 2, O.P.P. en rel. con § 12.1 C.p.) o por razones de difícil situación fáctica y jurídica (§ 140.II). Para la contradicción entre «efecto acelerante» y adecuada defensa, véase LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 10 y ss., con más referencias en F.N. 106.

(163) Extensamente LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 573 y ss. y 7 y ss.

(164) La decisión depende de circunstancias fácticas y jurídicas. El procedimiento acelerado es inadecuado por razones *fácticas* cuando la causa es complicada y la prueba no es clara, de modo que para la *exacta aclaración* resulte necesaria una

- Si «no es apropiada» *rechaza* la petición por resolución inapelable —hasta la proclamación de la sentencia— y debe decidir entonces sobre la apertura de la vista principal (165); ello depende de la existencia de *suficiente sospecha* de delito. Si no se diera esto último y no se decide la apertura, la *Fiscalía* puede prescindir de una nueva acusación (§ 419.III).

Si el Tribunal considera que procede seguir adelante con la petición, se celebra la vista de la causa, en la que rigen determinadas *facilidades en la recepción de la prueba* en relación al procedimiento normal (166):

- Las actas de declaraciones o manifestaciones verbales documentadas de testigos, peritos o coimputados pueden ser *leídas* en sustitución de la audiencia, en tanto las partes del procedimiento —presentes en la vista de la causa— *consientan* (§ 420.I, III).
- Además de lo previsto en el § 256, las declaraciones de funcionarios y similares pueden ser *leídas* igualmente con *consentimiento* de las partes presentes en la vista de la causa (§ 420.II, III) (167).
- En el procedimiento ante el Juez penal (del A.G.) éste determina la recepción de la prueba si bien en los límites del deber de esclarecimiento (§ 244.II), pero *sin sujeción a las reglas formales* de solicitud de prueba de los §§ 244.III-V, 245 (§ 420.IV).

vista de la causa (§ 417.I e.c.). Es *jurídicamente* inadecuado cuando la competencia prevista sea inapropiada teniendo en cuenta las consecuencias legales (§ 419.I.2,3) o se oponen otras razones jurídicas, en especial la falta de suficiente sospecha de delito [K/M-G, nota 34, § 419, núm.3; TREIER, en K.K., nota 63, § 212.b), núm. 1; sobre la decisión en base a la simpleza de los hechos, véase acertadamente LOOS/RADTKE, nota 159, p. 572.f)].

(165) Según la normativa anterior el rechazo eliminaba la litispendencia judicial y la causa volvía a la *Fiscalía*. Ahora existe la posibilidad de pasar del procedimiento acelerado al normal por medio de un simplificado procedimiento intermedio (K/M-G, nota 34, § 419, núm. 9; LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 571 y ss., 573).

(166) El distinto desarrollo de la vista de la causa que de ello se desprende conduce a que, dentro del procedimiento abreviado deban distinguirse además diversos tipos de procedimiento (K/M-G, nota 34, § 420, núms. 1 y ss.; LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 570 y ss.).

(167) Según el § 256 puede darse *lectura* a declaraciones de funcionarios públicos contenidas en testimonios o peritajes, a certificados médicos sobre lesiones corporales no graves, así como a otros peritajes e informes (K/M-G, nota 34, § 256, núms. 1 y ss.). El § 420.II —similar en su redacción al § 77.a) OWiG— permite que se dé lectura a todas las declaraciones sobre comprobaciones y reconocimientos de servicio, por ejemplo, también de notas policiales de las actuaciones (K/M-G, nota 34, § 420, núm. 7; LOOS/RADTKE, nota 159, p. 570).

De la limitación de la competencia por las consecuencias jurídicas se deduce que el Tribunal no puede imponer una condena privativa de libertad superior a un año, ni medidas de seguridad y corrección (168) (§ 419.I.2). Contra la sentencia caben los *recursos* normales (169).

b) Importancia práctica

El procedimiento acelerado permite la condena rápida de hechos que no presentan especial complejidad. Así, por ejemplo, los detenidos por actos violentos en las grandes reuniones de conformidad con el § 127 pueden ser condenados al día siguiente en el marco de una audiencia judicial en sede policial conforme al § 128.I; igualmente, se puede hacer comparecer de inmediato ante el Juez al ladrón de un comercio sorprendido *in fraganti*. En la práctica sería más importante que el sospechoso que se encuentre en arresto bajo investigación sea conducido ante el Juez en un plazo adecuado (de dos a cuatro semanas) y que sea, en su caso, rápidamente condenado (170). Ello dependerá ciertamente de la estrecha colaboración entre Fiscalía y Juzgado de Primera Instancia. Si el Juzgado de Primera Instancia no tiene la posibilidad de fijar audiencia por semanas, la petición del Fiscal no prospera (171).

HERZOG comprobó en el distrito del A.G. Frankfurt para el año 1989 que en especial las contravenciones contra la Ley de extranjeros, hurtos simples (por ejemplo, en relación con la apropiación de drogas por los adictos) y adulteración de documentos («papeles falsos») son juzgados por el procedimiento acelerado; los autores son extranjeros en un 90 por 100 y «con frecuencia» se impusieron penas privativas de libertad sin libertad condicional (172). La investigación que Fezer llevó a cabo en

(168) Excepto la retirada del permiso de conducir (§ 419.I.3, O.P.P. en relación con § 61, núm. 5 C.p.).

(169) Se discute si el § 420 rige también en una posible audiencia de *apelación* (a favor K/M-G, nota 34, § 420, núm. 12; en contra, LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 8 y ss.); para la posible pérdida de la «aceleración» por la interposición de recursos comparese LOOS/RADTKE, nota 159, p. 10.

(170) FEZER, nota 23, p. 13; ROXIN, nota 26, p. 442; KRAMER, nota 123, núm. 319; RIEB, nota 21, § 212, núm. 6; LOOS, en *AKStPO* (nota 34), § 212, núm. 5 y ss. En especial, LOOS/RADTKE, nota 159, p. 571, señalan, que la inmediata presentación judicial del detenido provisionalmente conforme al § 127 sea una «quantité négligeable». Según FEZER, nota 23, p. 14, núm. 46, ya no tienen importancia los casos de los «violentos del fútbol» (pero para ello, recientemente, SCHEFFLER, nota 25).

(171) Esta indicación se la debo al Sr. Fiscal Superior Isak, Friburgo de Brisgovia, conversación telefónica del 10 de julio de 1996.

(172) HERZOG, «Wider den "kurzen Prozeß"», en *Z.R.P.*, 1991, pp. 125-129, 126.

Hamburgo añade nuevos datos [en rel. al § 265.a) del C.p.] al descubrir una participación de extranjeros de por lo menos el 50 por 100 y la frecuente imposición de condenas (también sin libertad condicional) (173).

Sin embargo, la empíricamente apreciable importancia de este procedimiento rápido (174) es relativamente pequeña. El estudio de Dessecker/Geisler-Frank pone en evidencia que este procedimiento se utiliza más bien poco (Gebauer, 1987; Neumann, 1963) (175). Los datos más recientes lo confirman.

En el año 1993 la *Fiscalía* formuló 17.776 peticiones de vista inmediata de la causa (§ 212 red. ant.), es decir, el 0,5 por 100 del total de 3.686.469 procedimientos incoados (176). Ante el A.G. se sustanciaron 927 procedimientos con condena en el procedimiento acelerado (0,13 por 100 del total de 699.434 procedimientos sustanciados). En el año 1994 la *Fiscalía* formuló en 15.490 procedimientos, es decir, en el 0,4 por 100 del total de 3.996.024 procedimientos, una petición de vista inmediata de la causa (§ 212 red. ant.) (177). Ante el A.G. se sustanciaron 932 procedimientos con condena en procedimientos acelerados (0,12 por 100 del total de 752.763 procedimientos) (178). Sin embargo, el procedimiento acelerado parece ganar importancia en algunos Estados Federales, en particular en el de Brandenburg (179).

c) Objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho

Las críticas contra el procedimiento acelerado se *acentuaron* con la Ley Contra la Delincuencia de 1994 y fueron causa de que se alejara aún más de sus raíces históricas (180).

(173) FEZER, nota 23, p. 14, en núm. 47.

(174) RIEB, nota 21, § 212, nota marg. 6; HERZOG, nota 172, p. 125.

(175) DESSECKER/GEISLER-FRANK, nota 126, pp. 274 y ss. Igual RIEB, nota 21, § 212, núm. 4; FEZER, nota 23, p. 13.

(176) STATISTISCHES BUNDESAMT, nota 126. En el 0,46 por 100 de los procedimientos (16.441) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento juvenil simplificado conforme al § 76 de la J.G.G.

(177) STATISTISCHES BUNDESAMT, nota 126. En 0,4 por 100 de los procedimientos (16.723) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento juvenil simplificado conforme al § 76 de la J.G.G.

(178) STATISTISCHES BUNDESAMT, nota 127. En 561 (1993) y 665 (1994) procedimientos se dictó una decisión conforme al § 76 de la J.G.G.

(179) Sobre BRANDENBURG, vease: *FAZ* del 13 de julio de 1996; *Der Tagesspiegel* (Berlín) del 13 de julio de 1996. Sobre Berlín: *Der Tagesspiegel* del 26 de agosto de 1996.

(180) Según la voluntad del legislador de 1877 estaba limitado a infracciones con arresto de hasta diez semanas o a una reducida pena pecuniaria (detall. FEZER, nota 23, p. 16; DÄHN, nota 16, pp. 352 y ss.).

Siempre es válida la crítica de que en estos «procedimientos rápidos» (181) apenas queda tiempo de investigar sobre la motivación fáctica y la personalidad del autor (182) necesarias para la comprensión de especiales aspectos preventivos. Mientras se puede prescindir de ello en los supuestos de hechos simples de «criminalidad masiva de bagatela», resulta problemático para hechos con motivación política, cometidos, por ejemplo, en el marco de manifestaciones. En este caso puede abusarse del procedimiento acelerado como arma política contra quienes piensan de diferente forma; por ello, debiera quedar limitado a los casos de *criminalidad «no política»* (183). Ciertamente tal limitación puede apoyarse no sólo en el mencionado peligro de abuso o en el descuido de aspectos preventivos especiales —éstos pueden encontrarse en los procedimientos abreviados (184)— sino más concretamente en la indeterminación en que se encuentran los supuestos en que es apropiado incoar este tipo de procedimiento. La sistemática y continua ampliación del campo de aplicación de este tipo de procedimiento (185) conduce al interrogante de si lo dispuesto en el § 417 sobre adecuación del procedimiento en base al simple contenido de los hechos o a la clara situación probatoria todavía se puede relacionar con los procedimientos abreviados legalmente posibles en base a los §§ 417 y siguientes, o si como dice Scheffler aquí no estamos ante una *petitio principii* (186). Con otras palabras, ¿es posible hablar aún de un *contenido fáctico simple* como esencial criterio de adecuación (187) cuando se juzgan hechos que hacen necesaria una más exacta investigación de la personalidad del autor, que necesitan de una defensa (§ 418.IV) o que tienen una sanción mínima —frecuentemente aplicada (188)— de un año (§ 419)? Parte de

(181) RIEB, nota 21, § 212, núm. 6.

(182) Compár. FEZER, nota 23, pp. 14 y ss.; ROXIN, nota 26, p. 443; RIEB, nota 21, § 212, núm. 7 y ss.; LOOS, nota 170, § 212, núm. 3; DAHN, nota 16, p. 354; SCHEFFLER, nota 25, p. 2192; HERZOG, nota 172, p. 129.

(183) Asimismo, LOOS/RADTKE, nota 159, p. 13; LOOS, nota 170, § 212, núm. 6; DAHN, nota 16, p. 355; ROXIN, nota 26, p. 443; RIEB, nota 21, § 212, núm. 8; llegan más lejos hablando de su supresión: SCHEFFLER, nota, p. 2195, y HERZOG, nota 172, p. 129.

(184) Acertadamente DAHN, nota 16, p. 354.

(185) Compár. nota 174.

(186) SCHEFFLER, nota 25, p. 2192: «El procedimiento acelerado es admisible cuando resulta posible juzgar rápidamente, y juzgar rápidamente resulta posible cuando se utiliza el procedimiento acelerado.»

(187) Compár. nota 159.

(188) Compár. *supra* bb).

la doctrina lo niega con argumentos convincentes (189). También el número 146, inciso 1, *RiStBV* (190) se hace cargo del problema, al decir que:

«El procedimiento acelerado no corresponde cuando existen motivos para investigar exactamente la persona del imputado o cuando a éste... se le limitaría su defensa por este procedimiento.»

Con ello no pretende afirmarse que no existan hechos simples (191) pues ello se apartaría de la práctica procesal estadísticamente comprobada. El ámbito de aplicación del procedimiento acelerado *sin reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho* —hechos de la «masiva criminalidad de bagatela» (192)— es tan pequeño, que se cuestiona si este tipo de procedimiento a la vista de otros «prepotentes» (Fezer) procedimientos abreviados [§§ 153.a) y 407 y ss.] aún tiene una existencia justificada. Por último, la crítica llega a su fin si se tiene en cuenta que el campo de aplicación del procedimiento acelerado se circunscribe a la mente del legislador histórico que contaba con el inconveniente de no poder remitirse a otros procedimientos abreviados tan prácticos e importantes.

Pero todavía no hemos enunciado realmente las *serias reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho*. Partiendo del apartado 1 del número 146 *RiStBV* se debe estrechar aún más el ámbito de aplicación del procedimiento acelerado. El artículo 6.III.b) de la C.E.D.H. obliga a los Estados miembros a proporcionar al acusado por lo menos (193) tiempo y oportunidad suficientes para la preparación de su defensa (194), lo cual dependerá naturalmente de la complejidad y de las circunstancias del caso concreto. Ni la federación de Estados ni el legislador de cada uno de ellos se van a comprometer a establecer en este punto un marco fijo de actuación (aunque ello pudiera ser desde el punto de vista del Estado de Derecho) (195). En todo caso el acusado debe tener la posibili-

(189) LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 9 y ss. (relativo a pena privativa de libertad); DAHN, nota 16, p. 356 (remitiéndose a BAUMANN, que negó esto en relación a la defensa); similar FEZER, nota 23, p. 39 en *F.N.* 162).

(190) Ver nota 145.

(191) Pero, así, HERZOG, nota 172, p. 129; en contra, DAHN, nota 16, p. 355.

(192) DAHN, nota 16, p. 355; ROXIN, nota 26, p. 442; LOOS/RADTKE, nota 159, p. 13; LOOS, nota 170, § 212, núm. 6; RIEB, nota 21, § 212, núm. 7.

(193) En el original inglés se dice *minimal rights*, en el francés *notamment*.

(194) Compár. también art. 8.II.c) de la C.A.D.H., A, art. 14.III.b) P.I.D.C.P., que añade el derecho a comunicarse con un defensor de su elección.

(195) Compár. la propuesta de *lege ferenda* en la parte final.

dad de preparar suficientemente su defensa, lo que implica que, por un lado conozca la imputación fáctica y pueda reflexionar sobre ella; y por el otro, en los supuestos en que la defensa sea necesaria, debe poder tener contacto con su defensor (196). Para ello, difícilmente serán suficientes unos pocos días (197). Sin embargo, el § 418.II fija un plazo de citación de veinticuatro horas; peor se encuentran aquellos acusados en situación de arresto que conocen de la acusación —formulada oralmente— al comienzo de la vista de la causa. Quien a la vista de tales plazos aún afirma la conformidad de los §§ 417 y siguiente con la C.E.D.H. sólo puede hacerlo limitando nuevamente el campo de aplicación de este procedimiento a los hechos realmente simples (198). En tales casos se tratará —nuevamente— de la ya mencionada «criminalidad masiva de bagatela» menos el factor X.

Las posibilidades defensivas se encuentran considerablemente limitadas no sólo desde el punto de vista temporal sino también desde la perspectiva de una *defensa adecuada y completa*. Se podría decir que el imputado «soporta» el procedimiento, ya que no tiene a su disposición recurso legal alguno contra la acusación del Fiscal ni contra la decisión judicial (como ocurre, por ejemplo, en el caso de la oposición en el procedimiento por mandato penal); tampoco puede influir en el plazo de citación (199). Tras la decisión judicial de dirimir la causa en procedimiento acelerado (compár. § 419.III) no se evita el riesgo de que se exponga al imputado a una vista sin suficiente sospecha de delito. Con *Loos/Radtke* se debe exigir *por lo menos* que el examen de suficiente sospecha de delito tenga lugar ya en la *presentación* de la petición por parte de la Fiscalía ante el Tribunal (200). Incluso es consecuente exigir el examen de suficiente sospecha de delito *al formularse* la petición por la Fiscalía, ya que esa petición —como la petición de mandato penal— es un sustituto de la acusación y siempre presupone dicha suficiente sospecha (§ 170.I).

Ahora el § 420.III otorga al acusado únicamente un *derecho formal de consentimiento* aunque al precio de graves limitaciones al principio de

(196) GOLLWITZER, en *L/R*, nota 141, núm. 174 y ss.

(197) Compár. NOWAK, nota 141, núm. 44.

(198) GOLLWITZER, en *L/R*, nota 141, núm. 186; igual en el resultado DAHN, nota 16, pp. 354 y ss.; LOOS/RADTKE, nota 159, p. 11; Crít., también, Loos, nota 170, § 212, núm. 3; RIES, nota 21, § 212, núm. 8; por un error —por cierto sin fundamentación— HERZOG, nota 172, p. 127.

(199) Crít., FEZER, nota 23, pp. 15, 38 y ss.; HERZOG, nota 172, p. 128; SCHEFFLER, nota 25, p. 2192; DAHN, nota 16, p. 357.

(200) LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 573 y ss.

inmediación (§§ 420.I, II) (201). La reconocida exigencia de consentimiento no puede compensar la limitación de garantías que provoca dicho precepto, ya que el acusado —generalmente extranjero o indefenso (202)— pocas veces tendrá conciencia de la trascendencia de su consentimiento abriéndose con ello la posibilidad de acuerdos *extralegales*, que sólo el acusado defendido profesionalmente puede aprovechar en su favor (203). El debilitamiento más dramático de la posición del defensor se encuentra, sin embargo, en el § 420.IV. Circunscribir el alcance de la recepción de la prueba únicamente al deber de esclarecimiento de oficio constituye no sólo un retroceso histórico en un momento de máxima importancia del derecho a peticionar pruebas (204) —que todavía se podría tolerar—, sino que deja sin efecto las exigencias materiales de fundamentación probatoria de los §§ 244.III-V, 245, y facilita además una *apreciación anticipada* de la prueba. Las peticiones de prueba se convierten *de hecho* en meras *sugerencias* de prueba, ya que aun cuando el Juez las debe rechazar por resolución (§§ 420.IV, 244.VI), sólo está sujeto al § 244.II y después si es caso puede rechazarlas al considerar innecesaria más aclaración porque ya se ha formado un convencimiento. En esto se basa justamente la posible anticipación del resultado de la prueba ofrecida (205).

Después de lo dicho, un *balance* desde el punto de vista del Estado de Derecho y de la supuesta función de este procedimiento de «agilizar» los trámites, sólo puede resultar negativo (206). Ya es dudoso el *efecto real de aceleración* del § 417 y ss. Partiendo de los casos más típicos es posible que transcurra hasta un mes entre el comienzo de las investigaciones y la celebración de la vista de la causa (207). Esto se debe, entre otros motivos, a que los A.G. tienen previstas por semanas todas las audiencias y no pueden en un plazo breve de tiempo incluir la vista de un

(201) Compár. *supra aa*).

(202) Compár. *supra bb*).

(203) Crít., también, LOOS/RADTKE, nota 159, pp. 11 y ss.; SCHEFFLER, nota 25, p. 2195; HAMM, nota 23, p. 458; DAHN, Das Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 —ein Produkt des Superwahljahres, *N.J.W.*, 1995, pp. 553-557, 557.

(204) Detallad., SCHEFFLER, nota 25, p. 2193.

(205) Compár. la doctrina crít. en general que apunta a la limitación (fáctica) del derecho a peticionar pruebas (SCHEFFLER, nota 25, p. 2194; DAHN, nota 196, pp. 556 y ss.; K/M-G, nota 34, antes del § 417, núm. 6; § 420, núm. 10) o a la anticipada apreciación de la prueba (LOOS/RADTKE, nota 159, p. 570; NEUMANN, nota 25, p. 276).

(206) En igual sentido, LOOS/RADTKE, nota 159, p. 11; SCHEFFLER, nota 25, p. 2195; HERZOG, nota 172, p. 129; acaso también FEZER, nota 23, pp. 14 y ss.

(207) Compár. *supra bb*) y SCHEFFLER, nota 25, p. 2195.

procedimiento acelerado (208). Por ello, la *duración promedio* del procedimiento ante el A.G. asciende a aproximadamente cuatro meses (209) aunque en causas realmente simples naturalmente podría ser menor. Además ocurre que las abreviaciones previstas por el legislador para este tipo de procedimientos constituyen una buena ocasión para la interposición de recursos en comparación con el procedimiento normal, si bien esta afirmación no se ha comprobado empíricamente (210). Desde el punto de vista del Estado de Derecho y teniendo en cuenta las objeciones que hemos mencionado, cabe señalar como positivo la *reducción temporal de la prisión preventiva*, si bien hay que preguntarse si la orden de prisión preventiva en causas sustanciadas por el procedimiento abreviado es adecuada o sustancialmente admisible. Finalmente, frente a nuestras reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho se encuentra tan sólo un *pequeño efecto de descongestión* estadísticamente comprobable (211). Ello es debido a que en la práctica el procedimiento acelerado ha ido retrocediendo frente al procedimiento por mandato penal y al § 153.a) (212) lo cual puede encontrar su explicación en la mejor adecuación de estos últimos a la realidad atendidas las consecuencias jurídicas (213).

2. PROYECTOS SUDAMERICANOS DE REFORMA

A) Procedimientos abreviados

a) Chile

En el Proyecto chileno (214) nos encontramos ante un procedimiento abreviado expresamente designado como tal (procedimiento abrevia-

(208) Compár. *supra*, nota 171.

(209) Compár. las cifras señaladas al inicio.

(210) Al problema de la dilación por recursos DAHN, nota 16, pp. 356 y ss.

(211) Compárese *supra* bb).

(212) Compárese LOOS/RADTKE, nota 159, p. 13, como DAHN, nota 16, pp. 357 y ss., a quienes les resulta difícil destacar el lugar que ocupa el procedimiento acelerado en el conjunto de los otros procedimientos abreviados.

(213) Compárese sólo el § 407 y 417, por un lado, así como el § 407.II (pena privativa de libertad de ejecución condicional hasta un año) y el § 419.I (pena privativa de libertad hasta un año) por el otro. En lo demás el procedimiento por mandato penal es en principio prioritario también desde el punto de vista del legislador (BT-Drs 12/6853, p. 35).

(214) Compárese nota 71.

do, arts. 466-475) y un procedimiento por infracciones o faltas, que también es más abreviado que el procedimiento normal.

Este *procedimiento por infracciones* (arts. 445-454) se encuentra en el Proyecto porque en Chile gran parte de ellas pertenecen a la esfera penal y pueden suponer condenas privativas de libertad de hasta sesenta días (arts. 494 y ss. en rel. con los arts. 21 y 56 del C.p.). En esos casos debe sustanciarse un procedimiento oral simplificado con base en una solicitud escrita del MinPubl. En caso de que el imputado confiese se dicta de inmediato la sentencia y si no es así tiene lugar una breve audiencia.

El *procedimiento abreviado* propiamente dicho está previsto básicamente para el enjuiciamiento de hechos con una pena de hasta cinco años (presidio, reclusión menor en su grado máximo o cualesquiera otras penas) con base a una *petición* (215) del MinPubl (art. 467, inc. 1). El Fiscal puede formular dicha petición por escrito, al término de las investigaciones (art. 468, frase 1, alternativa 1 en relación con art. 318) o bien *oralmente* en la audiencia de preparación del juicio oral [art. 468, frase 1, alt. 2, en relación con 330 y ss. (216)]. En este último caso también es posible una modificación de la acusación y de las consecuencias jurídicas para no excederse en la competencia prevista en el artículo 467, inciso 1 (art. 468, frase 2). La sustanciación del procedimiento abreviado presupone el *consentimiento del acusado* denominado indistintamente por la Ley como acuerdo o conformidad (art. 467, inc. 2, 471, inc. 1) (217). El Juez de control de la instrucción, competente para la decisión sobre la petición del Fiscal y sobre el fondo de la causa, debe asegurarse de que el acusado ha consentido libremente y de que conoce su derecho a una vista oral de la causa, así como las consecuencias de su decisión (arts. 470 y 471, inc. 1). En esa audiencia deberá *aclararle* en especial que con su consentimiento reconoce como ciertos los resultados de la investigación y los hechos imputados en la acusación (art. 467, inc. 2). Si se dan estos presupuestos y el posible querellante particular no tiene nada que objetar (218), el Juez entenderá que *ha lugar* a la petición del Fiscal (art. 471,

(215) El artículo 467, inciso 1, alude con falta de técnica a «proponer» (podrá proponer), donde solamente puede pensarse en «petición» (cfr. art. 468: solicitud).

(216) Según el artículo 310 el Fiscal tiene esta posibilidad ya en la audiencia de formalización de la instrucción.

(217) Aunque el artículo 467, inciso 2, menciona todavía la conformidad del acusado y del defensor, los siguientes preceptos ya no mencionan al defensor.

(218) Conforme al artículo 469 el querellante sólo puede hacer valer objeciones si su pretensión difiere de la acusación del MinPubl.

inc. 1); de lo contrario, la *rechazará* —por resolución inapelable (art. 471, inc. 3)— y abrirá el procedimiento principal (art. 471, inc. 2) (219).

En la *audiencia* el Fiscal expone, en primer lugar, la acusación y el resultado de las investigaciones y posteriormente se da la palabra a los demás sujetos procesales para terminar por último con las declaraciones del acusado (art. 472). En caso de condena la pena no debe exceder de la solicitada por el Fiscal o por la acusación particular (art. 473, inc. 1). Además, la condena no debe apoyarse exclusivamente en los resultados de la investigación policial (art. 473, inc. 2). Las alternativas a la pena privativa de libertad previstas en la Ley también 18.216 (220) son de aplicación (art. 473, inc. 3). Las pretensiones civiles permanecen inalterables (art. 473, inc. 4). La sentencia se compone —además de las formalidades usuales (entre otras, nombre de las partes del procedimiento, firma del Juez)— de las comprobaciones fácticas, de la apreciación conjunta de las pruebas, de la evaluación jurídica y de la parte dispositiva de la sentencia (art. 474). Contra la sentencia caben los recursos de apelación y casación que deben ser interpuestos conjuntamente (art. 475).

b) Bolivia

El procedimiento abreviado del Proyecto boliviano (221) responde a la propuesta chilena aunque se regula de forma incompleta (arts. 494-496).

Como ya se mencionó (222), el *Fiscal* en base a los resultados de la investigación policial (art. 387, núm. 4, 397) puede, una vez concluida la investigación formal (art. 429, núm. 2), *solicitar* el enjuiciamiento por el procedimiento abreviado. La petición es admisible si no es de esperar una pena privativa de libertad superior a cinco años (art. 494, inc. 1) y consienten el inculpado y su defensor (art. 494, inc. 2). El *consentimiento* comprende el reconocimiento del hecho consignado en la acusación y la participación del imputado en él (*ibid.*). Sin embargo, no existe un precepto expreso sobre las posibilidades decisorias del Juez. De las disposiciones citadas para el procedimiento normal y de las generales se deduce, no obstante, que la petición se dirige al *Juez de instrucción* (art. 429,

(219) Ello naturalmente tiene también, por consecuencia, que debe producirse prueba conforme a las reglas generales, sin otorgar a las declaraciones ningún efecto de reconocimiento u otra importancia probatoria. (compár. art. 471, inc. 2, frase 2).

(220) La Ley 18.216 (*Diario Oficial* del 14 de mayo de 1983) prevé la suspensión condicional de la pena, la detención nocturna y la libertad bajo control.

(221) Compárese nota 79.

(222) Compárese *supra* 1.3. b.

núm. 2), quien en el marco de la «audiencia conclusiva», entre otras, decide sobre esta petición (art. 433, núm. 6), y que es competente también para la decisión de la causa (art. 60, núm. 2). En cambio, del artículo 495, inc. 3, se infiere que el Juez de instrucción rechaza la petición —con base a una *audiencia* de las partes (art. 495, inc. 1)— cuando considera probable una pena mayor a la solicitada o estima necesario un mayor esclarecimiento de los hechos, e instruye al respecto al Fiscal (intimará, art. 495 inc. 3) (223). En este caso, ni la inicial petición del Fiscal ni el consentimiento del imputado a la vista del hecho de que se le acusa, tienen efecto vinculante (*ibid.*). En caso contrario, así debe deducirse del artículo 495, inciso 2, el Juez de instrucción *da lugar* a la petición y dicta una sentencia con base en la audiencia que debe basarse en la acusación y no exceder de la pena solicitada. Contra la sentencia cabe —como en el procedimiento normal— *recurso* de casación (arts. 496 en relación con 579 y ss.).

c) Venezuela

El Proyecto venezolano no prevé expresamente un procedimiento abreviado aunque sí pueden encontrarse «abreviaciones» frente al procedimiento normal en el «Procedimiento de las Faltas y Ciertos Delitos» (arts. 470-487) de modo similar a lo previsto en el Proyecto chileno.

Este procedimiento es una consecuencia de —al igual que en Chile— la incriminación de determinados hechos (Libro Tercero del C.p.) que en su mayor parte en el Derecho alemán se han convertido en contravenciones administrativas. La abreviación frente al procedimiento normal consiste en que —tras una rápida investigación por parte del Min-Publ (arts. 471-474)— el Juez, en el plazo de tres días, decida sobre la posibilidad de juzgar sin procedimiento intermedio (y sin audiencia preliminar); y, dado el caso señala audiencia para la vista de la causa (art. 475). En esa audiencia tiene lugar la recepción de la prueba y se dicta la sentencia (arts. 476-479). Como recurso solamente es admisible la apelación (art. 483).

Por su parte, el *procedimiento en los casos de «Flagrancia»* (arts. 434-443), supone más bien un procedimiento especial para sorprendidos *in fraganti* (art. 434 y 435) (224) que pertenece a los supues-

(223) Esta atribución instructoria del Juez de instrucción existe en el proceso penal francés sólo frente a la Policía Judicial (cfr. BARTH, nota 81, p. 103).

(224) Delito *in fraganti* también es aquel «por el cual el culpable se vea perseguido por la autoridad pública, por la persona agraviada o por el clamor público» (art. 435). De manera inquisitoria el interrogante de la culpa apunta al «culpable» y al «clamor público» con desprecio de la presunción de inocencia.

tos de detención provisional y de prisión preventiva, y no conlleva una abreviación frente al procedimiento normal. Tras la comparecencia ante el Juez y la decisión sobre la continuación de la prisión preventiva (arts. 436-439), éste ordena investigaciones policiales por un período de a lo sumo ocho días con una audiencia preliminar en los tres días siguientes (art. 440) (225). Con base en dicha audiencia el Juez decide en el plazo de noventa y seis horas (art. 441) si continúa o no la tramitación de la causa por el cauce del procedimiento normal (art. 443).

B) *Objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho*

En los Proyectos boliviano y chileno las posibles pérdidas de garantías están compensadas por las exigencias de *consentimiento* y *obligatoria audiencia oral*. En este punto es más acertado el Proyecto chileno ya que describe detalladamente los derechos del inculcado y en especial previene del peligro de una exclusiva fundamentación policial basada en la tramitación por escrito de la causa y en la manipulación probatoria posible en este tipo de procedimientos.

El *consentimiento* del inculcado siempre dependerá de una suficiente comprensión del contenido de la causa y del estado del procedimiento, así como de las consecuencias jurídicas que se deriven. Una amplia *instrucción judicial* como prevé el Proyecto chileno hace posible un consentimiento «más consciente» aunque no puedan excluirse aquellos supuestos en los que el inculcado consiente movido por una situación de presión psicológica inapreciable o incluso presta su consentimiento sin ignorar las consecuencias jurídicas de su actuar. Esto puede ocurrir fácilmente cuando el acusado no está —o no está debidamente— defendido (226). Por este motivo se habla del *consentimiento (adicional) del defensor* como un remedio seguro contra el abuso, a decir del Proyecto boliviano. De este modo se introduce una especie de defensa obligatoria

(225) El artículo 440 sitúa el arresto en las investigaciones policiales. El detenido está —como en el vigente C.E.P.— arrestado hasta la decisión sobre el «procesamiento», es decir, hasta un plazo de quince días. Esto, además de ser jurídicamente inadmisibles, es consecuencia de la falta de regulación de las condiciones de detención. El procedimiento previsto en el artículo 440 y ss. es muy complicado y largo para un sospechoso que se encuentra detenido.

(226) Aquí radica el problema central de este elemento consensual desde el punto de vista de la posición del inculcado, compárese, entre otros: WEIGEND, nota 26, pp. 779 y ss.

en el procedimiento abreviado que presupone un eficiente sistema de defensa subvencionado y organizado estatalmente y que por cierto es deficiente no sólo en Bolivia, Chile o Venezuela, sino también en otros Estados latinoamericanos (227). Que el procedimiento abreviado —como en lo demás también el procedimiento normal— se adecue a las reglas del *fair trial* va a depender decisivamente de la puesta a disposición de una buena defensa.

Naturalmente, la exigencia de consentimiento favorece acuerdos procesales. Con ese alcance rige lo dicho anteriormente (228) con la diferencia de que los Proyectos chileno y boliviano adoptan estructuralmente el modelo del procedimiento angloamericano [*plea bargaining* (229)] y quieren subordinar conscientemente de este modo el principio de la verdad material en favor de elementos consensuales. Estos acuerdos no es ya que permitan concluir el procedimiento sino que constituyen el objetivo perseguido. La importancia de ambos Proyectos debe ser relativizada ante el trasfondo de un Derecho penal material que amenaza con drásticas penas privativas de libertad y que por eso mismo exige una importante reforma. En estos países se castigan hechos con penas de hasta cinco años que en Alemania pertenecen a una criminalidad de segundo orden (230).

(227) Compárese, por ejemplo, GARITA VILCHEZ, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno* (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá), San José, 1991.

(228) Compárese II.I.b.cc).

(229) Cf. desde el punto de vista del Derecho comparado: WEIGEND, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, Freiburg/Br. 1990, pp. 31 y ss.; crít. ID., «Strafzumessung durch die Parteien - das Verfahren des plea bargaining im amerikanischen Recht», *ZStW*, 94 (1982), pp. 200-226.

(230) Según el C.p. boliviano, por ejemplo, se pena la simple lesión corporal con una pena de seis meses a dos años de reclusión (art. 271, inc. 2), la injuria verbal de un mes a un año de trabajos forzados (art. 287), el hurto común con un mes hasta tres años de reclusión (art. 326, párr. 1). El C.p. chileno (arts. 21 y ss.) contiene un complicado sistema de diversos tipos de pena (por ejemplo, presidio, prisión, confinamiento) y para cada tipo de pena el correspondiente grado mínimo a máximo. Una simple lesión corporal (art. 397, núm. 2) según ello, por ejemplo, es penada con «presidio menor en su grado medio», es decir, con diez a quince años de pena privativa de libertad; una simple injuria escrita (art. 419) con cinco a diez años (la oral como falta además de inmediato); un hurto simple según el monto del daño (art. 446, núm. 1) con diez a veinte años. Las faltas en todo caso pueden tener como consecuencia de veinte hasta sesenta días de pena privativa de libertad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE LEGE FERENDA

Los procedimientos abreviados provocan numerosos problemas en un Estado de Derecho. Por este motivo se plantea el interrogante de si se pueden de algún modo compensar las *pérdidas de garantías* que dichos procedimientos conllevan. Su existencia queda justificada sólo parcialmente por su manifiesta necesidad para la superación de la criminalidad común (231). Como ya se expuso anteriormente, esta tesis de la función de «agilizar» el trabajo de los Juzgados y Tribunales no es siempre verificable. En lo que se refiere al procedimiento abreviado de la O.P.P. hay que cuestionarla (232). Por lo demás, nos adherimos a Eser cuando afirma que «la economía procesal tiene sus límites allí donde comienzan los intereses legítimos de los afectados» (233).

En relación al *procedimiento por mandato penal* teniendo en cuenta lo que acabamos de decir, nos encontraríamos con los siguientes presupuestos de *lege ferenda* propios de un Estado de Derecho:

Limitación a las penas no privativas de libertad, es decir, derogación del § 407.II.2 O.P.P. (234), (235).

- Posibilidad de una *previa audiencia judicial* a petición del imputado como solución más flexible frente al hoy practicado «todo» (objeción, vista de la causa, sentencia) o «nada» (sustanciación exclusivamente escrita por medio de mandato penal firme).
- Inclusión por parte del legislador del *convencimiento de la culpa* como presupuesto para el libramiento de un mandato penal, como complemento del § 408.III-I (236).
- Sería necesario concretar más lo previsto en el § 408.a).I en relación con la incomparecencia o ausencia del acusado o enunciación de diversos motivos en el sentido del número 175 RiStBV.

(231) Así, por ejemplo, para el procedimiento por mandato penal: ROXIN, nota 26, p. 469 (en contra GÖSSEL, nota 107, antes del § 407, núm. 12); también FISCHER, nota 117, antes del § 407, núm. 3.

(232) Compárese *supra* II.1.b)cc).

(233) ESER, nota 139, p. 669.

(234) Todos los §§ siguientes sin indicación en esta sección lo son de la O.P.P.

(235) Igual FEZER, nota 23, p. 58.

(236) Podría imaginarse la siguiente redacción para el § 408.III.1: «El Juez debe dar lugar a la petición de la Fiscalía, cuando está convencido de la culpa del imputado y cuando para el dictado del mandato penal en general no se opongan reservas.»

- Ampliación del *plazo de oposición* a cuatro semanas (§ 410).
- Introducción de una limitada *reformatio in peius* en el § 411.IV en relación con los hechos comprobados en la causa (237) en previsión de un desistimiento de la interposición de la oposición por temor a peores consecuencias legales.

Con respecto al *procedimiento acelerado* se cuestiona su permanencia en vista de su menor importancia a la que se enfrentan importantes objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho (238). En base a esta afirmación son necesarias por lo menos las siguientes modificaciones:

- Para la *consideración de aspectos de prevención especial* es necesario el siguiente complemento (segunda frase): «La causa *generalmente* no se adecua a una sustanciación inmediata si la exacta investigación de aspectos preventivos especiales resulta necesaria, y no sólo posible.»
- Complementar los *presupuestos de adecuación* del procedimiento (§ 417) con la *designación de defensor* (§ 418.IV) mediante un (nuevo) añadido al § 417, frase 2: «lo mismo rige, si debe designarse un defensor conforme al § 418.IV». Además, no debiera prescindirse de la designación de defensor en casos de condena privativa de libertad inferior a seis meses —a pesar de la oposición al § 140—, ya que la defensa en el procedimiento acelerado es más importante que en el procedimiento normal.
- Ajustar los *presupuestos de adecuación* del procedimiento (§ 417) a las *consecuencias legales* (§ 419.I) mediante la sustitución del § 419.I, frase 2 por la siguiente: «Una pena privativa de libertad solamente puede imponerse cuando resulta posible un esclarecimiento de los hechos suficiente para la adecuación de la pena.»
- Aclarado ya que la petición de la Fiscalía tiene como presupuesto *suficiente sospecha* de delito (§ 170.I) debe ser ésta verificada por el Juez a la presentación de la petición (§ 203) a más tardar. A continuación, correspondería la siguiente frase del § 419.III.1 «si... aparece como suficientemente sospechoso» en § 419.I.1, que conforme a ello debería decir: «El Juez penal... (debe) corresponder (a la petición de la Fiscalía) si el imputado aparece como suficientemente sospechoso de un delito (§ 203) y la causa... se adapta» (§ 417).
- Introducción de una *exigencia general de consentimiento* del imputado y aseguramiento de una suficiente preparación de la de-

(237) Compárese nota 144.

(238) En favor de su supresión: SCHEFFLER, nota 25, p. 2195; HERZOG, nota 172, p. 129.

fensa, mediante la complementación y modificación del § 418.II como sigue: «(tras la frase 1) en este caso debe darse al imputado un *plazo* de por lo menos cuatro y como máximo (239) seis días para la suficiente preparación de su defensa (240). El plazo comienza con el conocimiento de la imputación del hecho. En otro caso debe notificársele al imputado y con la notificación la imputación del hecho. El *plazo de notificación* es de por lo menos cuatro y como máximo seis días. El imputado debe *consentir* expresamente esta modalidad del procedimiento, en especial los plazos. Si rechaza esta modalidad del procedimiento, la causa debe devolverse al Fiscal, para que éste pueda formular acusación o dictar una resolución que concluya el procedimiento de investigación.»

- Aseguramiento del *derecho de consentir* del § 420.III, añadiendo la siguiente frase 2: «El Tribunal debe indicarle expresamente al imputado esa posibilidad e instruirle ampliamente sobre las consecuencias de su consentimiento.»
- El § 420.IV de la O.P.P. debe ser *suprimido* sin sustitución alguna.

Naturalmente, el procedimiento acelerado pierde su carácter con el requisito del acuerdo, y se convierte estructuralmente en un procedimiento consensual. Sin embargo, las objeciones manifestadas en particular contra el acuerdo parecen ser más tolerables desde el punto de vista del Estado de Derecho que el sometimiento *ex ante* del imputado a un procedimiento abreviado.

Más allá de lo ya dicho debe plantearse la cuestión de si el procedimiento acelerado no debiera limitarse en general a los casos de delito *in fraganti*. A favor de ello resulta destacable la única ventaja desde el punto de vista del Estado de Derecho de este procedimiento que constituye la abreviación de la prisión preventiva (241). Además, parece que estos casos tienen siempre un contenido fáctico más simple.

Contra los Proyectos de *Chile* y *Bolivia* apenas son de señalar objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho. Más bien provocan un interrogante inverso al cuestionarse la posibilidad de alcanzar un *verdadero efecto de aceleración o desgravación* si se tienen en cuenta las audiencias generalmente extensas de las partes con el fin de conseguir un consenso y el mantenimiento de una audiencia oral o del imputado. Con el material de que disponemos en la República Federal habría

(239) Con plazos máximos se contemplan aspectos de la aceleración.

(240) Compárese FEZER, nota 23, p. 39.

(241) Similar LOOS/RADTKE, nota 159, p. 13.

que concluir más bien diciendo que tal efecto puede conseguirse solamente por incardinación del principio de oportunidad en la fase de investigación en base a una amplia aplicación del mismo incluyendo nuevas formas de solución de conflicto (242) o bien mediante un procedimiento principalmente escrito como el procedimiento por mandato penal. Por cierto, existen buenas razones para que no se contemple un procedimiento escrito abreviado en los Proyectos sudamericanos. La tradición inquisitoria —en gran parte vigente— en las leyes de procedimientos del Continente, hacen necesaria una *ruptura radical con la es-crituralidad*, para prevenir el peligro de su reconstrucción y extensión al procedimiento normal.

(242) Compárese, en especial, para la indemnización nota 38.