

Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Leandro Dias**

Resumen

La práctica de los acuerdos en derecho penal presenta diversos problemas de legitimación en los sistemas jurídicos continentales. En el siguiente artículo el autor explora esos inconvenientes a partir de dos decisiones fundamentales. En los apartados II y III el lector podrá encontrar un resumen del debate jurídico sobre acuerdos en derecho penal que se ha producido en Alemania y un análisis de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la cual el Tribunal presentó su propia interpretación de la nueva ley alemana sobre acuerdos en materia penal. En el apartado IV, el autor examina una sentencia relativamente nueva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema. En la última sección, se ofrece una concisa reflexión.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de la facultad de Derecho (UBA) en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (cátedra prof. Dr. Marcelo A. Sancinetti). Esta investigación fue realizada en el marco de la asignatura “Derecho Procesal Penal Comparado”, correspondiente a la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella. Agradezco a los profesores Dres. Máximo Langer, Patricia Ziffer y Marcelo Lerman por los comentarios realizados a una versión preliminar de este texto. El agradecimiento también tiene que hacerse extensivo a José Béguelin y Carla Salvatori, por sus valiosos aportes a un primer borrador del artículo; leandrodiasder@gmail.com.

Palabras clave: acuerdos en derecho penal, derecho penal comparado, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional Federal Alemán, derecho del imputado, legitimidad.

Plea Bargaining in Karlsruhe and Strasbourg: An analysis of the recent judgments of the Federal Constitutional Court of Germany and the European Court of Human Rights

Abstract

The practice of plea bargaining presents several issues of legitimacy in legal systems of civil law. In the following article the author explores those issues through the lens of two seminal decisions. In sections II and III the reader can find a summary of the legal debate on plea bargaining in Germany and an analysis of the recent judgment of the Federal Constitutional Court of Germany, in which the Court put forward its own interpretation of the new German law on agreements in criminal matters. In section IV the author examines a relatively new judgment of the European Court of Human Rights on the matter. In the final section, a concise conclusion is offered.

Keywords: plea bargaining, comparative criminal law, European Court on Human Rights, Federal Constitutional Court of Germany, rights of the accused, legitimacy.

I. Los acuerdos en materia penal en los sistemas procesales continentales

Los acuerdos en derecho penal, surgidos originalmente en los Estados Unidos y en otras jurisdicciones anglosajonas, son examinados con escepticismo desde el derecho procesal penal de tradición continental europea.¹ Esto

1. Cfr. Turner, J., "Plea Bargaining", en Carter, L. y Pocar, F. (eds.), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 34.

se debe a que estos últimos sistemas procesales representaron, al menos hasta la década del 80,² lo que podría llamarse “modelo de la investigación oficial”, como contrapartida del modelo de la disputa, usualmente asociado al derecho anglosajón.³ En este último, el proceso penal se organiza como una disputa entre dos partes, acusador y acusado, y ellas son las dueñas de la contienda.⁴ Aparece entonces como natural que las partes puedan dialogar y ponerse total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia, o sobre si siquiera existe alguna.⁵ En cambio, en el modelo de investigación oficial el proceso penal es una investigación realizada por uno o más oficiales estatales,⁶ donde se encuentra vedada la negociación sobre cuestiones tales como la pena que se le impondrá al acusado. En particular en Alemania, el juez históricamente tuvo encomendada la tarea de buscar la llamada verdad material e incluso de impulsar de oficio la acción penal, sin que la fiscalía o el acusado pudiesen disponer de ella.⁷ La práctica de la prueba en un debate y la determinación de la pena, entonces, no podían ser reemplazadas por un reconocimiento de culpabilidad, como el que podría darse a través de acuerdos.⁸

2. Sobre la evolución posterior y la reforma penal de los últimos años en Latinoamérica, vid.: Langer, M., “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas desde la periferia”, en García Yomha, D. y Martínez, S. (eds.), *Revista de Derecho Procesal Penal, Número Extraordinario: El Proceso Penal Adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Tomo II, 2009, pp. 53-134. En lo que se refiere a los cambios que viene sufriendo el sistema continental europeo, vid.: Schünemann, B., “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Revista de Derecho Penal*, N°11, 2000, pp. 111-118.

3. Se utiliza, en ese sentido, la terminología elaborada por Langer en: Langer, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Maier, J. B. y Bovino, A., *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 114 y ss.

4. Cfr. Langer, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo...”, op. cit., p. 116.

5. Íd., p. 121.

6. Íd., p. 117.

7. Cfr. Schünemann, B., “¿Crisis del procedimiento penal?...”, op. cit., p. 112.

8. Ibíd. El autor hace referencia a la práctica conocida como *plea bargaining* en los sistemas angloamericanos, especialmente en Estados Unidos, como sinónimo de acuerdos en derecho penal. Por lo general se intentará evitar esta terminología en el presente artículo, debido a que los acuerdos en países de tradición continental difieren bastante

Con la incorporación de estos últimos al ordenamiento jurídico, se produjo el choque entre los rasgos esenciales del sistema y un mecanismo procesal que le era ajeno y esto ha dado lugar en las últimas décadas a un importante debate, tanto doctrinario como jurisprudencial.⁹

En otros países de la misma tradición procesal, como Italia, Francia, España o Argentina¹⁰ ha sucedido algo similar y ha sido necesario lidiar con las contradicciones que el instituto generaba con muchos caracteres básicos del proceso penal continental.¹¹ Incluso las razones para la incorporación de estos mecanismos de negociación aparecen como coincidentes en los distintos Estados: se ha buscado reducir la duración del procedimiento a partir de las negociaciones entre los distintos participantes, eliminando la necesidad de un juicio, y ayudar a los fiscales a obtener información vital para la

del llamado *plea bargaining* americano, y eso puede dar lugar a confusiones. Se utilizará, por lo tanto, el concepto genérico de “acuerdos”. Coincide en la apreciación: Herrmann, J., “Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice?”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 53, 1991-1992, p. 755.

9. Lo expuesto no significa que la práctica de los acuerdos penales sea aceptada de modo acrítico en países de tradición anglosajona. Es así que importantes autores anglosajones se han mostrado críticos respecto de esta clase de mecanismos (véase, sólo a modo de ejemplo, Langbein, J., “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, 1978, pp. 3-22). Con esta contraposición entre sistemas procesales simplemente se quiere mostrar que en aquellos sistemas basados en el modelo de la disputa resulta más sencillo concebir esta clase de prácticas, mientras que en el modelo de la investigación oficial los caracteres básicos de los acuerdos resultan, en principio, extraños.

10. En Argentina la situación resulta similar, debido a que se ha compartido, en líneas generales, la tradición procesal alemana en lo que se refiere a la investigación oficial. Del mismo modo, los mecanismos de negociación aparecían como algo curioso, proveniente de una tradición jurídica distinta. Con la llegada del llamado “juicio abreviado” –entre otros mecanismos consensuales– se ha dado lugar a múltiples discusiones sobre su adecuación al sistema jurídico argentino. Sobre las causas que derivaron en el desarrollo de estas prácticas en Alemania, vid. Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 169. En cuanto a los motivos que llevaron a la creación del llamado “juicio abreviado” en el Código Penal Nacional, vid. Córdoba, G., “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 229-232.

11. Vid. Turner, J., “Plea Bargaining”, op. cit., pp. 38-39.

resolución de casos complejos, con múltiples acusados.¹² Estos rasgos comunes permiten afirmar que un análisis comparativo entre la forma en que se reaccionó ante esta situación en un sistema puede resultar de suma utilidad para el otro.

A partir de estas premisas, en el siguiente trabajo se intentará ofrecer un panorama respecto del debate que desde hace varias décadas viene produciéndose en dos sistemas normativos que por diversas razones ejercen una gran influencia en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica. Por un lado, se presentará la discusión que se ha dado en uno de los principales representantes del modelo de la investigación oficial, como Alemania, sobre los acuerdos en derecho penal, para luego presentar uno de sus hitos más recientes: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) del 13 de marzo de 2013.¹³ Por otro lado, y para complementar la exposición, se analizará un fallo sobre el tema que ha emitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los últimos meses,¹⁴ y que trata en profundidad el problema del *plea bargaining*, a la luz de los derechos del acusado. La relevancia del análisis de esta última sentencia puede apreciarse, en primer término, por la incidencia que puede tener sobre el derecho procesal de los distintos países de Europa. Si bien el sistema europeo de derechos humanos no requiere que todos los Estados realicen un “control de convencionalidad”, en el que cada juez interno deba examinar la adecuación del derecho nacional a la jurisprudencia del TEDH,¹⁵ lo cierto es que la jurisprudencia sentada por este último tribunal resulta importante

12. Cfr. Turner, J., “Plea Bargaining”, op. cit., p. 36; Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, op. cit., p. 169.

13. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html> [Consulta: 29.03.2015].

14. TEDH, Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014.

15. Esta ha sido la doctrina adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que ha recibido diversas críticas. Sobre el tema, vid. Malarino, E., “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, Montevideo, Konrad-Adenauer-Siftung e. V, p. 46 y ss.

para quienes forman parte de este sistema regional. Como ejemplo de esta tendencia puede traerse a colación, nuevamente, lo que viene sucediendo en Alemania, donde se ha reconocido que el derecho procesal penal interno está recibiendo una considerable presión para adecuar el procedimiento criminal a los estándares europeos,¹⁶ por lo que los avances que se producen en el Tribunal con sede en Estrasburgo han de ser tenidos en cuenta. En segundo término, la jurisprudencia del TEDH no sólo tiene una incidencia en los Estados que forman parte del sistema regional, sino también en aquellos países de Latinoamérica que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el tema debe decirse que este último tribunal internacional, intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con frecuencia utiliza la jurisprudencia de su par europeo para definir estándares interamericanos. Esta práctica ha sido particularmente importante en materia de garantías procesales y sólo a modo de ejemplo puede nombrarse al caso *Fermín Ramírez*. Allí la Corte Interamericana, valiéndose de una sentencia del TEDH,¹⁷ redefine el principio de congruencia,¹⁸ como derivación del derecho de defensa en juicio.¹⁹ En esa medida la jurisprudencia del TEDH merece especial atención para académicos y operadores judiciales de Latinoamérica, y esa es otra razón por la que se analizará una sentencia reciente en la que el Tribunal ha expresado su parecer respecto de la adecuación de los acuerdos en derecho penal a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El objetivo final de la investigación será el de determinar hasta qué punto las conclusiones esgrimidas por el BVerfG y por el TEDH pueden aportar argumentos novedosos a la discusión continental sobre los acuerdos

16. Cfr. Hoven, E. y Safferling, C., "Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court", en Hoven, E. y Safferling, C. (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 4.

17. TEDH, *Pélissier and Sassi v. France*, Judgment, Application N° 25444/94, 25 de marzo de 1999, párr. 51-54.

18. CoIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de junio de 2005, párr. 65-69.

19. Vid. Rusconi, M., "Iura novit curia y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", [En línea] *Boletín Semestral GLIPGö*, 2013, N°5, p. 6. Disponible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,71/gid,765/task,doc_download/> [Consulta: 11.07.2014].

en materia penal. Pero antes de comenzar a relatar estos desarrollos, debe aclararse que los procedimientos consensuales han generado discusiones de todo tipo en el marco del derecho penal y que realizar un abordaje comprensivo excedería por mucho los objetivos de este trabajo. Por lo tanto, se hará hincapié en dos aspectos de la discusión: la legitimación de esta clase de mecanismos y las colisiones que podrían producirse con distintos derechos fundamentales, aspectos que se encuentran presentes –en mayor o menor medida– en los distintos sistemas jurídicos continentales.²⁰

Respecto del primero de los problemas, se asumirá que la posibilidad de un acuerdo en derecho penal, mediante el pacto sobre un reconocimiento de culpabilidad sin juicio previo a cambio de una rebaja discrecional, tiene numerosos déficits desde el punto de vista de la legitimación moral del instituto.²¹ El más grave de ellos quizá tenga que ver con la facilitación de la punición de inocentes –quienes pueden aceptar una pena por temor a que, en caso contrario, sean condenados a una mucho mayor–,²² a la vez que se incita a la disminución de la pena justa de los autores culpables.²³ Además,

20. En otras palabras, las discusiones que sólo tengan relevancia en uno u otro sistema jurídico, por características eminentemente locales, serán excluidas del análisis. Este sería el caso, por ejemplo, de los problemas que se genera al modificarse, en la Argentina, el sistema de la acción penal establecido en el código penal a través de una ley de procedimiento. Con esto no se quiere restarle valor a estos debates, sino simplemente delimitar los alcances de la investigación.

21. Vid. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos’?”, [En línea] *elDial.com*, Doctrina, DC138 F, publicado el 11 de junio de 2010.

22. Se señala que esta clase de situaciones pueden producirse no sólo a través de la presión hacia el imputado, sino que los incentivos para aceptar un acuerdo pueden inducir a un acusado racional a reconocerse culpable, a pesar de ser inocente: quien sabe que es inocente de un cargo puede encontrar buenas razones para aceptar el acuerdo, en vez de arriesgarse a sufrir una pena mucho más alta (o una condena por un delito más grave) a partir de la afirmación de una pena y de una condena errónea. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p.171.

23. Cfr. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos’?”, cit. Con razón, Ferrajoli añade lo siguiente: “Existe, en suma, y más allá de las fórmulas de legitimación, el peligro de que la práctica del pacto –como por lo demás ha demostrado la experiencia estadounidense– pueda provocar una importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos. Y de

pueden hacerse objeciones a partir del principio de autonomía. Este último subyace a todo sistema moderno de imposición de una pena y podría formularse de la siguiente forma: el castigo estatal sólo puede estar justificado en la medida que un imputado autónomo participa en la aplicación a sí mismo de las normas penales que gobiernan a su comunidad,²⁴ lo que requeriría la celebración, en principio, de un debate oral –idealmente con jurados– y de un proceso de comunicación dialógico entre el acusado y los miembros de la comunidad, ausente en acuerdos muchas veces secretos,²⁵ o que representan una admisión no sincera de culpabilidad u obtenida por coerción.²⁶

Vinculada con esta cuestión,²⁷ está la colisión de la práctica de los acuerdos con distintos derechos fundamentales del acusado, aspecto que ha recibido la mayor atención por parte de académicos especializados en derecho procesal penal.²⁸ En ese sentido, se ha mencionado que los mecanismos con-

que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución, pero también con una pena mucho más grave”, Ferrajoli, L., “Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 45.

24. Cfr. Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, p. 551.

25. Vid. Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, pp. 603-605.

26. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, op. cit., p. 170.

27. Se habla de una vinculación porque muchos de los problemas de legitimación, a su vez, se producen como consecuencia de una posible afectación de derechos fundamentales. A modos de ejemplo, el riesgo de condenar a un inocente al que se hizo referencia en el párrafo anterior se relaciona íntimamente con la prohibición de autoincriminación, en virtud de que la estructura misma de los acuerdos en derecho penal hace posible que una persona racional en ocasiones prefiera confesar una culpabilidad inexistente con el fin de evitar los riesgos de una condena o las penurias de un proceso penal, pudiendo quedar viciada la libertad de su confesión.

28. Cfr. Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, p. 602. Sin embargo, señala Dubber que los procesalistas no han podido producir una perspectiva basada en principios del sistema de imposición de castigo apta para poner en tela de juicio las políticas actuales, concentrándose en demasía en los defectos constitucionales del sistema procesal. En ese

sensuales pueden vulnerar garantías tales como las de un juicio oral y público, ya que importan directamente la supresión de esa etapa procesal,²⁹ o la del *nemo tenetur se ipsum accusare*, en virtud de que la herramienta para la eliminación del juicio público es la presión al imputado para que se declare culpable y acepte la pena que se le “propone”.³⁰ Por estas razones, en los párrafos siguientes se emprenderá la tarea no sólo de indagar en las propuestas de legitimación que ofrecen las dos sentencias que serán el objeto de este trabajo, sino también la de constatar cuáles son las respuestas que se esgrimen ante la posibilidad de violaciones a distintos derechos fundamentales desde una perspectiva que, como mínimo, desconfía de este tipo de prácticas que priorizan fines distintos a la obtención de justicia –en especial aquellos vinculados con la eficiencia del sistema– al momento de emitir una sentencia.³¹

II. Los acuerdos en Alemania hasta 2013

II.A. Orígenes y características de la práctica

Históricamente, el sistema jurídico alemán fue reacio a aceptar prácticas consensuales en el marco del derecho penal, básicamente por las características del modelo procesal de investigación oficial.³² Sin ir más lejos,

sentido, la pregunta por la legitimidad de un sistema de imposición de castigo no ha sido resuelta, al igual que aquella sobre si resulta deseable: se ha dado por sentado no sólo el hecho del castigo estatal, sino también el método para su imposición.

29. Cfr. Díaz Cantón, F., “Juicio abreviado vs. Estado de derecho”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 255. Sobre el tema, señala Ferrajoli que “[I]a negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas en el secreto de las relaciones desiguales propias de la inquisición”, Ferrajoli, L., “Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”, op. cit., p. 45.

30. Cfr. Díaz Cantón, F., “Juicio abreviado vs. Estado de derecho”, op. cit., p. 258.

31. Vid. Frisch, W., “Transformaciones del Derecho Penal como Consecuencia del Cambio Social”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21, 2014, p. 40.

32. Cfr. Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, en Thaman,

la Ordenanza Procesal alemana (StPO) rige desde el año 1877 –más allá de sus agregados y enmiendas parciales–³³ y uno de sus principios básicos es el de legalidad (*Legalitätssprinzip*). Este último obliga a perseguir obligatoriamente todos los delitos cometidos, con el fin de evitar la discrecionalidad de los operadores del sistema y garantizar una aplicación igualitaria del derecho penal.³⁴ Sin embargo, a comienzos de la década del 70 la sobrecarga de trabajo en la administración de justicia tuvo como consecuencia el surgimiento de negociaciones y acuerdos informales (*Absprachen*)³⁵ realizados fuera de la sala de audiencias.³⁶

S. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, p. 50.

33. Cfr. Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford, University Press, 2014, p.166.

34. Íd., p.167.

35. Existen en el derecho procesal penal alemán al menos otras dos prácticas que guardan cierta relación con los mecanismos consensuales del modelo de la contienda, pero que, a diferencia de los acuerdos, encontraban regulación expresa en el StPO. El primero de ellos es el procedimiento sumario para el caso de ofensas leves, en el cual el fiscal, en vez de requerir el caso a juicio le solicita el juez la aplicación de una orden penal, a partir de la cual se le comunican al imputado los hechos y la consecuencia jurídica –por lo general multas, inhabilitaciones para conducir o hasta un año de pena de prisión condicional–. Solamente en caso de que el acusado manifieste su oposición, tras el libramiento de la orden por parte del juez, se produce un juicio en estos casos. En este procedimiento (llamado *Strafbefehlverfahren*) se permite que el fiscal y el imputado se pongan de acuerdo respecto de la consecuencia jurídica. Por otro lado, y como se verá más adelante, en el apartado §153a se permite que en los casos de delitos leves se dé lugar a un sobreseimiento condicionado –entre las condiciones suelen encontrarse las tareas comunitarias o la reparación del daño causado–, tras un acuerdo entre fiscal e imputado, con el consentimiento del tribunal. Sobre este tema, que excede el objeto de esta investigación, véase la síntesis realizada por Langer en: Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, op. cit., pp. 51-52, nota al pie número 187.

36. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, *Pace International Law Review*, vol. 7, Nº2, 1995, p. 377. Se ha señalado, de todos modos, que la sobrecarga en la administración de justicia, producto en especial del mayor enfoque en procesos de gran envergadura vinculados con evasiones fiscales, derecho penal ambiental y drogas, no puede explicar por sí solo el surgimiento de esta clase de mecanismos informales. Esto se debe a que la sobrecarga de trabajo estuvo acompañada por un aumento en la cantidad de empleados judiciales y de presupuesto, por lo que algo más influyó en la necesidad de descomprimir el sistema a través de pactos que tenían por fin evitar la realización de un

En cuanto al procedimiento, el mecanismo se presentaba como una negociación que tenía lugar durante la preparación del juicio o durante el debate mismo, en la que el acusado podía ofrecer su confesión a cambio de que el juez garantizase que la pena no excedería un máximo determinado, o de que ciertos cargos fuesen dejados de lado por parte del fiscal.³⁷ Esta clase de negociaciones podían ser iniciadas por la defensa, el fiscal o el magistrado, aunque no se requería de la participación de todos ellos,³⁸ y por lo general el acuerdo se daba entre el juez, que tenía un rol activo,³⁹ y la defensa.⁴⁰ Al no haber regulación,⁴¹ las promesas que eventualmente

juicio oral. Es así que Rauxloh considera que las razones se vinculan más con los cambios en el derecho penal sustantivo, vinculados con la transición desde los clásicos delitos de resultado que conformaban el derecho penal nuclear hacia los delitos de peligro, que ofrecían complicaciones adicionales a nivel probatorio y hacían más compleja la producción de prueba de cargo. También un cambio en las concepciones sobre los fines de la pena, en especial a través del fortalecimiento de las concepciones basadas en la prevención por sobre la retribución a través de una pena justa, habrían incidido en el surgimiento de estos mecanismos consensuales. Sobre el tema, véase: Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, N°2, 2001, p. 299 y ss. En un sentido similar, Frisch, W., “Transformaciones del Derecho Penal como Consecuencia del Cambio Social”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21, 2014, p. 34.

37. Vid. Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, op. cit., p. 51.

38. Para más detalles, vid. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., pp. 378-379.

39. Íd., p. 377.

40. Cfr. Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, cit. p. 764; Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, op. cit., pp. 51-52. Puede observarse que los acuerdos por lo general son negociados sólo entre tribunal, fiscalía y defensa, por lo que regularmente el imputado carece de la posibilidad de influir en el contenido y esto ha llevado a que algunos autores consideren que esta práctica conduce a un proceso breve ilegal, con un acusado desnaturalizado del objeto procesal. Vid. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal? (¿A dónde vas, proceso penal?)”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2010-1: la defensa penal, p. 21, con referencias adicionales.

41. Justamente por esta razón se hablaba de acuerdos informales: como el StPO no permitía esta clase de acuerdos, las partes y los jueces intentaban esconder las negociaciones. Estas últimas solían tener lugar en los pasillos de los tribunales, en la oficina del juez e incluso a través de conversaciones telefónicas. Cfr. Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee

podían realizarse no eran vinculantes *de jure*, por lo que el funcionamiento dependía, en gran medida, de la confianza entre los profesionales intervinientes.⁴²

Debido a que esta clase de conductas contradecía principios básicos del derecho procesal alemán y además carecía de reconocimiento legal, no se las discutía en público.⁴³ Recién en 1982 el fenómeno salió a la luz, a partir de la publicación de un artículo bajo un seudónimo, que daba cuenta de la práctica que venía forjándose en los tribunales.⁴⁴ Esto dio lugar a un intenso debate sobre la legalidad de los acuerdos, y ya a comienzos de la siguiente década la cantidad de material sobre el tema se había vuelto inabordable.⁴⁵ Y más allá de la discusión doctrinaria, lo cierto es que hasta mediados de los noventa, los tribunales alemanes habían tenido escasas oportunidades de determinar la legalidad de los acuerdos informales. Esto se debía a que las negociaciones daban lugar a resultados consensuados en los que desaparecía cualquier necesidad de recurrir la sentencia.⁴⁶

A pesar de ello, en 1987 el BVerfG tuvo que resolver una causa en la que un condenado afirmaba que su defensa, el juez y el fiscal habían llegado a un acuerdo no permitido sobre el veredicto.⁴⁷ Allí el Tribunal consideró

the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, p. 200.

42. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 378. El acusado y los jueces legos solamente solían participar de las discusiones si las mismas tenían lugar durante el debate oral. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, en Thaman, S. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 160-161.

43. Cfr. Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, op. cit., p. 755. Resulta, por lo tanto, comprensible que un autor americano como Langbein haya escrito un artículo en 1979 señalando a Alemania como la tierra sin *plea bargaining*. Vid. Langbein, J., “Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It”, *Mich. L. Rev.*, 1979, vol. 78, N°2, pp. 204-225.

44. Vid. Deal, D., “Der strafprozessuale Vergleich”, *Strafverteidiger*, 1982, vol. 2, pp. 545-552.

45. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 375. El autor señala como un hito la reunión bianual de juristas de 1990 (*Juristentag*), en la que los acuerdos figuraron como uno de los temas de discusión.

46. Cfr. Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, op. cit., p. 766.

47. BVerfG, sentencia del 27 de enero de 1987, publicada en NJW, 1987, p. 2662, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 420.

que los agravios carecían de méritos, debido a que un compromiso sobre el fallo y la imposición de consecuencias jurídicas, teniendo en vista la producción de una confesión y el desistimiento de la persecución penal respecto de otros hechos, resultaba conforme a la Constitución. Se mencionó expresamente que la idea de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*),⁴⁸ que engloba como componentes esenciales la noción de justicia, los deberes de garantía de un eficaz funcionamiento de la administración de justicia y aquellos vinculados con que los delincuentes sean perseguidos, enjuiciados y condenados a una condena justa, no prohíbe que las partes intervinientes puedan llegar a un acuerdo.⁴⁹ Finalmente, se reiteró que, de todos modos, ciertos principios esenciales deben ser respetados, como el de persecución obligatoria, el deber del juez de investigar para determinar los hechos del caso y la correspondencia entre castigo y culpabilidad del autor.⁵⁰ Así, el Tribunal hizo hincapié en que las negociaciones no pueden en ningún caso reemplazar la decisión independiente de un juez con respecto a la pena y a la determinación de la culpabilidad.⁵¹

Puede observarse que los criterios expuestos para decidir la constitucionalidad de los acuerdos resultaban un tanto vagos.⁵² A su vez, poco después de la decisión la práctica condujo a resultados insostenibles, en los que la elección de la tramitación de los procesos pasaba a depender del arbitrio de los jueces y se producían situaciones de fuerza cercanas a la coacción.⁵³ Es por ello que el Tribunal Supremo Federal (BGH) debió analizar distintas situaciones problemáticas, imponiendo límites más concretos.

48. Sobre el principio de Estado de Derecho en el sistema jurídico alemán, y su incidencia en el problema de los acuerdos en derecho penal, vid.: Swenson, T., "The German 'Plea Bargaining' Debate", op. cit., pp. 383-392.

49. Vid. Gössel, K. H., "El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2005, vol. 26, N°79, pp. 35-36.

50. Para una sistematización de los principios esgrimidos por el BVerfG, junto con otros señalados por la doctrina, vid. Herrmann, J., "Bargaining Justice...", op. cit., p. 768; Swenson, T., "The German 'Plea Bargaining' Debate", op. cit., p. 420.

51. BVerfG, sentencia del 27 de enero de 1987, publicada en NJW, 1987, p. 2662, cit. en Swenson, T., "The German 'Plea Bargaining' Debate", op. cit., p. 420.

52. Cfr. Herrmann, J., "Bargaining Justice...", op. cit., pp. 768-769.

53. Sobre el tema, vid. Gössel, K. H., "El principio de investigación de oficio...", op. cit., pp. 36-37.

II.B. Los principios de la decisión del BGH de 1997 y su cristalización legislativa

En 1989, el BGH tuvo que analizar un caso en el que se impuso una pena más elevada que la acordada por las partes y consideró que el imputado debe poder confiar en las expectativas generadas por el tribunal con su conducta, por lo que todo cambio de parecer debe ser notificado con el fin de preservar el derecho a un proceso equitativo.⁵⁴ De esa forma, y al imponer determinados límites, el tribunal implícitamente avaló la práctica de los acuerdos, más allá de no haber mencionado, en concreto, las cuestiones vinculadas con su legitimidad.⁵⁵

En los años siguientes la jurisprudencia del tribunal estableció otras exigencias, como la prohibición de que el fiscal realice una acusación por otros delitos cuando había acordado no hacerlo,⁵⁶ o la necesidad de que se les avise a todos los acusados de las negociaciones entabladas.⁵⁷ Sin embargo, también comenzaron a aparecer decisiones contradictorias en las distintas salas.⁵⁸ Sólo a modo de ejemplo, en una sentencia se llegó a considerar que los acuerdos informales sobre confesiones resultaban incompatibles con el principio de Estado de Derecho,⁵⁹ en contra de lo que previamente había manifestado el BVerfG. Allí se mencionó que si bien el juez puede “tantear” a las partes por fuera del juicio y alentarlas para que realicen ciertas presentaciones, nunca podría realizar sugerencias sobre la pena o su ejecución. A

54. 36 BGHSt, sentencia del 7 de junio de 1989, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 420.

55. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 420; Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, op. cit., p.767.

56. 37 BGHSt, sentencia del 18 de abril de 1990, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 421.

57. 37 BGHSt, sentencia del 4 de julio de 1990, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 421.

58. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 100. Sobre este tema, véase el desarrollo del tema en: Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., pp. 420-424.

59. 37 BGHSt, sentencia del 23 de enero de 1991, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., pp. 422-423.

su vez, un acuerdo sobre el veredicto en ningún caso sería consistente con el principio mencionado.⁶⁰

Por estas razones, la Cuarta Sala Penal del BGH intentó armonizar la práctica que venía dándose con los principios rectores del proceso penal⁶¹ a través de una sentencia del 28 de agosto de 1997,⁶² en la que estableció una serie de requisitos que debían darse en los acuerdos para que pudiesen ser considerados admisibles.⁶³ Como paso previo, la Sala intentó solucionar el problema general de la legitimidad de estas prácticas, mencionando que el StPO no las prohíbe, de modo general.⁶⁴ Además, a través de un argumento *a minore ad maius*, consideró que esta clase de procedimientos no resultan incompatibles con el derecho procesal alemán, en tanto existen otros similares, como el §153a StPO, que permite que se dé un sobreseimiento con imposiciones, para supuestos de ofensas de escasa entidad, en caso de que exista consentimiento entre el acusado y la fiscalía.⁶⁵

Por otro lado, y como se mencionó previamente, el BGH intentó sistematizar diversos requisitos que en la práctica deben reunirse para que pueda haber un acuerdo legítimo y que deberán ser analizados a partir de un enfoque casuístico.⁶⁶ El primero de ellos se vincula con la garantía del

60. *Ibid.* Para mayor información sobre estas decisiones, véase: Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *op. cit.*, pp. 316-320.

61. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 100.

62. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997, publicada en Thaman, S., *Comparative Criminal Law. A Casebook Approach*, 2nd. Edition, Durham, Carolina Academic Press, 2008, pp. 151-156. Las referencias que siguen pertenecen a esa publicación –en inglés– de la sentencia.

63. Cfr. Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, *op. cit.*, 2010, p. 55.

64. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997.

65. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 100; Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, *op. cit.*, p. 164. Si bien el argumento lógico funciona para afirmar que el StPO no rechaza los acuerdos, eso no implica que automáticamente los acuerdos informales deban ser considerados legítimos. La diferencia que no tuvo en cuenta la Sala es que los llamados *Absprachen* no estaban explícitamente regulados, a diferencia del procedimiento que podía encontrarse en el § 153a StPO.

66. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997.

principio de investigación, que básicamente impide que la confesión sea la única base del fallo condenatorio y que obliga al tribunal a que evalúe los hechos desde una perspectiva penal.⁶⁷ Por el contrario, el juez debe analizar su credibilidad, en virtud del mandato de búsqueda de la verdad.⁶⁸

En lo que se refiere a la publicidad del acuerdo, este último no debe quedar relegado a lo que sucede fuera del debate y debe ser examinado en el juicio oral y asentado en el acta a los fines de permitir un recurso, aunque sin incluir las conversaciones previas llevadas a cabo por los intervinientes.⁶⁹ También debe respetarse en esos casos la intermediación, negándose la posibilidad de que se fije de antemano la pena, porque de lo contrario se impediría que el juez tome la decisión teniendo en cuenta la totalidad del debate, y se perdería el piso de una punición adecuada a la culpabilidad.⁷⁰ Solamente podría hacerse una promesa vinculante sobre el máximo de pena,⁷¹ sin perjuicio de que el magistrado podría imponer una pena superior en casos de descubrimiento de nuevos datos sobre la gravedad de los hechos, en atención al principio de culpabilidad, y previa advertencia de esta posibilidad.⁷² A su vez, una promesa respecto del veredicto en sí, siguiéndose lo señalado en anteriores decisiones, se encontraría vedada.⁷³

En lo que se refiere al *nemo tenetur*, el BGH enfatizó que el acusado no debe ser presionado para obtener una confesión a través de amenazas de

67. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. En otras palabras, el tribunal sigue obligado a descubrir la verdad de los acontecimientos y debe analizar si, en definitiva, la confesión resulta creíble. Véase: Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101; Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 39.

68. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101; Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 39.

69. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 173; Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, op. cit., p. 101.

70. Cfr. Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 39.

71. En particular, el tribunal señala que el acuerdo que tiene lugar en una audiencia pública, incluyendo a todas las partes, obliga al juez en caso de que se hayan cumplido todos los requisitos. Caso contrario, se violaría el derecho a un proceso equitativo del acusado. Véase, Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101.

72. Íd., p. 101.

73. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 165.

una pena más alta, o por medio de promesas sobre ventajas no previstas en la ley.⁷⁴ Sí sería permisible, en cambio, el ofrecimiento de una atenuación de la pena por confesión, debido a que eso se encuentra permitido en virtud de los principios generales de la medición de pena.⁷⁵ Finalmente, se negó la posibilidad de que el imputado pueda renunciar a su derecho al recurso antes de la sentencia,⁷⁶ algo que era muy común en la práctica, en virtud de que las facultades recursivas son independientes de la medida de la pena, y de que no puede exigírsele a una persona que desista de controlar su sentencia de antemano.⁷⁷

La recepción de estos requisitos fue heterogénea. Algunos autores consideraron que el establecimiento de estándares mínimos resultaba bienvenido, mientras que la mayoría de ellos se mostraron críticos.⁷⁸ A modo de ejemplo, basta mencionar las objeciones de Gössel, quien manifestó que más allá de que los esfuerzos por limitar una práctica desordenada resultan valorables, los parámetros no tenían en cuenta los intereses de las víctimas –quienes no pueden intervenir en el acuerdo–, ni resultan compatibles con lo que sucede en la realidad de los procesos.⁷⁹

El debate retomó su vigencia en el año 2005, cuando la Gran Sala en Asuntos Penales del BGH (*Großer Senat für Strafsachen*) emitió otra importante decisión,⁸⁰ en la que reafirmó los principios básicos sentados en

74. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. Vid. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, p. 169.

75. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101. Esto sin embargo no ayuda demasiado para solucionar el problema de la llamada *Sanktionsschere* (tijera o abanico de sanciones), es decir, casos en los que al mencionarse una atenuación se está haciendo una comparación entre un escenario en el que se produce la confesión (pena atenuada) y otro en la que no se produce, con una amplia distancia entre las sanciones. Estos inconvenientes, que pueden afectar la voluntariedad del acuerdo, serán analizados más adelante en este texto.

76. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997.

77. Íd, p. 102; Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., pp. 173-174.

78. Vid. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 165.

79. Cfr. Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 40. Según este autor, la opinión predominante en Alemania (al menos hasta hace unos años) consideraba que el acuerdo que pone fin al proceso penal entra en conflicto con casi todos los principios del procedimiento penal alemán. Cfr. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal?...”, op. cit., p. 24.

80. 50 BGHSt, sentencia del 3 de marzo de 2005.

1997,⁸¹ pero al mismo tiempo realizó algunas precisiones sobre, entre otras cosas, la imposibilidad de renunciar de antemano a la apelación, el contenido de la confesión y el peligro de presentarle al acusado una distancia desmedida entre las sanciones.⁸² Lo más notable en cuanto a la argumentación estuvo basado en la consideración de que los acuerdos no sólo eran legítimos porque había disposiciones similares regladas en el StPO, sino también por razones consecuencialistas, como su efecto de ahorro de trabajo.⁸³ También el tribunal mostró su preocupación, debido a que en los hechos no se seguían los lineamientos planteados, y porque las renunciaciones usuales al derecho al recurso impedían la puesta en marcha de los mecanismos de control.⁸⁴ Afirmó, además, que la práctica de *Absprachen* se estaba alejando de un modelo procesal de discusiones abiertas para sumergirse en uno de arreglos cuasi contractuales entre el tribunal y los demás participantes. Al darse cuenta de sus posibilidades limitadas de modificar la práctica, el BGH finalizó su decisión con un llamado urgente a la legislatura para establecer una regulación legal del tema.⁸⁵

Este llamado fue escuchado y finalmente en 2009 el Parlamento Federal alemán (*Deutscher Bundestag*) sancionó una ley modificatoria del StPO, que entró en vigor el 4 de agosto de ese año,⁸⁶ para autorizar expresamente las

81. Cfr. Bittmann, F., “Consensual Elements in German Criminal Procedural Law”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 19.

82. Para una transcripción de los segmentos más importantes de la decisión, junto con una crítica pormenorizada, véase: Gössel, K. H., “‘Quo vadis’, proceso penal?...” , op. cit., p. 24 y ss.

83. En particular, mencionó como razón importante los escasos recursos de la justicia, que impedirían el correcto funcionamiento de proceso penal, en especial si se tiene en consideración que el principio de agilización es un componente esencial del Estado de Derecho. Para una mirada crítica de esta argumentación: Gössel, K. H., “‘Quo vadis’, proceso penal?...” , op. cit., p. 18 y ss.

84. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 177.

85. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., pp. 177-178.

86. Cfr. Bittmann, F., “Consensual Elements in German Criminal Procedural Law”, op. cit., p. 19. La ley en cuestión fue sancionada el 29 de julio de 2009 y llevó el nombre de “Ley sobre la regulación de los acuerdos en el proceso penal” (*Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*).

negociaciones sobre un caso penal con el fin de acelerar el procedimiento.⁸⁷ La ley consistió en incorporar una nueva disposición (§ 257c), en la que se codificaron los distintos requisitos expresados por el BGH en sus decisiones.⁸⁸ Estos últimos podrían resumirse de la siguiente forma:⁸⁹ se permiten los acuerdos solamente en lo que se refiere a las consecuencias legales a imponerse (básicamente, sobre la pena)⁹⁰ a partir de una confesión y no puede incluirse una cláusula sobre la renuncia al derecho de recurrir;⁹¹ el pacto no puede versar sobre la eventual condena, en tanto el tribunal debe considerar que el acuerdo refleja la verdad material; el juzgador puede invitar a las partes a realizar acuerdos y sigue teniendo un rol activo, incluso indicando un límite máximo y mínimo de pena para acordar; las negociaciones tienen que anunciarse durante el juicio y ser leídas para que formen parte de las grabaciones, promoviendo la transparencia del proceso; los acuerdos en principio son obligatorios, pero excepcionalmente los jueces pueden apartarse de lo estipulado, cuando la sentencia no tiene en cuenta la gravedad del delito y/o la culpabilidad del imputado, y en estos casos la confesión resulta inadmisibles en el proceso. Pero más allá de los esfuerzos, los problemas de constitucionalidad no quedaban resueltos por la mera homologación legislativa de la práctica y los críticos de los acuerdos reposaron sus esperanzas en una decisión del BVerfG sobre la ley, que llegaría el 19 de marzo de 2013.

87. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 89.

88. Íd., p. 91.

89. Se toma como referencia el resumen realizado por Frommann, “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, op. cit., pp. 203-205.

90. Se deja de lado, por lo tanto, la posibilidad de que se produzca formalmente una negociación respecto de los cargos (*charge bargaining*). Cfr. Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, op. cit., p. 321.

91. En caso de que la defensa de todos modos desee renunciar a este derecho, el tribunal deberá explicarle al acusado que si esa renuncia formó parte del acuerdo, el tribunal no está obligado a mantenerla. Sólo tras esta notificación agravada podrá ser válida la mencionada renuncia. Cfr. Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, op. cit., p. 322.

III. La sentencia del BVerfG de 2013

III.A. Hechos y decisión de la Corte

El caso llegó al BVerfG a partir de los agravios constitucionales (*Verfassungsbeschwerden*) de tres personas que, separadamente, fueron condenadas a partir de procedimientos negociados. El punto en común de los tres casos era la supuesta violación de los requisitos dispuestos específicamente en el § 257 StPO, lo que habría dado lugar a acuerdos informales no reglados y, por lo tanto, inconstitucionales.⁹² En particular, dos de los condenados especificaron que el tribunal de juicio había violado la Constitución por no realizar el aviso previsto en el § 257c, 5 StPO y que consistía en informar que el tribunal cuenta con la posibilidad de establecer una pena distinta a la negociada en caso de que se hayan ignorado importantes circunstancias jurídicas o fácticas relevantes para la culpabilidad del imputado.⁹³ Si bien en los hechos el tribunal de grado no había hecho uso de esa facultad, el BVerfG señaló que la falta de cumplimiento del aviso produjo una vulneración al derecho del acusado a un proceso equitativo y la garantía del *nemo tenetur*.⁹⁴ Con respecto al tercer condenado, dos agravios constitucionales fueron esgrimidos.⁹⁵ Por un lado, el juez no habría comprobado la compatibilidad de la admisión de culpabilidad con los hechos de la imputación, a pesar del deber de realizar esa tarea. Por otro, al haberse considerado a la conducta del acusado como un robo menor, no sólo se habría dejado de lado la medida de la culpabilidad del imputado, sino que el exceso en la reducción de la pena –de cuatro a dos años– a cambio de una confesión habría

92. Vid. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014p. 94.

93. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 5.

94. Esto dio lugar a un reenvío al tribunal *a quo* para determinar si esto efectivamente le generó un perjuicio al acusado. Cfr. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 124.

95. Sobre el tema, se sigue el análisis propuesto por Weigend y Turner en: Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 94, nota al pie 67.

afectado la garantía contra la autoincriminación.⁹⁶ El BVerfG hizo lugar a estos argumentos, considerando que se habían violado ambas normas constitucionales.⁹⁷

Sin embargo, el núcleo de la decisión no se encuentra en la solución que se le dio a los casos puntuales, sino en el análisis que hace el Tribunal tanto de la legislación alemana, como de la práctica que se ha generado desde la sanción de la ley en 2009. En cuanto a la primera cuestión, consideró que las normas resultan compatibles con la Constitución, debido a que esta última no prohíbe que se produzcan negociaciones en el derecho penal. Por lo tanto, la legislatura democrática no tendría vedada la facultad de regular esta clase de procedimientos.⁹⁸ Agregó, además, que el poder legislativo tomó las precauciones adecuadas para garantizar que los acuerdos se realicen respetando los requisitos constitucionales.⁹⁹ Al no haber una contradicción entre la ley y la norma fundamental alemana, no fue necesario realizar una interpretación de la legislación conforme a la Constitución.¹⁰⁰

Pero lo interesante de la argumentación es que el BVerfG llegó a esta conclusión a partir de un análisis detallado de las previsiones legales, a la luz de los distintos principios que podrían verse afectados. Para ello recurrió a una interpretación “precisa” (*präzisierung*) de la normativa,¹⁰¹ que en los hechos termina haciendo las veces de un comentario autorizado de la ley.¹⁰² En ese sentido, el Tribunal recordó que el poder legislativo solamente

96. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 34.

97. Íd., párr. 128.

98. Íd., párr. 107.

99. Íd., párr. 100.

100. Íd., párr. 121. Una disposición legislativa debe ser interpretada conforme a la Constitución cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la conformidad de la norma con la Constitución, y por lo menos otra, a la inconstitucionalidad de una norma. Solamente en los casos en que no resulta posible realizar esta clase de interpretación, una norma debe ser declarada inconstitucional. Cfr. Kuhlen, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 24 y 28. En el presente caso, ni siquiera hizo falta realizar tal interpretación, a criterio del tribunal.

101. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 64 y 67.

102. Cfr. Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitu-

autorizó la práctica de los acuerdos en derecho penal dentro de un contexto limitado y dotado de mecanismos de protección, y que cuando se interpretan y aplican con exactitud estos últimos puede esperarse que se cumpla con los requisitos constitucionales del proceso penal.¹⁰³ Esta exégesis fue expuesta en los distintos apartados de la decisión a partir de diversos parámetros para determinar la legitimidad de esta clase de procedimientos en la práctica y que, en gran medida, ayudan a establecer límites.

En segundo lugar, el BVerfG analizó los problemas vinculados ya con lo que sucede en la práctica. Para eso se basó en un estudio dirigido por Altenhain,¹⁰⁴ cuyos resultados fueron utilizados para indagar en el estado actual de la cuestión en Alemania.¹⁰⁵ Se trata de una investigación empírica, en la que se intenta demostrar que quienes participan en la negociación y aprobación de esta clase de procedimientos se apartan de lo establecido por la ley. Las cifras son contundentes, y dan cuenta de que suele reemplazarse el procedimiento reglado por uno de acuerdos informales,¹⁰⁶ de que los procedimientos de divulgación de las negociaciones se consideran como una formalidad innecesaria, de que un 35,5% de los jueces no ha controlado la credibilidad de las confesiones en todos los casos y de que frecuentemente se incluye en el acuerdo una renuncia al derecho de recurrir en apelación.¹⁰⁷

tional Court Verdict of 19 March 2013?”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 48.

103. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 64.

104. El estudio se produjo en el año 2012 y partió de la entrevista de 190 jueces de Renania del Norte-Westfalia. A su vez, se entrevistaron a 68 fiscales y 76 abogados defensores, que actuaron como grupo de control. Para conocer la investigación completa, vid. Altenhain, K., Dietmeier, F. y May, M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2013.

105. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 48.

106. Por “informales”, entonces, se entenderá aquellos procedimientos que no respetan las formas que establece la normativa local, y que actuarían como garantías impuesta por el legislador. Vid. Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings...”, op. cit., p. 48.

107. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 49. Un análisis detallado de las cifras puede encontrarse en: Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings...”, op. cit., pp. 48-49.

Sobre este tema, el Tribunal consideró que todo acuerdo realizado informalmente, por fuera de lo que establece el StPO, se encuentra prohibido,¹⁰⁸ y criticó el hecho de que muchos procedimientos no estén sujetos a una revisión jurisdiccional posterior.¹⁰⁹ Empero, y a pesar de los datos objetivos y del rechazo de estas prácticas, consideró que la ejecución defectuosa de los acuerdos todavía no ha dado lugar a la inconstitucionalidad de la regulación legal.¹¹⁰ El razonamiento utilizado para llegar a esta conclusión fue el siguiente: una norma infringida a partir de una aplicación inconstitucional de la ley sólo produce una violación a la constitución si la práctica inconstitucional resulta atribuible a la regulación en sí misma, por contar con un déficit normativo estructural. Este último déficit no podría derivarse aún del mero hecho de permitir acuerdos en derecho penal, más allá de que esto ha demostrado ser peligroso para la realización del principio de culpabilidad.¹¹¹

Esta situación, evidentemente, podría cambiar en los próximos tiempos. Por esta razón el Tribunal le encomendó la tarea al poder legislativo de mantenerse alerta respecto de los futuros desarrollos en la práctica judicial. Si esta última sigue haciendo caso omiso a la regulación legal en una medida considerable y las garantías sustantivas y procedimentales de la ley resultan insuficientes para eliminar este déficit, el poder legislativo debe contrarrestar este desarrollo defectuoso.¹¹² Por lo tanto, la decisión funciona como una advertencia de que en un futuro, de seguir intensificándose las prácticas ilegítimas, podría darse lugar a una declaración de inconstitucionalidad.¹¹³

III.B. La interpretación “precisa” de la normativa sobre acuerdos

Se decía que a pesar de que el BVerfG no ve una contradicción entre la normativa legal que reguló los acuerdos en derecho penal con las distintas

108. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 76.

109. Íd., párr. 117.

110. Íd., párr. 116.

111. Íd., párr. 118.

112. Íd., párr. 121.

113. Cfr. Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings...”, op. cit., p. 53.

disposiciones de la Constitución alemana, de todos modos realizó una serie de aclaraciones respecto de cómo debe realizarse la interpretación.¹¹⁴ Esas pautas que ayudan a precisar la interpretación y aplicación del StPO, dan lugar a una serie de efectos individuales¹¹⁵ vinculados especialmente con las garantías que deben respetarse en la negociación, aprobación y control de los acuerdos, para evitar la colisión con derechos constitucionales.

Como ya se anticipó en el apartado anterior, el Tribunal descartó la posibilidad de que se realicen acuerdos informales, por lo que solamente serían válidos aquellos realizados de conformidad con la normativa procesal. Para ello, partió de dos consideraciones. En primer lugar, consideró que una conducta abierta y comunicativa del tribunal resulta un requisito evidente,¹¹⁶ por lo que las discusiones que tengan los participantes deben ser reveladas en juicio.¹¹⁷ En segundo lugar, resaltó que de la redacción de los límites impuestos en el StPO se puede inferir, sin lugar a dudas, que la intención de los legisladores era la de considerar admisibles los acuerdos sólo si se cumplían las obligaciones vinculadas con favorecer la transparencia y la documentación.¹¹⁸ En cuanto a estas últimas, el juez debe, tras la primera lectura de la acusación al comienzo del juicio, hacer saber si tuvieron lugar conversaciones entre las partes y cuál ha sido su contenido.¹¹⁹ Y si bien ciertas cuestiones técnicas vinculadas a la organización del procedimiento pueden no difundirse,¹²⁰ se establece el principio de que ante la duda debe producirse la divulgación.¹²¹ Lo mismo sucede cuando el acuerdo se produce durante el juicio oral, ya que debe mencionarse, y dejarse asentado en el expediente, quién sugirió

114. Cfr. Mosbacher, A., "The Decision of the Federal Constitutional Court...", op. cit., p. 6.

115. El término "efectos individuales" ha sido el utilizado por Mosbacher, y hace referencia a que la interpretación "específica" que propone el Tribunal afecta a todas las disposiciones particulares del StPO en lo que respecta a los acuerdos en derecho penal, como el contenido, el procedimiento y las garantías que deben respetarse. Vid. Mosbacher, A., "The Decision of the Federal Constitutional Court...", op. cit., p. 7.

116. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 106.

117. Íd., párr. 85.

118. Íd., párr. 96-97.

119. Íd., párr. 85.

120. Íd., párr. 84.

121. Íd., párr. 85.

que comenzasen las negociaciones, cuál es el contenido de cada una de las intervenciones de las partes y del juez, cuáles han sido los hechos tenidos en cuenta y qué propuestas de solución surgieron.¹²²

Un detalle no menor tiene que ver con las consecuencias de las violaciones a los deberes de transparencia y documentación de las negociaciones. El Tribunal no consideró a estas cuestiones como optativas. Por el contrario, afirmó que todas estas obligaciones forman parte de la inseparable unidad de disposiciones que dan lugar a la permisón o prohibición de los acuerdos.¹²³ Esto parecería dar lugar a que cada una de las infracciones a los deberes que permiten el control de lo actuado tiene el efecto de transformar en ilegítimo el acuerdo en su conjunto, salvo en casos verdaderamente excepcionales.¹²⁴

En lo que se refiere a las obligaciones derivadas del principio de legalidad procesal, que se vinculan con el objetivo del proceso penal de buscar la verdad material como realización del principio de culpabilidad, el Tribunal sostuvo que la obligación del juez de realizar una investigación exhaustiva sigue en pie a pesar de la decisión consensuada.¹²⁵ En otras palabras, el acuerdo en ningún caso puede ser suficiente para permitir una condena,¹²⁶ sino que esta última tiene que estar lo suficientemente fundada en hechos y circunstancias independientes.¹²⁷ Esto termina dando lugar a que el acuerdo pueda llegar a implicar una renuncia al derecho del acusado a presentar prueba, pero sin perjuicio de ello los hechos deben quedar lo suficientemente acreditados, reteniendo el juez el deber de buscar la verdad.¹²⁸

122. Íd., párr. 86.

123. Íd., párr. 96.

124. Íd., párr. 97. Coinciden en esta interpretación: Cfr. Mosbacher, A., "The Decision of the Federal Constitutional Court...", op. cit., p. 10; Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., "Plea Bargaining in Criminal Proceedings...", op. cit., p. 62.

125. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 104. Se trata de un entendimiento sustantivo del principio de culpabilidad, que asocia que solamente la culpabilidad "real" del acusado puede legitimar la imposición de una pena estatal. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., "The Constitutionality...", op. cit., p. 97.

126. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 105.

127. Íd., párr. 68.

128. En un mismo sentido: Cfr. Mosbacher, A., "The Decision of the Federal Constitutio-

A una solución similar se llegó respecto de los efectos de la confesión. Así como un pacto entre las partes nunca puede ser la única base para una condena, tampoco lo puede ser una mera confesión,¹²⁹ y su veracidad debe ser revisada durante el juicio.¹³⁰ Incluso el Tribunal recordó que una oferta de reducción en la pena puede dar lugar a confesiones al menos parcialmente falsas, por lo que resulta necesario un examen durante la audiencia.¹³¹ Parecería claro que, más allá del acuerdo, deben obligatoriamente presentarse otros medios de prueba, como la lectura de documentos o el interrogatorio como testigo de quien realizó los principales actos de la investigación.¹³² Por último, el Tribunal le encomendó a los fiscales la tarea de controlar que se cumpla con los requisitos constitucionales al momento de negociar. Incluso consideró que deben abstenerse de negociar cuando no se siga el procedimiento legal y luego apelar esa clase de acuerdos.¹³³

III. C. Valoración crítica

Lo primero que debe señalarse respecto de esta sentencia son los esfuerzos realizados por ofrecer un poco de claridad sobre un tema complejo, en el que suelen exponerse posturas completamente incompatibles entre sí. No sólo eso, sino que la utilización de información empírica sobre las prácticas vinculadas con los acuerdos ayuda a fomentar un debate integral sobre la problemática, que trasciende lo meramente especulativo e intenta dar cuenta de las arbitrariedades que suceden en los tribunales. Esta clase de investigaciones no son usuales en el contexto latinoamericano, por ejemplo, y sería por demás interesante la producción de tales emprendimientos a los fines de analizar las características que en la práctica tienen los acuerdos en derecho penal.

nal Court...”, op. cit., pp. 7-8.

129. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 70.

130. Íd., párr. 71.

131. Íd., párr. 110.

132. Cfr. Mosbacher, A., “The Decision of the Federal Constitutional Court...”, op. cit., p. 8.

133. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 93.

Aun así, la decisión del BVerfG no termina de resolver ciertos problemas básicos que genera la incorporación de los acuerdos en el proceso penal continental. A nivel de fundamentación de la legitimidad de estos mecanismos, se vuelve a mencionar que los mecanismos consensuales no se encuentran prohibidos ni en el StPO ni en la Constitución, pero eso no ayuda a resolver el aspecto central de la cuestión. La verdadera incógnita está en advertir si un procedimiento abreviado, en el que se relativizan principios clave como el de una investigación pormenorizada o la búsqueda de la verdad puede aceptarse en un Estado de Derecho,¹³⁴ respetuoso de la dignidad humana,¹³⁵ en donde la justicia debería estar por encima de la eficiencia.¹³⁶ Buscar la respuesta a una pregunta teórica compleja en una disposición constitucional da lugar a una tarea tanto estéril como ingenua y pierde de vista los aspectos esenciales del interrogante. A su vez, esta clase de argumentos resultan por demás problemáticos en sistemas jurídicos que establecen el derecho a un juicio oral y público como una garantía de rango constitucional. En ese sentido, puede que una constitución nada diga respecto de los acuerdos en materia penal, pero que explícitamente establezca el derecho del acusado a un juicio público, como sucede en Argentina, a través del establecimiento de, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, como instrumento internacional con jerarquía constitucional.¹³⁷ Esa discrepancia entre lo que se establece normativamente respecto de la publicidad del juicio y una práctica centrada en la celebración de acuerdos sin juicio oral debe ser explicada con fundamentos más fuertes que la mera ausencia de una prohibición expresa respecto de los mecanismos consensuales en materia penal.¹³⁸

134. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 95.

135. Vid. Hassemer, W., “Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding”, *Israel Law Review*, 2011, vol. 44, pp. 197-198.

136. Sobre el tema, vid. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos?’”, op. cit.

137. Art. 75, inc. 22 CN y art. 8(5) CADH.

138. En un sentido similar, pero con referencia al derecho constitucional a un juicio por jurados en los Estados Unidos, véase: Langbein, J., “On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, N°1, 1992, p. 120.

Por otro lado, el establecimiento de ciertos límites basados en principios constitucionales resulta por demás bienvenido a los fines de proporcionar un mayor control del mecanismo. Es cierto que muchas de las dificultades que pueden llegar a generarse, como eventuales violaciones al derecho al recurso o a la publicidad de los juicios, podrían evitarse a través del seguimiento de los estándares fijados por el Tribunal. Sin ir más lejos, en sistemas en los que se permite la celebración del juicio abreviado a través de una regulación escueta que relega a un segundo plano los mecanismos de control, las salvaguardas señaladas por el BVerfG aparecen como instrumentos de gran utilidad práctica, dignos de ser implementados. Pero más allá de este rasgo positivo, el excesivo énfasis en estas garantías resulta un tanto superficial, por el siguiente motivo: los procedimientos negociados en derecho penal de por sí están asociados a diversos riesgos de vulneración de derechos y garantías. Estas prácticas suelen llevarse a cabo en privado y elevan notablemente el peligro de condenar a personas inocentes, en tanto estas últimas pueden verse compelidas a brindar falsas confesiones para evitar una eventual condena, en especial en procesos complejos o con un amplio seguimiento mediático.¹³⁹ Sin ir más lejos, se ha llegado a considerar que el proceso penal alemán se encuentra amenazado, porque el procedimiento de negociación tiene como consecuencia *de facto* la abolición del juicio oral.¹⁴⁰ No se trata sólo de un problema de la práctica actual, como parece considerar el Tribunal, sino de los inconvenientes estructurales de toda legislación que permite los acuerdos en materia penal. Habría que preguntarse, entonces, si un sistema jurídico que pone de relieve los derechos de los acusados puede legítimamente darse el lujo de correr estos riesgos, bajo pretexto de celeridad y eficiencia. Es así que la afirmación del Tribunal de que la estructura de la ley en principio no es contraria a la Constitución y que, por lo tanto, los acuerdos (todavía) no son inconstitucionales puede, cuando menos, ser puesta en duda.

Ya en lo que se refiere a las limitaciones y salvaguardas, también deben realizarse algunas aclaraciones. Resulta al menos extraño que se les haya asignado a los fiscales la tarea de controlar que los otros participantes del

139. Cfr. Hassemer, W., "Human Dignity in the Criminal Process...", op. cit., p. 197.

140. Cfr. Huber, B., "Últimas tendencias en material de negociaciones en el proceso penal alemán", *Revista Penal*, 2008, N°22, p. 44.

proceso cumplan con las disposiciones legales. Debe recordarse que la parte acusadora en efecto tiene un interés en el resultado de la controversia,¹⁴¹ por lo que parecería ser poco realista un control, con un deber de apelación incluido, cuando un acuerdo informal “beneficiaría” también al fiscal.¹⁴² Este rasgo se debe, probablemente, al hecho de que en Alemania el rol del juez resulta preponderante ya en la celebración del acuerdo, debiendo ser buscadas instancias de control externas a los magistrados. Sin embargo, el traslado de consideraciones de este tipo a otros ordenamientos jurídicos debería ser cauteloso y quizá resulte preferible proteger al imputado de todo riesgo de afectación a la imparcialidad del juzgador, relegando a este último a un rol meramente pasivo en la negociación. De este modo, el juez quedaría en una mejor posición para controlar la legalidad que el fiscal,¹⁴³ mientras que este último podría tener un rol más activo en las negociaciones.

Por otro lado, los inconvenientes que genera el abanico o tijera de sanciones entre la pena que eventualmente se impondría tras un proceso y la que se ofrece para la confesión, no han sido definidos con la profundidad necesaria. En particular, el Tribunal no ofreció una guía clara para determinar cuándo la diferencia es tan amplia como para que pueda ser considerada desproporcionada y, de ese modo, apta para afectar la voluntariedad de la aceptación por parte del acusado.¹⁴⁴ Puede incluso que la diferencia entre dos sanciones posibles no sea coercitiva en sí, como señalan algunos autores,¹⁴⁵ pero aun así debería determinarse cuáles son los alcances, en

141. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 99.

142. Suele señalarse sobre el tema que tanto el fiscal como la defensa tienen diversas razones para querer declaraciones rápidas y, por lo tanto, estarán tentados de presionar a los acusados –muchos de los cuales pueden llegar a estar en una mala situación para resistirse– para que acepten un acuerdo. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, op. cit., p. 172.

143. En un mismo sentido, Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, op. cit., p. 178.

144. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 99.

145. Sobre el tema, véase, Langer, M., “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *Am. J. Crim. L.*, vol. 33, N°3, 2006, p. 229 y ss.

términos normativos, del concepto de coerción,¹⁴⁶ para lo cual la sentencia en análisis no resulta de demasiada utilidad. A su vez, la conflictiva relación entre un acuerdo beneficioso en relación con la pena en expectativa, aunque no desproporcionado, y el principio de culpabilidad, tampoco fue explorada de forma suficiente.

Finalmente, señalan Weigend y Turner que sigue habiendo interrogantes respecto del rol de las víctimas en estos procedimientos y también sobre las eventuales cuestiones de imparcialidad.¹⁴⁷ En cuanto al primer interrogante, las víctimas no tienen la posibilidad de coparticipar en el acuerdo, por lo que sus intereses ni siquiera serían tenidos en cuenta al momento de adoptar una decisión.¹⁴⁸ Y en lo que concierne al segundo interrogante, el problema básico puede apreciarse cuando un acuerdo sobre la confesión falla y el juicio debe continuar.¹⁴⁹ Asimismo se producen problemas en los casos tradicionales, en los que el pacto termina siendo exitoso, pero el juez ha tomado parte en las negociaciones y ha intentado inducir al acusado para que

146. Langer ofrece una interesante perspectiva que puede hacer las veces de punto de partida para una solución a este problema, a través de argumentos basados en nociones asentadas de filosofía moral. Es así que considera que los acusados en un proceso penal cuentan con ciertos derechos que puede anteponer tanto ante el fiscal como ante el sistema de justicia penal en su conjunto y que constituyen una base que no puede ser dejada de lado al momento de negociar un acuerdo –es decir, si se le ofrece menos que esa base al imputado, el acuerdo se vuelve coercitivo–. Estos derechos serían el de no soportar amenazas de un fiscal en casos en los que ningún jurado razonable llegaría a una condena; el de no recibir una pena desproporcionada, incluso en caso de ser culpable; y el de no ser acusado por ilícitos que no representen adecuadamente la conducta, o por la realización de acciones relativamente inocuas. Un análisis de esta posición ciertamente excede los límites de la presente investigación, pero al menos debe decirse que esta línea de trabajo merece ser explorada con mayor detenimiento. Para un resumen de la posición, véase: Langer, M., “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *Am. J. Crim. L.*, vol. 33, N°3, 2006, pp. 225-226.

147. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, *op. cit.*, p. 99.

148. Sobre el tema, vid. Gössel, K. H., “‘Quo vadis’, proceso penal?...”, *op. cit.*, p. 47.

149. Cfr. Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, p. 209.

admita su culpabilidad.¹⁵⁰ Y es que la imparcialidad del juez y la credibilidad del poder judicial se ven estorbadas por la participación del magistrado en las negociaciones, en la medida en que el rol que la ley le confiere para intervenir en el acuerdo se encuentra en conflicto con las tareas que se le han dispuesto constitucionalmente y que se centran en la toma de decisiones jurisdiccionales sin interferencias externas.¹⁵¹ En esos supuestos, el derecho del acusado a obtener un pronunciamiento de un juez que no cuente con prejuicios respecto de su culpabilidad, debería llevar no sólo a la inadmisibilidad de una eventual confesión por parte del acusado, sino también al apartamiento del magistrado que participó de las negociaciones, pero esta consecuencia no ha sido mencionada en la sentencia.¹⁵²

IV. El caso Natsvlishvili y Togonidze v. Georgia del TEDH

IV.A. Estado de la cuestión hasta el año 2014

Otra sentencia de gran interés para el debate en sistemas continentales es la que ha sido emitida por el TEDH el 29 de abril de 2014.¹⁵³ Allí el Tribunal se pronunció por primera vez en detalle sobre la adecuación de los acuerdos en derecho penal a los estándares que ha ido forjando en materia

150. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, en Sluiter, G. *et al.* (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, 2013, p. 1400.

151. Cfr. Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, p. 210.

152. Indispensable para comprender los problemas vinculados con la garantía de ser juzgado ante un tribunal imparcial: Sancinetti, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001. Para un análisis de la más reciente jurisprudencia del TEDH sobre el tema, vid: Grabenwarter, C., *The European Convention on Human Rights. Commentary*, München/Oxford/Baden-Baden/Basel, C.H. Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, pp. 120-122

153. TEDH, Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, párr. 10.

de garantías procesales.¹⁵⁴ No se trata de un tema menor, en tanto las prácticas de negociación generan, como ya se ha señalado, contradicciones con derechos fundamentales del acusado, de compleja solución. En los próximos párrafos se verá hasta qué punto el TEDH ha reconocido esos problemas y qué soluciones ha propuesto, pero antes se hará un breve esbozo de los estándares que hasta el año 2014 regían sobre el tema en el marco del sistema europeo de derechos humanos.

Si bien la Convención Europea no cuenta con disposiciones específicas respecto de la posibilidad de celebración de acuerdos en derecho penal, las previsiones sobre garantías procesales estuvieron muy influidas por principios propios de los sistemas procesales del *common law*, por lo que podía asumirse que esta clase de mecanismos no iban a ser sospechados de ilegitimidad durante las primeras etapas del Tribunal.¹⁵⁵ Es así que la vieja Comisión Europea de Derechos Humanos –cuyas funciones de instancia previa al TEDH fueron suprimidas por el Protocolo 11 de 1998– había considerado que no se producían conflictos entre las garantías judiciales de la Convención y la práctica de *plea bargaining*.¹⁵⁶

No obstante, el artículo 6 de la Convención Europea establece una serie de garantías que hacen al derecho a un proceso equitativo, que en principio deberían ser renunciados para que pueda proceder un acuerdo sobre la pena o sobre los cargos: el derecho a una audiencia pública y el derecho a examinar testigos, entre otros.¹⁵⁷ Sobre la posibilidad de renunciar a estos derechos, y en particular al de una audiencia pública, el TEDH ha considerado válida esa decisión por parte del acusado, siempre y cuando se trate de una mani-

154. Suele señalarse como causas para el surgimiento de negociaciones informales en Alemania que el énfasis en los derechos humanos, derivado en parte por la ambiciosa jurisprudencia del TEDH, dio lugar a obstáculos potenciales para un proceso fluido, a través de, por ejemplo, limitaciones para la incorporación de prueba. Esto debe agregársele el incremento de crímenes “sofisticados”, generalmente con dimensiones internacionales, que requieren grandes recursos y esfuerzos para la investigación. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 86. Sobre estos estándares, vid. Grabenwarter, C., *The European Convention on Human Rights. Commentary*, op. cit., pp. 153-170.

155. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, op. cit., p. 1398.

156. CEDH, Case of X. v. United Kingdom, Application N°5076/71, 23 de marzo de 1972; Case of R. O. v. United Kingdom, Application N°23094/93, 11 de mayo de 1994.

157. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, op. cit., p. 1398.

festación inequívoca, que no vaya en contra de un importante interés público y existan un mínimo de garantías alrededor del procedimiento.¹⁵⁸ Por el contrario, no puede predicarse tal validez cuando se ha ejercido coerción sobre el imputado, como en el caso en el que este último se ve forzado a aceptar un trato propuesto por la fiscalía bajo amenaza de cierre de su negocio y de una multa gravosa en caso de querer ir a juicio.¹⁵⁹ Pero más allá de estos supuestos puntuales, hacía falta una sentencia en la que se analizase detalladamente la regulación sobre acuerdos de un Estado como una cuestión central para la solución del caso, con especial hincapié en el problema de la validez del consentimiento del acusado al momento de celebrar el pacto. En la decisión que termina de delinear el objeto de estudio de esta investigación, *Natsvlshvili y Togonidze v. Georgia*, sí se produce el mencionado análisis, como se verá a continuación.

IV.B. Natsvlshvili y Togonidze v. Georgia: hechos del caso

El caso tiene lugar a partir de una demanda realizada contra el Estado de Georgia, en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, realizada el día 9 de marzo de 2005 por el señor Amiran Natsvlshvili y la señora Rusudan Togonidze –esposa del primero–, ambos nacionales georgianos.¹⁶⁰ El señor Natsvlshvili fue el director de una importante empresa estatal de automóviles desde 1995 hasta 2000, año en que fue designado presidente del comité supervisor de la compañía por los accionistas.¹⁶¹ Con el tiempo, se

158. TEDH, Case of Håkansson and Sturesson v. Sweden, Judgment, Application N°11855/85, sentencia del 21 de febrero de 1990, párr. 66; TEDH, Case of Schöps v. Germany, Judgment, Application N°25116/94, sentencia del 13 de febrero de 2001, párr. 48, entre otros.

159. TEDH, Case of Deweer v. Belgium, Judgment, Application N°6903/75, sentencia del 27 de febrero de 1980, párr. 50-54. A partir de esta sentencia se consideró que la renuncia a derechos procesales como producto de una negociación no sería aceptable en los casos en los que ninguna persona razonable, incluso siendo inocente, habría tomado el riesgo de exponerse a un juicio. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, op. cit., p. 1399.

160. TEDH, Case of Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, párr. 1.

161. Íd., párr. 9.

convertiría en el principal tenedor de acciones después del Estado y sufriría un secuestro en el año 2002.¹⁶²

El día 12 de marzo de 2004, el demandante fue acusado de haber reducido ilegítimamente el capital accionario de la empresa, a partir de la realización de ventas ficticias, transferencias y condonaciones de deudas.¹⁶³ Esto dio lugar a un arresto ampliamente cubierto por los medios de comunicación,¹⁶⁴ y tras la designación de un abogado y la negación de los hechos imputados,¹⁶⁵ se le impuso prisión preventiva al señor Natsvlishvili hasta el 15 de julio, que luego se extendería hasta el 15 de septiembre.¹⁶⁶ Durante los primeros cuatro meses de la detención, el demandante debió permanecer en la misma celda que la persona que lo habría secuestrado en 2002 y que un condenado por homicidio.¹⁶⁷

La investigación finalizó el día 6 de septiembre de 2004 con una imputación formal que fue rechazada por el señor Natsvlishvili, quien reafirmó su inocencia y su interés en cooperar con la investigación, asesorado por dos abogados y con la posibilidad de acceder al expediente en su totalidad.¹⁶⁸ A su vez, ese día tanto el imputado como su esposa transfirieron gratuitamente al Estado sus acciones en la empresa de automóviles.¹⁶⁹

Según el TEDH, el expediente cuenta con la declaración de la cuñada de la demandante en la que se afirmaba que el fiscal le habría demandado a la familia del acusado el pago de aproximadamente € 21.000 a un fondo de desarrollo, con el fin de realizar un acuerdo procedimental que permitiría terminar con la detención. Ese pago habría tenido lugar el día 8 de septiembre.¹⁷⁰

Al día siguiente, el demandante presentó ante el fiscal una declaración por escrito en la que solicitaba la realización de un acuerdo a través

162. Íd., párr. 10.

163. Íd., párr. 12.

164. Íd., párr. 13.

165. Íd., párr. 15 y 16.

166. Íd., párr. 19.

167. Íd., párr. 20.

168. Íd., párr. 22.

169. Íd., párr. 23.

170. Íd., párr. 25 y 26.

del procedimiento que había sido introducido en febrero de 2004 al sistema jurídico georgiano. Allí el acusado especificó que a pesar de considerarse inocente estaba dispuesto a llegar a un compromiso respecto de la pena y reparar el daño generado al Estado mediante el pago de € 14.700. Mencionó, además, que comprendía los términos del acuerdo.¹⁷¹ Ese mismo día, el fiscal realizó el ofrecimiento, que fue aceptado por el señor Natsvlshvili. En ese sentido, si bien no hubo confesión de los hechos, sí se produjo una cooperación activa con la investigación a través de la reparación del daño, incluyéndose la donación de las acciones de la empresa al Estado. Y a pesar de que la acusación se basó en un delito con una escala penal de seis a doce años, se consideró que a partir de la compensación económica y de los intereses en la eficiencia de la administración de justicia, podría ofrecerse un pacto que daría lugar a la imposición de una multa de € 14.700. El acuerdo fue firmado por el fiscal, el imputado –quien dejó asentado que su decisión no se produjo como consecuencia de coacción, presión o algún tipo de promesa indebida– y sus dos abogados.¹⁷² Posteriormente, pero también en el mismo día –9 de septiembre–, el fiscal requirió la aprobación del acuerdo al Tribunal de la Ciudad de Kutaisi (*Kutaisi City Court*) y una familiar del acusado realizó el pago de la multa a través de una transferencia bancaria.¹⁷³

Al día siguiente se celebró una audiencia oral ante el tribunal y allí el juez le explicó al demandante, quien estaba asistido por uno de sus dos abogados, cuáles eran sus derechos procedimentales. La respuesta por parte del acusado fue que estaba enterado de sus derechos y que aceptaba voluntariamente lo acordado, sin haber sido coaccionado durante las negociaciones por parte del fiscal. Estas afirmaciones fueron confirmadas por el abogado, quien además agregó que fue su cliente quien insistió en la realización del acuerdo con el fiscal y que, en su función de letrado, le brindó la necesaria asistencia jurídica.¹⁷⁴ En virtud de ello, y valiéndose de la prueba documental y los testimonios de distintos testigos brindados durante la etapa de investigación, el juez consideró que los cargos eran fundados, aprobó el acuerdo, declaró al señor Natsvlshvili culpable, sentenciándolo a una multa de €

171. Íd., párr. 27.

172. Íd., párr. 28.

173. Íd., párr. 29 y 30.

174. Íd., párr. 31.

14,700 y liberándolo de modo inmediato.¹⁷⁵ Esta decisión, según el ordenamiento jurídico de Georgia, no podía dar lugar a un recurso de apelación.¹⁷⁶

IV.C. Derechos en juego y argumentos de la parte demandante¹⁷⁷

En este caso estaban en juego distintos derechos. En particular, los demandantes consideraron que el procedimiento que culminó en el acuerdo había dado lugar a un proceso abusivo e injusto, contrario al artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) de la Convención Europea y el artículo 2 de su Protocolo Facultativo N°7 (derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal). Los siguientes párrafos de esta investigación se centrarán en estos derechos, sin perjuicio de que también se argumentó una violación a la presunción de inocencia (artículo 2, apartado segundo de la Convención) como consecuencia de las condiciones en las que produjo el arresto, al derecho a realizar peticiones individuales y al derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo Facultativo N°1).

Con respecto a la violación del derecho a un proceso equitativo y al doble conforme en materia penal, el demandante consideró que la aceptación del acuerdo implicaba la renuncia de ciertos derechos procesales y que esa renuncia no fue acompañada de resguardos efectivos contra abusos por parte del acusador. Para sustentar esta afirmación, se mencionó que a diferencia de lo que sucede en otros Estados, el modelo de *plea bargaining* en Georgia no le permitió el acceso a un abogado desde el comienzo de la investigación, ni facultó al juez para ejercer una revisión judicial suficiente de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo.¹⁷⁸

175. Íd., párr. 33.

176. Íd., párr. 34.

177. Los argumentos del gobierno de Georgia serán dejados de lado tanto por una cuestión de espacio, como por el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que en el caso no se ha producido una violación a ninguno de los artículos invocados de la Convención Europea. A los fines del trabajo, por lo tanto, resulta relevante la argumentación del Tribunal, que en gran medida dio la razón al Estado. De todos modos, la síntesis de la presentación del gobierno puede encontrarse en: TEDH, Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, párr. 78-84.

178. Íd., párr. 85.

Hizo referencia también a los informes realizados por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa¹⁷⁹ y por Transparency International,¹⁸⁰ en los que se había afirmado que el sistema de justicia georgiano operaba con una tasa de condenas superior al 99%. En virtud de que el acuerdo sería la única alternativa del acusado para obtener una pena reducida, su decisión nunca podría haber sido voluntaria. A esto deben sumársele las intolerables condiciones de detención, que llegaron a colocar al señor Natsvlshvili con quien lo secuestró años antes.¹⁸¹

Por otro lado, se hizo referencia a que el sistema jurídico de Georgia le brinda derechos y privilegios ilimitados a la fiscalía, lo que excluye toda posibilidad de que los acuerdos puedan celebrarse entre partes iguales.¹⁸² Este argumento referido a la ausencia de una verdadera igualdad se vería reforzado por el hecho de que ni el fiscal ni el juez habrían alertado al demandante de que estaba renunciando a sus derechos procesales. También alegó este último que el magistrado no estuvo en condiciones de controlar las condiciones en las que se llevó a cabo la negociación, debido a la ausencia de transcripciones o grabaciones. Además, el mero interrogatorio de un juez en una audiencia de conocimiento jamás habría podido ser una garantía efectiva, debido a que el imputado se encontraba detenido.¹⁸³

Finalmente, recordó que el tribunal aprobó el acuerdo en sólo un día, por lo que resultaba objetivamente imposible el estudio del caso en un período tan corto de tiempo. Esta situación daría cuenta de que en realidad la culpabilidad del acusado y su pena habrían sido determinadas por el fiscal. Y como agravante de la situación se manifestó que la transferencia de acciones y el pago de la multa se produjeron incluso antes del control jurisdiccional del acuerdo, por lo que en caso de abstenerse de negociar el señor Natsvlshvili se habría visto privado de su propiedad sin obtener nada a cambio.¹⁸⁴

IV.D. Solución del Tribunal

179. Íd., párr. 57.

180. Íd., párr. 58-61.

181. Íd., párr. 86.

182. Íd., párr. 87.

183. Íd., párr. 88.

184. Íd., párr. 89.

En primer lugar, el TEDH recordó que no es su tarea revisar si el derecho interno de un Estado es, *per se*, incompatible con los estándares de la Convención Europea, sino que debe analizar el caso concreto. Resaltó que los sistemas consensuales, que le permiten obtener al acusado una reducción en la pena o en los cargos a cambio de una declaración de culpabilidad o de no contradecir la imputación antes del juicio, o una cooperación sustancial con la investigación, resultan una característica común de los sistemas jurídicos europeos. Por lo tanto, llegó a la conclusión de que no hay nada de indebido en esta clase de mecanismos de negociación y señaló que, por el contrario, no sólo ofrecen beneficios al momento de acelerar los casos penales y aliviar la carga de trabajo de los tribunales, sino que también pueden ser una herramienta exitosa para combatir la corrupción y el crimen organizado, si se los utiliza correctamente.¹⁸⁵

A pesar de esta consideración, el Tribunal reconoció que al ser el efecto principal del *plea bargaining* una determinación de la culpabilidad del acusado a través de un examen jurisdiccional más breve, se da lugar a la renuncia de varios derechos procesales. Y si bien recordó que cualquiera de estos derechos procesales puede ser renunciado voluntariamente, también resaltó que esa renuncia debe estar acompañada de un mínimo de garantías, proporcionales a su importancia.¹⁸⁶ En casos como el de análisis, dos requisitos mínimos deben darse para que la renuncia pueda ser considerada convencionalmente adecuada. El primero de ellos se refiere a la necesidad de que el pacto sea aceptado de una forma verdaderamente voluntaria, por un acusado plenamente consciente de los hechos del caso y de las consecuencias jurídicas. En segundo término, el contenido del acuerdo y las condiciones de igualdad entre las partes negociantes deben estar sujetos a un control judicial suficiente.¹⁸⁷

Una vez sentados los dos elementos que deben estar presentes, el Tribunal pasó a analizar si además se daban en el caso. En efecto, señaló que estaban presentes y para ello se valió de diversos indicios. Entre ellos consideró relevante señalar que el demandado había sido quien solicitó la realización de un acuerdo, que contó con acceso al expediente y con el ase-

185. Íd., párr. 90.

186. Íd., párr. 91.

187. Íd., párr. 92.

soramiento de dos letrados seleccionados por él mismo y que aun así afirmó inequívocamente que deseaba reparar los daños señalados al Estado.¹⁸⁸

Si bien no se hizo referencia expresa a la oralidad y publicidad de los juicios penales, el Tribunal consideró importante que el control de lo acordado se había realizado en una audiencia pública.¹⁸⁹ También destacó el examen jurisdiccional realizado por el juez, quien preguntó al acusado y a su abogado si habían sido sometidos a algún tipo de presión indebida en la negociación, y las distintas ocasiones en las que se le recordaron al señor Natsvlisvili cuáles eran las consecuencias jurídicas de su accionar. En este contexto, el imputado habría manifestado en varias oportunidades que comprendía los términos del acuerdo y que no había sido sometido a coacciones o a falsas promesas.¹⁹⁰

Con respecto a las negociaciones previas, parecería bastar, a los fines del control jurisdiccional posterior, que el juez indague sobre su voluntariedad y que el acuerdo haya sido redactado por escrito.¹⁹¹ Se agregó, por otro lado, que la facultad que el ordenamiento procesal de Georgia le otorgaba al magistrado para disminuir la pena respecto de la solicitada por el fiscal, actuaba como garantía a favor del imputado.¹⁹²

Finalmente, el Tribunal descartó que se haya violado el derecho a un doble conforme en materia penal, por argumentos análogos a los que permitirían la existencia de los acuerdos en primer lugar. Así, consideró que resulta normal que el alcance de este derecho se viese limitado en un supuesto de *plea bargaining*, ya que se está renunciando expresamente al análisis jurisdiccional de los méritos de la causa. Por lo tanto, al aceptar el acuerdo, el demandante también habría renunciado a su derecho a una revisión en apelación y esta restricción no resulta arbitraria.¹⁹³

IV.E. Valoración crítica

188. Íd., párr. 93.

189. Íd., párr. 95.

190. Íd., párr. 93.

191. Íd., párr. 94.

192. Íd., párr. 95.

193. Íd., párr. 97.

El TEDH comienza a delinear su postura a través de una diferenciación entre el análisis de la adecuación convencional de la legislación de Georgia, que excedería sus facultades, y la resolución del caso concreto. Sin embargo, como señala Sancinetti, estas afirmaciones no hacen más que señalar lo que sucede en todo problema jurídico: se trata de establecer cuál es la solución correcta conforme a las circunstancias relevantes del caso.¹⁹⁴ Pero si lo que en realidad se quiere decir es que determinadas cuestiones básicas, como el alcance de los derechos establecidos en la Convención Europea, pueden variar de caso en caso a través de soluciones *ad hoc*, sin que puedan establecerse patrones generales, estaríamos en presencia de una forma arbitraria de resolver los problemas jurídicos.

En lo que se refiere a la legitimidad de los acuerdos, la justificación ofrecida resulta problemática. La mención del dato fáctico vinculado con la adopción de mecanismos consensuales como característica común a los sistemas jurídicos europeos aparece como un argumento de autoridad, que no aporta demasiado a la discusión. Puede que esta clase de constataciones sobre la existencia de un consenso en los distintos Estados parte sea necesaria, debido a que un tribunal internacional debe ser particularmente cauteloso al intentar revertir una práctica claramente asentada. Empero, la apelación a una práctica y a su aceptación en los hechos ignora un postulado kantiano elemental: del ser no surge ningún deber ser, por lo que con esos argumentos se podría justificar tanto la legitimidad de los acuerdos como la comisión de distintos delitos, por su ocurrencia masiva.¹⁹⁵

Puede observarse que subsiste el interrogante sobre las razones que darían legitimidad a esta clase de mecanismos, que suponen riesgos para la efectividad de ciertos derechos y garantías, en el marco de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos. Es así que el Tribunal intenta encontrar una justificación en los beneficios de los acuerdos en derecho penal, como la reducción del número penas y el fortalecimiento en la lucha contra la criminalidad compleja. Pero una justificación de este tipo debería ofrecer una mayor evidencia empírica ya que estas supuestas bondades sólo pueden ser consideradas en caso de ser reales –y hay razones para al

194. Cfr. Sancinetti, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal...*, op. cit., pp. 95-96.

195. Cfr. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal?...”, op. cit., p. 22.

menos desconfiar de estos supuestos beneficios, tanto desde el punto de vista del imputado como desde el de las víctimas—. ¹⁹⁶ Por otro lado, esta clase de fundamentaciones que se centran en la necesidad de dar lugar a una administración de justicia más eficiente o más conveniente no resultan adecuadas para responder a las objeciones principales que se alzan contra los acuerdos. Estas objeciones, como ya se señaló, están basadas en nociones de justicia, no de resultados, tales como el aumento de las probabilidades de condenar inocentes –o de que culpables sean condenados por delitos más serios que los cometidos–, de afectar la equidad del proceso o de dar lugar a condenas que no reflejen la gravedad de la ofensa o que aparezcan como desproporcionadas. ¹⁹⁷ A su vez, y ya en lo que se refiere al caso concreto, la argumentación brindada sobre la posibilidad de evitar la imposición de una pena por el tribunal solamente sería razonable en aquellos casos en los que no tiene lugar una sentencia, y no en los supuestos como el del caso en donde el imputado fue efectivamente penado, más allá de no haber sido privado de la libertad tras la condena.

También el TEDH señaló que los derechos procesales establecidos en la Convención pueden ser renunciados voluntariamente por los acusados. Este argumento resulta atractivo, porque implícitamente está resaltando que los únicos que pueden disponer de las garantías son los imputados y no otras partes del proceso. El problema, de todos modos, está en desconocer la faceta de las garantías no ya como derecho, sino como limitación al poder estatal. Al considerar que pueden dejarse de lado cuestiones tales como el juicio previo, el derecho a producir prueba o de recurrir, se está olvidando que la imposición de penas en un Estado de Derecho presupone restricciones al poder discrecional del Estado, no disponibles por los ciudadanos. ¹⁹⁸ Esto último se vincula con la noción de publicidad del debate, que tiende a brindarle transparencia al procedimiento, que puede ser considerado como

196. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p. 173.

197. *Ibíd.*

198. Sobre el tema, vid. Córdoba, G., “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 236.

un principio fundamental en una sociedad democrática y que por lo tanto trasciende la faceta meramente individual.¹⁹⁹ Con esto no se quiere decir que el argumento de la renunciabilidad sea incorrecto, sino que hacen falta razones más fuertes que las ofrecidas para poder sostenerlo, que no pierdan de vista que el rol de las garantías como herramienta de la ciudadanía para controlar y limitar los actos estatales.

Al considerar legítimos los mecanismos consensuales el TEDH, al igual que el BVerfG, intenta ofrecer límites para su práctica. En este caso se presentan dos elementos que funcionarían como *conditio sine qua non* para la celebración de un acuerdo legítimo: la voluntad del acusado y el control judicial posterior. Si bien ambos resultan adecuados en principio, deben realizarse algunas distinciones respecto del criterio del Tribunal. En lo que se refiere a la voluntariedad no se trata simplemente de determinar si el acusado conocía las consecuencias de su decisión, como parecería desprenderse de la solución del caso, sino de garantizar una igualdad real entre quienes negocian y la ausencia de presiones derivadas del accionar de las otras partes, o bien de la estructura del modelo procesal.²⁰⁰ Y si bien en la sentencia se habla de una voluntad “genuina”, lo cierto es que la aplicación del principio al caso concreto resulta, como mínimo, superficial. Esto se debe a que el Tribunal se conforma con que se le haya avisado al acusado del contenido del acuerdo y sus consecuencias, pero no toma en cuenta factores tales como el hecho de haber negociado en prisión preventiva, las precarias condiciones de detención, la enorme brecha de sanciones o el hecho de haber tenido que ceder parte de su patrimonio antes de siquiera comenzar a negociar. Estas turbias circunstancias del caso deberían haber bastado para considerar que las garantías del imputado habían sido violadas, como bien afirma el voto en disidencia.²⁰¹

199. Cfr. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal?...”, op. cit., p. 24.

200. Vid. Langer, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo...”, op. cit., p. 128 y ss.

201. En su voto parcialmente disidente, el juez Gyulumyan resalta justamente que las oscuras circunstancias del caso (*shady factual circumstances*) impiden afirmar que el acusado y el fiscal se encontraban en una situación de igualdad, y que las garantías deben ser aplicadas de un modo más estricto que el propuesto por la mayoría. Por esos motivos, y a través de un análisis breve pero incisivo de los hechos del caso, concluye que ha habido una violación al derecho a un proceso equitativo y al derecho a recurrir en apelación. Vid. TEDH, Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Appli-

Un problema similar puede encontrarse en la aplicación del requisito del control judicial, ya que bastaría con la incorporación del acuerdo al expediente y la celebración de una audiencia en extremo abreviada. Esto de ningún modo resulta suficiente para que el juez encargado de la revisión pueda controlar lo que verdaderamente sucedió, sino que sería necesario incorporar e incluso grabar las negociaciones en su totalidad, tanto que permita afirmar la verosimilitud de los hechos imputados. Las preguntas que el juez que homologa el acuerdo pudiese llegar a realizar en una audiencia de conocimiento, vinculadas con la existencia de coacciones al momento de celebrarse el acuerdo, pueden ser relevantes para la protección de los derechos del acusado, pero de ningún modo suficientes. Lo importante debería ser no otorgarle a la declaración de culpabilidad más valor que aquel que debería tener en un proceso ordinario. Es decir, la eventual confesión del imputado sobre la comisión de un hecho punible todavía debería corroborarse según los estándares probatorios requeridos para dar lugar a una condena.²⁰² Una salvaguarda importante para asegurar este aspecto podría ser la obligación de que el fiscal, como mínimo, presente por escrito un resumen de su caso, con el fin de que pueda afirmarse que al menos *prima facie* había una chance razonable de obtener una condena.²⁰³

Por último, el Tribunal considera que el derecho al recurso también es renunciable y que una imposibilidad legal de apelar resulta una restricción razonable que el acusado debe tener en cuenta antes de someterse voluntariamente a un procedimiento abreviado. Esta concepción pasa por alto que el condenado debe saber cuál es el contenido de la sentencia para poder recurrir. Si de antemano se lo obliga a renunciar a las vías recursivas, o directamente no se prevé la posibilidad de apelar, se estaría cercenando el derecho, más que restringiéndolo legítimamente.²⁰⁴ No sólo eso, sino que

cation N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, Partly Dissenting Opinion of Judge Gyulumyan.

202. Vid. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p. 178.

203. Íd., pp. 178-179.

204. El Tribunal, además, debería haber realizado un análisis de proporcionalidad más profundo, de acuerdo a los estándares que viene manejando para determinar si una restricción a derechos convencionales resulta legítima. La mera afirmación de que en estos

la renuncia debería verse con extremo recelo, debido a que de esta forma se impide la posibilidad de un control jurisdiccional posterior, cuando este último puede resultar indispensable para asegurar que la condena se adecua a la realidad. Piénsese en el caso de un imputado inocente que se vio coaccionado por el fiscal para celebrar un acuerdo que incluía la cláusula de renuncia “voluntaria” al derecho al recurso. Si se considera que un pacto así resulta válido, el imputado se vería imposibilitado de obtener un control jurisdiccional simple de una condena injusta y sólo contaría con remedios excepcionales, que pueden estar o no receptados en el ordenamiento procesal, para obtener la anulación del acuerdo por coacción. Esta última situación, además, probablemente requeriría que el imputado acredite una situación de presión que quizá tuvo lugar a puertas cerradas y de la que pueden no quedar rastros.

V. Reflexiones finales: ¿enseñanzas para el debate latinoamericano?

De todo lo expuesto, resta extraer cuáles son los aspectos que pueden resultar útiles para enriquecer el debate sobre los acuerdos en los sistemas procesales de tradición continental. La conclusión general podría plantearse de la siguiente manera: el problema de la legitimidad de los mecanismos consensuales en un Estado de Derecho sigue estando sin resolver. Si bien tanto el BVerfG como el TEDH intentan justificar estas prácticas, los argumentos resultan insuficientes y no aportan demasiado a un debate caracterizado por posiciones que parten de posturas filosóficas y jurídicas muchas veces contrapuestas. De más está decir que estas decisiones no darán cierre a una discusión que probablemente no pueda ser resuelta a través de una sentencia.

En cambio sí pueden encontrarse argumentos interesantes en lo que se refiere a los requisitos y límites a los que deben ser sometidos los mecanismos de negociación en derecho penal, más allá de que resulta compleja la tarea de delinear los alcances de un instituto cuando los fundamentos que lo sustentan son endeble. Es así que por más que se parta de la base de que es-

casos el acusado se somete voluntariamente a un proceso con menos garantías, y que de eso resulta una restricción razonable, luce insuficiente desde todo punto de vista.

tos acuerdos son legítimos y de que no violentan derechos fundamentales, lo cierto es que se corre el riesgo de que estos últimos se vean vulnerados en la práctica. Por ese motivo, los altos estándares impuestos por el BVerfG, más allá de las críticas expuestas y de que puedan ser engorrosos en la práctica, resultan valiosos. En especial el esfuerzo por garantizar de la mejor forma posible la transparencia de los procedimientos, el respeto por el principio de culpabilidad y el *nemo tenetur*, resulta indispensable.

En el caso del TEDH, la perspectiva parecería ser un poco menos auspiciosa, debido a que determinó requisitos más generales que en el caso del BVerfG, acompañados de una aplicación bastante laxa al caso que debió resolver. Sin embargo, esto podría tener una explicación: se trata de un tribunal internacional que verifica el cumplimiento de ciertos estándares de protección *mínimos* en materia de derechos humanos, que deben cumplirse en el territorio de todos los Estados parte. Esto implica que en los ordenamientos jurídicos internos pueden (y deben) establecerse medidas de protección más intensas, que aparezcan como verdaderos derechos del acusado. Así, los dos elementos que deben verificarse en los acuerdos para ser convencionalmente adecuados pueden servir de punto de partida para evitar arbitrariedades, pero no constituir un techo en lo que se refiere al establecimiento de salvaguardas.

Resulta particularmente interesante, en ambos casos, que se ha recurrido a investigaciones empíricas para resolver los casos jurídicamente. Esta clase de prácticas no es común en el marco de la ciencia jurídica de países como Argentina, por lo que estos ejemplos deberían servir de enseñanza y, quizá, de punto de partida para futuros proyectos de investigación.

Como conclusión debe decirse que en las sentencias recientes del BVerfG y del TEDH demuestran que el problema que generan los acuerdos en derecho penal no es algo privativo de la práctica y academia latinoamericana. Sólo resta esperar que estas sentencias recientes colaboren a fomentar la discusión y que sus aspectos positivos sean tenidos en cuenta por nuestros tribunales, con el fin de forjar un derecho procesal penal cada vez más justo y transparente.

Bibliografía

Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, en Thaman, S. (eds.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full*

- Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 157-178.
- Altenhain, K., Dietmeier, F. y May, M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2013.
- Bittmann, F., “Consensual Elements in German Criminal Procedural Law”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 15-42.
- Córdoba, G., “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 229-250.
- Deal, D., “Der strafprozessuale Vergleich”, *Strafverteidiger*, vol. 2, 1982, pp. 545-552.
- Díaz Cantón, F., “Juicio abreviado vs. Estado de derecho”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 251-276.
- Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, pp. 547-605.
- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p. 171.
- Ferrajoli, L., “Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 31-50.
- Frisch, W., “Transformaciones del Derecho Penal como Consecuencia del Cambio Social”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21, 2014, pp. 15-40.
- Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, pp. 197-220.
- Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal? (¿A dónde vas, proceso penal?)”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2010-1: La defensa penal, pp. 11-52.
- “El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2005, vol. 26, N°79, pp. 33-45.
- Grabenwarter, C., *The European Convention on Human Rights*.

- Commentary*, München/Oxford/Baden-Baden/Basel, C.H. Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Hassemer, W., “Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding”, *Israel Law Review*, 2011, vol. 44, pp. 185-198.
- Herrmann, J., “Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice?”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 53, 1991-1992, pp. 755-776.
- Hoven, E. y Safferling, C., “Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court”, en Hoven, E. y Safferling, C. (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 1-4.
- Huber, B., “Últimas tendencias en material de negociaciones en el proceso penal alemán”, *Revista Penal*, 2008, N°22, pp. 44-49.
- Kuhlen, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Langbein, J., “Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It”, *Mich. L. Rev.*, 1979, vol. 78, N°2, pp. 204-225.
- “On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, N°1, 1992, pp. 119-127.
- “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, 1978, pp. 3-22
- Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, en Thaman, S. (eds.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 3-80.
- “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 97-133.
- “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *Am. J. Crim. L.*, vol. 33, N°3, 2006, pp. 223-299.
- “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas desde la periferia”, en García Yomha, D. y Martínez, S. (eds.), *Revista de Derecho Procesal Penal, Número Extraordinario: El Proceso Penal*

- Adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Tomo II, 2009, pp. 53-134.
- Malarino, E., “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e. V, pp. 25-61.
- Mosbacher, A., “The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 5-14.
- Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, N°2, 2001, pp. 296-331.
- Rusconi, M., “Iura novit curia y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas”, [En línea] *Boletín Semestral GLIPGö*, 2013, N°5, pp. 2-22. Disponible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,71/gid,765/task,doc_download/> [Consulta: 11.07.2014].
- Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos?’”, [En línea] *elDial.com*, Doctrina, DC138 F, publicado el 11 de junio de 2010.
- *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013?”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 43-64.
- Schünemann, B., “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Revista de Derecho Penal*, N°11, 2000, pp. 111-118.
- Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, *Pace International Law Review*, vol. 7, N°2, 1995, pp. 373-429.

- Thaman, S., *Comparative Criminal Law. A Casebook Approach*, 2nd. Edition, Durham, Carolina Academic Press, 2008.
- Turner, J., “Plea Bargaining”, en Carter, L. y Pocar, F. (eds.), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 34-65.
- Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, en Sluiter, G. *et al.* (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, 2013, pp. 1375-1413.
- “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 81-106.