

DERECHO PENAL

El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán

Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico-penal: algunas consideraciones críticas

Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo

Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo

La situación de la justicia penal en España

La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla

EL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LA PRAXIS DEL PROCESO PENAL ALEMÁN*

*Prof. Dr. Karl Heinz Gössel***

Estas Jornadas a las que he sido amablemente invitado están dedicadas a honrar la memoria de varios magistrados que perdieron su vida en el asalto al Palacio de Justicia hace veinte años. Agradezco a los organizadores que me hayan distinguido como representante de la Ciencia y de la Magistratura alemanas para intervenir en este homenaje. Conocí a dos de los magistrados que perdieron la vida en aquella catástrofe: ALFONSO REYES y EMIRO SANDOVAL. A éste último lo recibí, junto a su familia, en mi casa de Múnich a principios de los años 80. Entonces preparaba un libro sobre la pena de muerte y recuerdo que discutí con él sobre ese tema. Él defendía su aplicación en algunos supuestos extremos. Fue particularmente trágico que poco después fuera asesinado. Y ahora es especialmente emotivo que yo intevenga en unas jornadas en homenaje suyo y del resto de juristas.

* Traducción española del original alemán “Der Amtsermittlungsgrundsatz in der Praxis des deutschen Strafverfahrens”, inédito, a cargo de MIGUEL POLAINO-ORTS y JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, *Mag. iur. comp.*, Universidad de Bonn. Abreviaturas empleadas: BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo); BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional); DRiZ: *Deutsche Richterzeitung*; GA: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*; LG: Landgericht (Audiencia provincial). *NW*: *Neue Juristische Wochenschrift*; *NSiZ*: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán); StPO: Strafprozessordnung (Código de Procedimiento Penal); *StraFo*: *Strafverteidiger Forum*; *StV*: *Strafverteidiger*; *Wistra*: *Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Strafrecht*.

** Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Erlangen-Nürnberg, magistrado del Tribunal Superior de Baviera.

I. LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN DE OFICIO

1. Permítanme que recuerde un acontecimiento de nuestro esfuerzo de ayer: la sujeción constitucional de todos los poderes del Estado a la ley y al Derecho obliga también a las autoridades de la persecución penal, y especialmente a los tribunales de justicia criminal, a investigar la verdad de oficio, porque de otro modo no es posible una sentencia justa. Este deber ha encontrado, en el Código Procesal Penal alemán (StPO), una concreta formulación positiva. El § 244, párrafo 2.º prescribe lo siguiente: “el Tribunal, para la investigación de la verdad, dispone de oficio la práctica de las pruebas referidas a todos los hechos y medios de prueba que resulten relevantes para el fallo judicial”.

2. La permanente atención de ese principio, llamado de *investigación de oficio*, y conocido también como *principio inquisitivo*, ha entrado entretanto en crisis. De esa evolución son responsables, desde mi perspectiva, varias causas:

a. En primer lugar debe mencionarse la estrechez financiera del Estado, que ha obligado a reducir las plazas previstas para jueces y fiscales, así como a no dotar de vuelta las plazas de jueces o fiscales jubilados o fallecidos, de manera que la carga de trabajo se incrementa considerablemente para los funcionarios en activo. Ante esta situación no puede sorprender que tanto los tribunales de justicia como la fiscalía intenten reducir dicha carga de trabajo mediante formas más simplificadas de procesos penales.

b. En segundo término, no puede pasarse por alto el hecho de que la jurisprudencia de los tribunales de casación cargue al juez penal, mediante exigencias excesivas, con una considerable cantidad de trabajo adicional en relación con los fundamentos jurídicos escritos de la sentencia, lo que conduce al juez a gastar en la redacción de dichos fundamentos jurídicos casi más esfuerzo que para el mismo descubrimiento de la verdad procesal.

Por si fuera poco, los tribunales de casación han añadido cierta inseguridad a la aplicación –sobre todo– del Derecho procesal mediante los tribunales de instancia. A modo de ejemplo debe mencionarse, ante todo, la jurisprudencia sobre las llamadas prohibiciones de la valoración de la prueba, que –debido a sentencias poco claras o, incluso, contradictorias– carece de una sistemática convincente, lo cual deja a menudo al juez penal en la incertidumbre de si debe practicar y aprovechar la prueba realizada o si, por el contrario, debe practicar la prueba no realizada. A esto se añade que los motivos esgrimidos para el rechazo de peticiones de prueba son, con no escasa frecuencia, interpretados de manera tan restrictiva que prácticamente resultan casi inoperantes, como por ejemplo el motivo empleado para rechazar la petición de prueba por dilación del proceso. Todo ello conlleva, igualmente, que el juez penal busque las posibilidades y caminos para evitar las dificultades de prueba mediante formas simplificadas de procesos penales.

c. Finalmente, como tercer motivo de la crisis del principio de investigación de oficio o principio inquisitivo, debe mencionarse la utilización abusiva de los derechos procesales por parte de la defensa, como –p. ej.– de los derechos de fundamentación de la solicitud, de interrogación y de declaración, pero también las solicitudes de prueba y de recusación formuladas exclusivamente con vistas a la dilación del proceso. Así, se han conocido procesos (en el ámbito fiscal) en los cuales fueron llamados a declarar a 400 testigos, de los cuales, y después de una vista de 16 meses de duración, únicamente pudieron aceptarse 37, al margen de que la defensa, cada día de la vista oral, solicitaba nuevas peticiones de prueba para el interrogatorio de testigos difícilmente accesibles, hasta que finalmente, después de un año y medio de vista, uno de los jurados escabinados enfermaba gravemente, debiéndose suspender el juicio y empezar el proceso de nuevo desde el principio.

II. LOS CONVENIOS COMO RECURSO PARA SALIR DE LA CRISIS

Precisamente como solución de los problemas¹ recién señalados se ha desarrollado en la práctica, desde hace ya algún tiempo, un nuevo y adicional tipo de proceso especial *extra legem*²: el acuerdo o convenio, los cuales conducen a una rápida terminación del proceso mediante un entendimiento al que, por regla general, se llega entre el tribunal, la fiscalía, los defensores y los acusados. Su contenido se compone de un veredicto de culpabilidad y de la imposición de consecuencias jurídicas por parte del tribunal sin mayores peticiones de prueba, así como de un inmediato dictado de sentencia, que conlleva además la renuncia a otros medios de tutela jurídica, de manera que el acuerdo adquiere inmediata firmeza jurídica de cosa juzgada.

1. Esta modalidad de proceso fue examinada, en el año 1987, por el Tribunal Constitucional Federal alemán. El Alto Tribunal consideró conforme jurídicamente a la Constitución alemana un “acuerdo entre el tribunal, la fiscalía y la defensa sobre el fallo e imposición de consecuencias jurídicas”, con vistas a una “confesión” por parte del acusado, así como “prescindir de la persecución penal en relación con la sospecha de otros hechos”. A juicio de dicho Tribunal, el principio de Estado de Derecho engloba, entre los componentes esenciales de la idea de justicia y del deber de garantía de un eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia penal, también el deber de asegurar la resolución de los procesos entablados, así como el deber de que los “delincuentes sean perseguidos, enjuiciados y condenados a una condena justa”. Estos principios esenciales no prohibirían, sin embargo, según el Tribunal Constitucional alemán, “que –al margen del juicio principal– el tribunal y las partes intervinientes en el proceso llegaran a un acuerdo sobre el estado y las perspectivas del caso”, sino que antes bien

1 Más detalles al respecto en GÖSSEL. *Gutachten C zum 60. Deutschen Juristentag 1994*, pp. 15 y ss.

2 Cfr. sobre ello SCHMIDT-HIEBER. “Absprachen im Strafprozeß - Privileg der Wohlstandskriminellen?”, *NJW*, 1990, p. 1884.

harían que se pusiera “a voluntad o a la libre disposición de los intervinientes en el proceso y del tribunal el ejercicio de la obligación judicial de esclarecimiento, la subsunción jurídica y los principios de la medición de la pena en un proceso principal, que –finalmente– debe concluirse con un fallo sobre la culpabilidad del acusado”³.

2. Si embargo, la práctica de dichos convenios condujo, poco después, a resultados insostenibles. Las modalidades consensuadas de procesos penales se desarrollaron como un tipo de proceso no regulado junto al Código Procesal Penal, de manera que “la elección entre la tramitación del proceso mediante convenios o mediante el ritual tradicional se toma exclusivamente por razones de utilidad”, que se determinan antes que nada por el propio interés del juez en una terminación del proceso que le suponga ahorro de trabajo⁴, y especialmente por el interés del juez en que, debido a la renuncia de otros medios jurídicos, su fallo no sea sometido a la mirada revisora del juez de casación. De ese modo, “la arbitrariedades cotidianas (determinan) la elección del correspondiente ordenamiento procesal”⁵, hasta tal punto que un antaño apasionado defensor del acuerdo en el proceso penal ha pasado de “uno a otro extremo”^{*}, afirmando ahora que, en la práctica del convenio, “arbitrariedad, oportunismo, desigualdad en la realización del acuerdo son humillantes hasta la desesperación, especialmente para alguien que anteriormente hizo propaganda del acuerdo y, con ello, puso por las nubes las altas y sublimes metas de este tipo de realización del proceso”⁶.

a. Al respecto pueden mencionarse algunos ejemplos. Así, la Audiencia Provincial de Bonn sobreseyó, en aplicación del § 153a CPP, un proceso enormemente escandaloso contra el antiguo canciller HELMUT KOHL luego de imponerle, con la aprobación del acusado, en concepto de compensación sancionatoria, el pago de una considerable suma de dinero tras la imputación de donaciones ilegales a su partido (CDU), y lo sobreseyó porque no estaba claro si la acusación formulada de comisión de un delito menor del § 266 C. P. era fundada o no. La decisión del tribunal es criticable por varios motivos: así, el Tribunal pasó por alto (y, además, lo hizo de manera que no admitía posterior revisión) que un sobreseimiento consensuado según el mencionado párrafo exige siempre el convencimiento del tribunal sobre la existencia de indicios fácticos suficientes contra el acusado⁷. El Tribunal tendría que haberse convencido a sí mismo sobre la existencia de dichos indicios, de manera que si no era posible dicho convencimiento, entonces procedía una absolución como única resolución jus-

3 BVerfG, *NStZ*, 1987, p. 419.

4 SCHMIDT-HIEBER, *NJW*, 1990, pp. 1884 y ss.

5 TERHORST, *GA*, 2002, pp. 600, 608.

* La expresión utilizada por el autor en el texto es: “sich vom Saulus zum Paulus wandeln lassen”, que literalmente significa “pasar de Saulo a Paulo” y tiene el sentido aludido en el texto (nota de trads.).

6 SCHMIDT-HIEBER. “Absprachen im Strafprozess - Rechtsbeugung und Klassenjustiz?”, *DRiZ*, 1990, pp. 321, 325.

7 LG Bonn, *NJW*, 2001, pp. 1736, 1737. Cfr. al respecto HAMM, *NJW*, 2001, pp. 1694 y s. y WEHNERT, *StV*, 2002, p. 219.

ta según la exigencias del Código Penal Procesal. En otro caso, tendría que haber declarado culpable al inculpaado y, en consecuencia, tendría que haberlo condenado a una pena justa. Con razón constató al respecto PAULUS que si “el Derecho penal material es difícilmente ‘extrapolable al proceso’, ello se encuentra en la (aplicación) práctica del Derecho penal con demasiada frecuencia en los sobreseimientos previstos en el Código Procesal Penal alemán y en las prácticas de convenios que terminan el proceso, lo cual se halla lejos de una adecuada Administración de Justicia penal, lesionando la conciencia jurídica colectiva”⁸.

Algo parecido sucede en los casos en que entrenadores irresponsables perjudican corporalmente de manera considerable a los deportistas a ellos encomendados mediante la administración de sustancias de dopaje: también aquí se sobreseerían los procesos penales de manera consensuada según el § 153a CPP mediante la imposición de compensaciones sancionatorias moderadas consistentes en el pago de sumas de dinero, de modo que los deportistas, víctimas arruinadas corporalmente de por vida, no pueden generar comprensión alguna al respecto⁹, arriesgándose el tribunal a hacer perder a los afectados la confianza en la vigencia del Derecho y, con ello, al mismo tiempo, la fidelidad al Derecho de la ciudadanía en su conjunto. Una sanción justa, que se corresponda con los hechos cometidos y que tenga en cuenta los intereses de la víctima, no puede hallarse en un sobreseimiento como el aludido.

Por si fuera poco, la mencionada praxis conduce también a determinadas situaciones insostenibles de fuerza, que se aproxima a la coacción: el tribunal, con el castigo de conductas que obstruyen el proceso mediante múltiples solicitudes de pruebas, se ve casi obligado a un “negocio” que incluye penas desproporcionadamente reducidas, y al contrario: la defensa se ve obligada a un “negocio” que contempla la amenaza de penas muy elevadas (para los intereses de sus defendidos)¹⁰. En un proceso por delito de lesiones corporales con resultado de muerte, el magistrado ponente de un tribunal de jurados ofreció al defensor condenar al acusado, en el supuesto de que éste confesase culpabilidad, a libertad condicional suspensiva de una pena de prisión de dos años de duración, lo que no fue aceptado por el acusado porque se consideraba inocente, siendo condenado a continuación a una pena privativa de libertad de 7 años de duración, porque el acusado, por ausencia de confesión, no mostró arrepentimiento

8 PAULUS. “Materielles Strafrecht im ‘prozessualen Raum’”, en DREIER, FÖRTEL y LAUBENTHAL (comps.). *Raum und Recht, FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, 2002, pp. 683, 686.

9 Cfr. al respecto el reportaje “Der Professor klagt an” publicado en el diario *Süddeutsche Zeitung* del 1.º de abril de 2003, p. 39.

10 AMELUNG, *StraFo* 2001, p. 185; cfr. además el informe procesal “Der verweigerte Deal - oder: die Rache des Schwurgerichts?”, *StV*, 2002, p. 397; en contra, BERTRAM SCHMITT, *GA*, 2001, pp. 411, 414, 421 y s. Sin embargo, la presión ejercida por el Tribunal parece menor en comparación a la otra practicada por la defensa, porque en los casos de esa naturaleza el “negocio” fracasa y entonces la pena mayor negociada es impuesta por el Tribunal de Casación, es decir, en este caso ocurre lo contrario que en el acuerdo “normal”, y que en aquél es posible una revisión judicial.

alguno. Por fortuna, el fallo fue anulado por el Tribunal Supremo Federal. En el nuevo juicio, celebrado ante otra audiencia provincial, se negó la previsibilidad del resultado de muerte de la lesión realizada por el acusado, siendo éste condenado por un delito simple de lesiones a una pena de prisión de 6 meses de duración, cuya ejecución fue suspendida por libertad condicional¹¹.

b. Como los ejemplos acabados de exponer ponen de manifiesto, el “proceso corto” hecho posible por el mencionado “negocio” o acuerdo menoscaba –según ha señalado DENCKER– “la legitimidad de aquellos resultados procesales en los que la escrupulosa actividad inquisitiva tradicional no se realiza sobre la base de la aprobación o la aceptación del inculpado”¹². Cuanto menos se agrava, si no se posibilita directamente ese menoscabo, mediante la práctica ausencia de todo tipo de control. Así, ha llegado a afirmarse que, “impulsados por el empeño de lograr procesos cortos y supuestamente económicos en lo procesal, los juristas de profesión arrojan todos los escrúpulos por la borda mediante una curiosa y pintoresca alianza entre fiscales, jueces y defensores”¹³. Y, debido a la falta de controles jurídicos, todo ello resulta posible en la práctica.

Un segundo inconveniente debe lamentarse. La práctica del convenio conduce fácticamente a un proceso “de segunda categoría”, porque en no pocos casos se facilita una preferencia de aquellos inculpados que pueden costearse los mejores y más costosos abogados defensores. Precisamente estos defensores pueden conseguir para sus clientes los resultados más beneficiosos, incluso la impunidad. Téngase en cuenta que los convenios se han hecho frecuentes sobre todo en el ámbito de la criminalidad económica¹⁴, de modo que se produce la impresión de que se permite a los “grandes” delinquentes, si no “escapar”, sí al menos salir en gran parte indemnes, mientras que a los “pequeños” ladrones y estafadores que no pueden permitirse los servicios de los mejores defensores o se acogen a los casos en que no es preceptiva la presencia de abogado (§ 140 StPO), se les persigue sin compasión con una dureza despiadada, de manera que las consecuencias negativas que ello tiene para la conciencia jurídica de los ciudadanos no pueden minusvalorarse¹⁵.

2. Esta praxis, incompatible con los principios esenciales inspiradores del proceso penal alemán, ha sido finalmente objeto de análisis por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal.

11 A este proceso se refiere ERB. “Absprachen im Strafverfahren”, *Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, 2004, pp. 743, 752 y s.

12 DENCKER, *StV*, 1994, p. 503.

13 WIEDER, *StV*, 2000, p. 540.

14 WEHNERT, *StV*, 2002, p. 219.

15 Cfr. al respecto ya SCHMIDT-HIEBER, *NJW*, 1990, p. 1886 y *DRiZ*, 1990, pp. 323 y ss.; TERHORST, *GA*, 2002, pp. 600, 608.

a. En una primera sentencia del año 1997, la Cuarta Sala Penal de ese Tribunal hizo suyos los principios resaltados por el Tribunal Constitucional Federal, precisándolos a continuación. Para el Tribunal Supremo Federal, un acuerdo sobre el veredicto de culpabilidad resulta excluido desde el principio, por cuanto su “fundamento [...] únicamente (podría) ser el estado de hechos dado en la realidad según el convencimiento del tribunal”, para cuya “valoración penal y clasificación no se permite [...] acuerdo alguno”. Asimismo el Tribunal Supremo alemán considera que “una confesión prestada sobre la base del convenio” no puede “constituir sin más la base del fallo condenatorio”, porque al “tribunal obliga [...] el mandato de búsqueda de la verdad”¹⁶. Por ello también, en un acuerdo que pone fin a un proceso sobre la base de una confesión del acusado, la credibilidad del mismo debe “valorarse de tal manera que pueda ser verificado por el tribunal de casación”, y una extralimitación revisable de los límites establecidos para la libre apreciación de la prueba por parte del juez (§ 261 StPO) únicamente se da cuando el acusado, “sin reconocer los hechos”, se limitara a una postura que “en cierto modo contenga un mero reconocimiento procesal y un sometimiento formal”¹⁷. Además, “y de manera especial”, el acusado “no puede ser instado a una confesión mediante amenaza de una pena mayor ni mediante promesa de un beneficio no contemplado en la ley”, porque “la declaración de voluntad del acusado debe quedar salvaguardada”; y aun menos debe “el tribunal por la promesa de una pena más reducida” admitir una promesa de renuncia a medios jurídicos de tutela¹⁸. Por lo demás, “un acuerdo entre el tribunal y el resto de intervinientes en el proceso que tenga por objeto la declaración del acusado y la gravedad de la pena” únicamente puede tener lugar en el juicio público principal tras deliberación del órgano jurisdiccional, con la participación de todos los intervinientes en el proceso, y con la transcripción (*scil.* del acuerdo) en el protocolo del proceso principal¹⁹.

Finalmente, el tribunal no “puede hacer promesa obligatoria alguna sobre la gravedad de la pena a imponer”, por el motivo de que –según los §§ 260, párr. 1, y 261 CPP alemán– “haya decidido en la deliberación sobre la sentencia la substancia del proceso”, incluso “para el caso [...] de una confesión convincente en el seno del acuerdo”, en que señale “una pena máxima”, que el tribunal “no pueda sobrepasar”²⁰. En todo caso, el fallo penal dictado sobre la base del acuerdo “no puede perder el ‘suelo de una punición adecuada a la culpabilidad’”, determinando, por ejemplo, “con el fin de conseguir una confesión, una gravedad de la pena que no sea justa con el contenido de injusto”²¹. En ningún caso puede el tribunal, “con la promesa de una pena determinada”, obligar “antes de la deliberación sobre el fallo”²².

16 BGHSt 43, pp. 195, 204.

17 BGH, *wistra*, 2003, pp. 185, 187; *NStZ*, 1999, p. 92.

18 *Ibid.*, pp. 195, 204.

19 *Ibid.*, pp. 195, 205 y s.

20 *Ibid.*, pp. 195, 206 y s.

21 *Ibid.*, pp. 195, 208 y s.

22 *Ibid.*, pp. 195, 211; 45, p. 312.

b. El esfuerzo del Tribunal Supremo Federal por fijar un límite a la práctica desordenada del acuerdo procesal ha de valorarse, de una parte, como meritorio, aunque ese esfuerzo se muestre, de otra parte, poco convincente. Por un lado, los intereses legítimos de la víctima quedan desprotegidos y, por otro lado, los principios desarrollados por la jurisprudencia se muestran inconclusos, dado que en todas las cuestiones fundamentales de la comprobación y valoración de los hechos objeto del proceso, así como en el establecimiento de las consecuencias jurídicas, el convencimiento del juez se convierte en el único factor determinante. Con todo esto, la naturaleza del proceso adquiere una connotación distinta a la realidad de donde parten el Código Procesal Penal y la jurisprudencia mencionada.

i. Permítaseme comenzar con una referencia al análisis concreto de los intereses de la víctima. La jurisprudencia recién mencionada admite un acuerdo sólo bajo el presupuesto de incluir en él a todos los partícipes del hecho, pero esto encierra una contradicción de principio por la cual la víctima no tendría posibilidad alguna de intervenir en la celebración del acuerdo. En cuanto la intervención en este tipo de procedimiento se agota con el papel de los testigos, la víctima adolece por completo de la posibilidad de intervenir en este proceso, incluso una intervención eventual suya como parte civil o actor privado legitimado es restringida. Hasta el § 46a C. P., al referirse a la compensación autor-víctima, exige únicamente, o bien la reparación efectiva del daño, o bien el esfuerzo del autor por alcanzar una compensación de la víctima, mas no así un acuerdo efectivo entre autor y víctima. Con ello esta práctica niega el origen y el fundamento del carácter público de la persecución penal: en la medida que la originaria persecución privada de delitos ha sido quitada de las manos de la víctima, el Estado ya no puede abandonar los intereses de la víctima, y, exactamente, a esto se llega con la actual práctica del acuerdo²³. Visto en el ejemplo del famoso “Proceso ESCHÉDE”: al acusado se le reprochó el haber provocado imprudentemente uno de los más grandes accidentes ferroviarios en la historia de la empresa alemana de ferrocarriles, donde murieron más de 100 personas. El sobreseimiento acordado de este proceso con la condición de un pago adecuado conforme a lo previsto en el § 153a, párrafo 2 CPP fue titulada en una noticia del periódico alemán *Süddeutsche Zeitung* como “larga vida para los deudos”. Sin embargo, si el sobreseimiento hubiese resultado económico al proceso, la inmensa mayoría de las víctimas no lo habrían aceptado.

ii. Los principios invocados por la Cuarta Sala Penal del Tribunal Supremo Federal se muestran irresolutos y apenas compatibles con la realidad del proceso

La Sala Penal del Tribunal Supremo Federal considera inadmisibles los acuerdos que se celebren fuera del juicio oral, sin acoger favorablemente la jurisprudencia contraria del Tribunal Constitucional, la misma que, en lo fundamental, declara admisible semejantes acuerdos²⁴; de allí que la oscuridad jurídica resultante conduzca a una

23 Cfr. al respecto TERHORST, GA, 2002, p. 607.

apreciable ineficacia del principio establecido por la Cuarta Sala Penal del Tribunal Supremo Federal²⁵, que además no puede lograr imponerse ni en lo mínimo a causa del desestimiento ordinario del recurso vinculado al acuerdo, como la prohibición de convenir el desestimiento de un recurso contra una pena leve injustificada²⁶. Y este desestimiento ordinario del recurso conduce, además, a que el cumplimiento de los principios establecidos por la jurisprudencia para una aceptación del acuerdo queden igualmente de modo ordinario sin ser probados, lo cual abre las puertas a una práctica no reglada y arbitraria del acuerdo; de ahí que esto haya dado lugar a la petición de apertura de un proceso de revisión a modo de “contracontrol de las sentencias dictadas en base a los acuerdos”²⁷. Pero, si bien este pedido de apertura es comprensible hasta cierto punto, no debería ser concedida porque una práctica errónea del acuerdo tampoco debería conducir a más interferencias del sistema de los medios de impugnación y del sistema procesal en su conjunto.

Un acuerdo sobre la declaración de culpabilidad está excluido según el reconocimiento preciso de la Sala Penal porque para ésta el fundamento de culpabilidad es el resultado del convencimiento del Tribunal con base a los hechos probados²⁸, mientras que a la práctica relevante del acuerdo le falta precisamente ese fundamento: el convencimiento del Tribunal puede ser formado tras el análisis cabal de los hechos definitivamente en la deliberación judicial de la sentencia. Pero la naturaleza y el sentido del acuerdo radica, todo lo contrario, en ahorrar al tribunal la labor probatoria, la misma que puede incrementar su grado de dificultad mediante una infinidad de peticiones de prueba, y sin tener que partir de la comprobación de la culpabilidad del procesado a través de una investigación necesariamente concluida, conforme al Código Procesal Penal, que precisa de una confesión del procesado con exigencias de comprobación de credibilidad diferentes a lo establecido *de facto* por la Cuarta Sala Penal, que en realidad no comprueba nada, contradiciendo en este sentido también lo preceptuado en el parágrafo de la libre valoración del juez (§ 261 CPP²⁹). En realidad, si el reconocimiento se refiriera necesariamente al contenido y no meramente a cuestiones formales, o a una mera declaración obligada salida de una “confesión”, y todo ello debiera estar sometido realmente a una prueba de credibilidad, entonces esto contrapondría la pretendida facilitación del proceso en muchísimos casos. Por eso, en la mayoría de los casos, lo exigido por la Sala Penal Suprema podría “marchar al vacío”, porque las confesiones se refieren de todos modos sólo a hechos seguros de

24 Cfr. de una parte, BVerfG *NSiZ* 1987, p. 419, y, de otra parte, BGHSt 43,195, pp. 205 y s.

25 Cfr. al respecto BERTRAM SCHMITT, *GA*, 2001, pp. 411, 412 y s.

26 Más argumentos considerables contra la prohibición de acordar el desestimiento de un medio de defensa, en BERTRAM SCHMITT, *GA*, 2001, pp. 411, 424 y s.

27 WASSERBURG y ESCHELBACH. “Die Wiederaufnahme des Verfahrens propter nova als Rechtsschutzmittel”, *GA*, 2003, pp. 334, 339.

28 BGHSt 43, pp. 195, 204.

29 BERTRAM SCHMITT, *GA*, 2001, pp. 411, 413.

probanza en razón de un acuerdo arreglado a la experiencia³⁰. Por lo demás, aquí también rige lo siguiente: las confesiones de contenido insuficientes y las comprobaciones de credibilidad omitidas quedan sin consecuencia a causa de los desistimientos ordinarios de recursos y, por lo mismo, permanece también improbadamente si la subsunción jurídica efectuada por el Tribunal y el establecimiento del marco de la pena unido a ella fueron correctos, o si, por el contrario, sólo deberían servir a la formación de un consenso sobre una posible pena inferior.

Puesto que recién en la deliberación de la sentencia puede tomarse la decisión sobre la condena y, con ello, también sobre la dimensión de la culpabilidad, un acuerdo anticipado sobre la consecuencia jurídica es inadmisibles³¹. Si este reconocimiento es correcto, entonces la Cuarta Sala Penal menosprecia la naturaleza de la práctica procesal del acuerdo cuando considera aceptable fijar el límite superior de la pena para el procesado: en realidad al procesado poco le interesa un límite superior posible de la pena, puesto que su expectativa se centra, ante todo, en una consecuencia jurídica precisa; si él la desconoce, entonces sólo está dispuesto muy raras veces a celebrar un “negocio”³². Por lo demás, a partir del mencionado reconocimiento es necesario precisar, justamente en contra del punto de vista de la Sala Penal Suprema, que la observancia de un límite superior de la pena antes de la definitiva deliberación de la sentencia tampoco puede ser aceptada. Ese límite superior puede ser valorado recién en el momento del convencimiento judicial de la culpabilidad del acusado y de la extensión de su culpabilidad. La posición opuesta de la Sala Penal Suprema resulta contradictoria, de allí que no se justifique el hecho de que al Código Procesal Penal tampoco le sea ajeno un prejuicio sobre el posible resultado del proceso al decretar la apertura del juicio oral³³: la culpabilidad y la pena no se fundamentan precisamente en semejante prejuicio, sino que, por el contrario, presuponen el convencimiento judicial de la culpabilidad del acusado, un convencimiento que no concuerda con una sospecha mínima de la autoría del hecho para proceder a la apertura del juicio oral. Una vez más, lo determinante es que el desistimiento regular del recurso limita un control jurídico efectivo.

Finalmente, la exigencia de admisibilidad de un acuerdo sólo a nivel del juicio oral con la correspondiente protocolización resulta irrelevante³⁴, dado que se produce cuando las conversaciones previas sobre los acuerdos ya fueron declarados admisibles. De allí que, como subraya con acierto BERTRAM SCHMITT, subsiste el peligro advertido de “que el juicio oral, con respecto al acuerdo definitivo, se quede en muchos casos sólo en el “anuncio de la vista oral” (*Verkündigungstermin*)³⁵, con la con-

30 BERTRAM SCHMITT, *GA*, 2001, pp. 411, 419 y ss.

31 BGHSt 43, pp. 195, 207.

32 BERTRAM SCHMITT, *GA*, 2001, pp. 411, 422 y s.

33 BGHSt 43, pp. 195, 208.

34 *Ibíd.*, pp. 195, 205 y s.

secuencia inadmisibles de que el juez mismo va a “certificar” en cierto modo un acuerdo en cuya realización él tiene un interés masivo por un considerable alivio de trabajo.

iii. Otras cuestiones por nombrar, que resultan incompatibles con los fundamentos de la jurisprudencia sobre la práctica procesal del acuerdo, las constituyen el acuerdo entre el defensor y el fiscal, o entre el defensor y el juez, sobre la restricción de la persecución penal, conforme a lo preceptuado en los §§ 154 y 154a CPP para la evitación de problemas –si bien superables– que se presentan ligados al despliegue de trabajo al admitir la prueba en el sobreseimiento del proceso³⁶, conforme a los §§ 153 y siguientes CPP a pesar que no concurran sus presupuestos sobre exención de una sanción penal, con las pertinentes restricciones contempladas a causa de la evitación del juicio oral, tanto a fin de asegurarle al inculpado una clase de sanción penal, en lo fundamental la pena de multa –con la aclaración de que sólo al inculpado defendido puede imponérsele una pena privativa de libertad hasta un año, pero en la forma de una condena condicional–, como para evitar la situación embarazosa de poner en evidencia pública la restricción de la admisión de prueba y sobre la pena concreta acordada, en contra de lo previsto en el § 244 párrafo 2 CPP³⁷.

c. En un asunto del año 2002, al Tribunal Federal Supremo le tocó decidir nuevamente sobre la eficacia de un desestimiento de un recurso declarado en relación con un acuerdo. En esta ocasión, la Tercera Sala Penal, competente para la resolución de este caso, quiso apartarse de las decisiones de las otras salas penales, por lo que se pidió la intervención de la Gran Sala Penal del Tribunal Supremo Federal (*Große Strafsenat*), la misma que en una nueva sentencia, del 3 de mayo de 2005, estableció unos límites más claros de los hasta ahora adoptados sobre la práctica del acuerdo procesal.

Esta Sala Penal, al llevar a un mayor desarrollo la sentencia antes referida del año 1997, comprobó resignada que sin la admisión del acuerdo de sentencia los órganos de justicia penal en estos supuestos ya no podrían ser más justos “tanto en lo jurídico como en lo material” en la práctica judicial continuadora de creación del Derecho, lo cual se confirma al echar una mirada a las escasas investigaciones sobre la justicia; por tanto, la “justicia penal trabaja al borde de su capacidad de resistencia”³⁸; y sin la aceptación de semejantes acuerdos no se asegura especialmente que el Estado cumpla su deber de proteger con suficiencia “la seguridad de sus ciudadanos y la confianza de éstos en la idoneidad de la función de las instituciones estatales”³⁹. Esta Sala Penal también expresó de una forma meritoria que “un objetivo central del proceso penal regulado por el Estado de Derecho [...] consiste en la averiguación de hechos

35 BERTRAM SCHMITT, GA, 2001, pp. 423 y s.

36 *Ibid.*, pp. 411, 414 y ss.

37 *Ibid.*, pp. 411, 413.

38 BGH, NJW 2005, pp. 1440, 1443 y s.

39 *Ídem.*

reales, así como en el establecimiento de los fundamentos necesarios de una sentencia justa”, y que la pena debe estar “adecuada a la culpabilidad”. Por eso la pena “no podría desprenderse de su significación como compensación justa de culpabilidad, incluso en su límite más bajo”. De lo anterior resultan las siguientes directrices constitucionales que establecen las “condiciones mínimas” de un acuerdo eficaz de sentencia:

i. “El Tribunal no puede cambiar precipitadamente a un acuerdo de sentencia sin antes haber examinado correctamente –conforme a su deber– la denuncia material contenida en el expediente”⁴⁰.

ii. La confesión brindada en el marco de un acuerdo “debería ser comprobada en su fiabilidad. El Tribunal debe estar convencido de su veracidad. Al respecto, la confesión autoincriminatoria debe ser concreta, de tal modo que, al ser probada, no quede ninguna duda aislada, y que lo registrado en el acta concuerde con lo declarado, sin que esto importune al restante esclarecimiento de los hechos”⁴¹.

iii. “La diferencia entre una sanción imponible en un proceso ordenado por acuerdo y otra en un ‘proceso litigioso’, o ‘la distancia entre ambas sanciones’ (*Sanktionsschere*), no debe ser tan grande, de modo que luego no se la pueda sustituir en la medición de la pena y tampoco se pueda explicar la atenuación adecuada de la pena a causa de la declaración”⁴².

iv. Al igual que en la sentencia del año 1997, en esta nueva sentencia de 2005 también se declara ineficaz el desestimiento del recurso acordado antes del pronunciamiento de la sentencia. La Gran Sala Penal va incluso más lejos al señalar que “toda influencia del Tribunal en un desestimiento del recurso” es “inaceptable”. El “caso extremo de relacionar el máximo de la pena con el desestimiento del recurso prometido” constituye definitivamente “una transgresión fundamental del principio de adecuación de la pena a la culpabilidad”; sin embargo, más allá de ello “el acuerdo de sentencia [...] no podría ser conducido en cierta medida como un proceso informal e independiente al lado del verdadero proceso penal”, y “sin poderse celebrar bajo la cubierta de lo incontrolable”⁴³. En consecuencia, “el resultado de una ineficacia del desistimiento del recurso se extiende a todos los casos en los que un acuerdo de sentencia es absolutamente exitoso”, aunque excepcionalmente no cuando “el afectado haya sido informado expresamente por el Tribunal” de que “la interposición del recurso depende únicamente de su libre decisión, a pesar de poder existir un acuerdo de sentencia y las recomendaciones de los demás participantes del proceso, incluso las de su abogado defensor”⁴⁴.

40 Ibid., pp. 1440, 1442.

41 BGH, como en la nota 40.

42 Ídem.

43 BGH, *NW* 2005, pp. 1440, 1444.

CONCLUSIÓN

La reciente sentencia de la Gran Sala Penal del Tribunal Supremo Federal de mayo de 2005 brinda con seguridad evidentes progresos en comparación con la sentencia de la Cuarta Sala Penal del año 1997. Sin embargo, sólo el futuro podrá enseñar si con el paso dado las considerables desventajas mostradas de la práctica del acuerdo podrán ser superadas. Con seguridad esto será posible en algunos casos, mientras que en la mayoría de ellos es de temer que la directriz constitucional para una sentencia justa ahora –como antes– resulte menospreciada groseramente en la investigación real de los hechos.

En mi opinión, la Gran Sala Penal simplifica las cosas cuando considera necesariamente como inevitable los acuerdos de sentencia en virtud de las investigaciones limitadas de la Administración de Justicia. Lamentablemente dicha Sala no se proyectó a la posibilidad de contribuir a un cambio de su jurisprudencia, por ejemplo, especialmente en las exigencias de redacción de los fundamentos de la sentencia y en la extensión de los fundamentos legítimos para el rechazo de las solicitudes de prueba, como un medio de superación de las actuales deficiencias de las máximas de la investigación de oficio. Esto pudo haber conllevado a una rebaja considerable de la actividad de los tribunales, lo que también podría traer como consecuencia un cambio de su jurisprudencia respecto al ámbito de la prohibición de la valoración de la prueba, liberándola así de contradicciones y otorgándole por esa vía mayor claridad. Asimismo, algunas medidas legislativas pensadas para tales medios probatorios tuvieron poca atención, sobre todo las que están a disposición y consideración del Tribunal y que bien pueden ser contempladas dentro de la duración razonable del proceso.

La renuncia de sentencias justas basadas en una investigación orientada al descubrimiento de la verdad de los hechos, y sólo a causa de una escasez de dinero, se muestra indigna frente el Estado de Derecho, lo que además conduce a una pérdida de confianza, una confianza que el Tribunal Supremo Federal precisamente quiere evitar mediante la admisión de los acuerdos en el proceso.

44 *Ibíd.*, pp. 1440, 1446.

