



March 2014

Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana

Contact
Author

Start Your Own
SelectedWorks

Notify Me
of New Work

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.pen@thomsonreuters.com Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

- Democratización y penalidad en la Argentina (1983-1989)
Por **Máximo Sozzo** 3
- Principios para la interpretación de la trata de personas
Por **Daniel E. Adler** 33
- Grooming: el nuevo art. 131 del Código Penal
Por **Mauricio Cueto** 44

NOTA A FALLO

- Delitos de lesa humanidad y conexidad
Por **Patricio Nicolás Sabadini** 49

Penados: Algo más que educación o trabajo Por David G. Mangiafico	60
<i>JURISPRUDENCIA</i>	
PRESCRIPCIÓN / La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y delitos conexos (CFCasación Penal). <i>Con nota Patricio Nicolás Sabadini</i>	49
NULIDAD DE LA SENTENCIA / Traslado de un detenido que era alumno regular del centro donde estaba alojado. Afectación del derecho a la educación. Rechazo de la acción de habeas corpus sin haberse realizado la audiencia del Art. 14 de la Ley 23.098. LEGITIMACION. Procuración Penitenciaria de la Nación (CNCasación Penal). <i>Con nota de David G. Mangiafico</i>	60
CRIMINOLOGÍA	
<i>DOCTRINA</i>	
Jock Young (1942-2013): el “causante” de la herencia crítica de la criminología Por Gabriel Ignacio Anitua	73
DERECHO PROCESAL	
<i>DOCTRINA</i>	
La “negociación” y la “celeridad” en los procedimientos especiales y diferenciados de la provincia de Buenos Aires Por Juliana Oliva	89
La doble instancia como principio efectivo Por Eduardo Balestena	101
Los acuerdos en el procedimiento penal según la Corte Constitucional Alemana Por Darío Nicolás Rolón	104
NOTA A FALLO	
Pérdida de la potestad acusatoria y desorden procesal Por Sebastián Gherzi	122
Recurso del Fiscal y la doble instancia Por Diego Freedman	128
<i>JURISPRUDENCIA</i>	
ELEVACIÓN A JUICIO / Validez. Legitimación del Ministerio Público Fiscal para solicitarlo. Irrelevancia de que no haya apelado un sobreseimiento previo (CNCrim. y Correc.). <i>Con nota de Sebastián Gherzi</i>	122
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / Recurso de inconstitucionalidad y el estándar de admisibilidad (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). <i>Con nota de Diego Freedman</i>	128

EJECUCION DE LA PENA	
<u>DOCTRINA</u>	
Las escalas penales reducidas del fuero penal juvenil y el instituto de la prescripción de la acción penal Por Raúl F. Elhart	139
DELITOS INFORMATICOS	
<u>DOCTRINA</u>	
Internet y derecho penal: cuestiones críticas Por Silvina Andrea Alonso	145
PENAL JUVENIL	
<u>DOCTRINA</u>	
El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming) en el Código Penal argentino Por Gustavo E. Aboso	151
<u>NOTA A FALLO</u>	
Menores, culpabilidad disminuida y pena Por Adrián Tellas	160
<u>JURISPRUDENCIA</u>	
MENORES / Determinación de los requisitos de la sentencia de absolución impuesta a un menor (CFCasación Penal). <i>Con nota de Adrián Tellas</i>	160
POLITICA CRIMINAL	
<u>DOCTRINA</u>	
Juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires Por Francisco Castex y Andrés M. Dubinski	183
Determinación judicial de la pena: ¿Es posible apartarse de los mínimos penales? Por Pablo L. Tello	194
DERECHO PENAL AUTORITARIO	
<u>DOCTRINA</u>	
Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el derecho penal fascista Por Francisco Muñoz Conde	205

Filippo Grispigni (Viterbo, 31 de agosto de 1884-Roma, 20 de agosto de 1955) Por Massimo Donini	211
La función de la pena en el pensamiento de Benito Mussolini. Afirmaciones del Duce de histórica importancia para el Derecho penal italiano Por Filippo Grispigni	214
BIOGRAFIA	
Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos, por Diego Zysman Quiros, comen- tado por José Angel Brandariz García	223
Criminología I, por Vincenzo María Mastronardi, comentado por José Luis Puricelli	227

Los acuerdos en el procedimiento penal según la Corte Constitucional Alemana

POR DARÍO NICOLÁS ROLÓN

Sumario: I. Introducción. — II. Panorama de la cuestión en la jurisprudencia. — III. La ley de acuerdos del 29 de julio de 2009 (Ref. esp. §257c StPO). — IV. La sentencia. — V. Análisis. — VI. Fazit. — VII. Bibliografía.

I. Introducción

Una larga historia de pronunciamientos jurisprudenciales de los acuerdos en el proceso penal por parte de la Corte Constitucional Alemana y de la Corte Federal Alemana pareció encontrar término con la sanción de la ley de acuerdos en 2009. La recepción legislativa de las sentencias de los tribunales, sin embargo, no sólo no pareció resolver todos los inconvenientes prácticos que plantean los acuerdos en el proceso penal y las lógicas lagunas de regulación pretoriana, sino que, en paralelo, suministró razones suficientes para diferentes planteos de inconstitucionalidad del §257c StPO.

En este artículo me ocuparé de los argumentos de la sentencia relacionados con la validez constitucional del §257c StPO. (1) Si bien la sentencia se refiere a la regulación en Alemania, los argumentos de la corte podrían ser extensibles al examen de la praxis y regulación normativa de los acuerdos en los sistemas procesales que han incorporado la figura del juicio abreviado o mecanismos similares de aceleración del proceso, y podrían tener incidencia en las sentencias de los países de Europa que han legislado el acuerdo, como es el caso de España (2), así como también

en prácticamente toda Latinoamérica (3) y que deben ser examinados de acuerdo con los principios constitucionales que informan el proceso penal; por esa misma razón se hará una síntesis de los argumentos del tribunal, y se prescindirá de la descripción de las particularidades de los litigantes.

II. Panorama de la cuestión en la jurisprudencia

a) Origen jurisprudencial de los acuerdos

La práctica de los denominados “acuerdos” en el proceso penal no han tenido una repercusión importante ni la jurisprudencia de la Corte Federal Alemana (BGH) ni en el BVerfG sino hasta finales de la década del ochenta del siglo pasado; la primera sentencia sobre el tema data de 1987 conforme con la cual “la justicia no se puede negociar” (4); aunque, diez años más tarde, el

prácticas que se incrementaron especialmente a través de la circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado en función del art. 781 de la ley de enjuiciamiento criminal (procurar acelerar el proceso). En 2002 se introdujo mediante la ley 38/2002 que, junto con la ley orgánica 8/2002, redefinieron el mecanismo de aceleración del proceso, y finalmente la ley orgánica 15/2003 del 25 de noviembre dio al acuerdo su forma final.

(3) Argentina, CPP, 431bis; Bolivia, CPP, 473/474; Chile, CPP, 406/415; Costa Rica, CPP, 373/375; Colombia: CPP, 40; Cuba, LPP, 481/489; Ecuador, CPP, 369/370; Guatemala, CPP, 464/466; CPP, Honduras, CPP, 403/404; Nicaragua, CPP, 61/62; Panamá, CPP, 220; Paraguay, CPP, 420/421; Perú, CPP, 468/471; Puerto Rico, RPC, 72; República Dominicana, CPP, 363/365; (Brasil, prevé un mecanismo de aceleración del proceso, pero no del estilo del que aquí me ocupó, CPP, 531, lo mismo que Uruguay, CPP, 262) en México tiene jerarquía constitucional, CN, 20, A, VII; Venezuela, CPP, 372; El Salvador, CPP, 417/418.

(4) GALLANDI, Volker, *Anmerkung, BVerfG, Besch. V. 27.1987 -2BvR 1133/86*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) Beck (München-Frankfurt, 1987)*, p. 420.

(1) BVerfG, 2 BvR 2628/10 del 19.3.2013, párrafos-Núm. (1-132). Por razones de espacio haré una breve descripción de su contenido. Para mayor claridad también haré un breve repaso y referencia al estado de la cuestión sobre los acuerdos en Alemania, junto con una síntesis del contenido normativo del §257 c StPO.

(2) Por ejemplo, Alemania, § 257 c StPO; Italia, CPP, 444/448; Suiza, CH StPO, 358/362, en España, las modificaciones del régimen ordinario de terminación de los procesos tuvieron lugar originariamente mediante el art. 801 (que se complementa con otros tales como los Arts. 787-655 de la ley de enjuiciamiento criminal -LECRIM-), en vigor desde 1988 mediante la ley orgánica 7/88 del 28/12/1988,

28.08.1997, el Cuarto Senado del BGH, a pesar de la inexistencia de una ley sobre acuerdos, se pronunció a favor de la validez de los acuerdos en el proceso penal, estableciendo una serie de reglas prácticas, paulatinamente adoptadas por el resto de la jurisprudencia. (5) Los déficits y lagunas de la praxis jurisprudencial incrementaron las “regulaciones del instituto” (6) de la Corte Federal (BGH) y la Corte Constitucional Alemana (BVerfG), al reconocer que la instauración de prácticas de abreviación del proceso respondía a razones de economía procesal, con la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad del acusado y proteger los derechos de la víctima. (7)

El Gran Senado del BGH destacó en reiteradas oportunidades el deber del tribunal de examinar exhaustivamente el contenido del acuerdo en la medida que fuera protocolizado e incorporado al expediente (8), con participación del juez, acusado o su defensor, y el representante de la fiscalía (9), además de que se debían adoptar especiales recaudos si intervienen varios co-imputados. (10)

(5) BGHSt 43, 195; VELTEN, Petra, Vor §§257b-c, 419, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band V §§246a-295 StPO (en adelante SK-StPO), Wolter (Hrg.) 4. Aufl., Carl Heymanns (2012), Núm. márg. 1, p. 320.

(6) De la necesidad de averiguar la verdad material como finalidad del proceso se extrajo el argumento de que el tribunal podía continuar con la averiguación de la verdad, a pesar de la confesión del imputado. La averiguación de “otra verdad”, por medio de la prueba, diferente de la verdad de la confesión, no le restaba parte de crédito a la confesión del imputado, sino que la podía considerar a los fines de la determinación de la pena, para cumplir con el mandato de adecuación de la pena a la culpabilidad del imputado (BGHSt 50, 40, 63; BGHSt 20, 268).

(7) WOLTER, Jürgen, *Das Strafverfahren in den Zeiten der “Eilkrankheit”*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) Beck (München, Frankfurt, 2010) p. 2471. En realidad el gran senado tendría que haber reconocido, a la luz del estrepitoso fracaso práctico del instituto, la inutilidad de tales prácticas (p. 2074).

(8) BGHSt 50, 40, 49; BHGSt 50, 40 (47).

(9) BGHSt 43, 195 (210).

(10) BGHSt 37, 99 (103). En España si no hay conformidad de los co-imputados no puede haber acuerdo art. 655 LECRIM. La legislación peruana en este sentido no prevé demasiados recaudos expresos, aunque contempla la posibilidad de que el juez admita acuerdos en ausencia de co-imputados (CPP, 469). Por ejemplo, el CPP, 373, 2do. párrafo, Costa Rica permite la viabilidad a pesar de los coimputados; lo mismo, por ejemplo: CPP, Ecuador, 369; CPP Bolivia, 373.

En cuanto al objeto y contenido de los acuerdos, se puede decir que la jurisprudencia en Alemania era bastante uniforme al requerir que las cuestiones negociadas debían ser relativamente homogéneas. (11) La renuncia al recurso tampoco podía ser objeto de acuerdo. (12) Además, el BGH pretendía garantizar la libre decisión del acusado. (13) En cuanto al efecto vinculante del acuerdo, el tribunal había sostenido que carecía de validez en casos excepcionales si se descubrían nuevas e importantes circunstancias, o bien porque al acordar sobre la responsabilidad en el hecho se habían pasado por alto circunstancias fácticas o jurídicas relevantes al establecer el límite superior de la pena. El BGH también impuso el deber al tribunal de informar sobre el apartamiento del acuerdo. (14) El BGH también estableció que la vía recursiva idónea era el recurso de revisión para controlar la sentencia basada en el acuerdo. (15) El 3.3.2005, el Gran Senado de la Corte Federal Alemana reiteró la ineficacia de la renuncia al recurso contra la sentencia condenatoria como objeto de acuerdo, y le requirió al legislador la regulación de la cuestión. (16) Finalmente en 2009 entró en vigor en Alemania la denominada “ley de acuerdos”.

b) Posturas frente a la regulación jurisprudencial

Existieron algunos intentos de justificar la aplicación del instituto derivado de la jurisprudencia, en la medida en que se implementaran los ajustes pertinentes (los argumentos, en verdad, también pueden verse como argumentos *contra* la práctica vigente). Así, por ejemplo, para Schmidt-Hieber era imprescindible señalar que el he-

(11) BGHSt 49, 84; así, por ejemplo, no se podía confesar un hecho en un proceso con el fin de que la confesión tuviera validez en otro proceso, aceptar una pena menor a cambio de la renuncia al recurso contra la sentencia, hacer una promesa sobre la indemnización civil, se puede superar el límite superior de la pena, etcétera, ver: VELTEN, SK-StPO, Núm. márg. 4, p. 322. La jurisprudencia del BGH no permitía hacer un acuerdo sobre la sentencia absolutoria. Sobre este aspecto, sin embargo, en lo que respecta a la validez del acuerdo, en principio se han invalidado los aspectos incompatibles del acuerdo, manteniéndose la vigencia del acuerdo en lo restante, VELTEN, SK-StPO, Núm. márg. 4, p. 322, con cita BGH, NJW (2005), p. 345.

(12) BGHSt 50, 40, 56.

(13) BGHSt 50, 40 (47, 50).

(14) BGHSt 43, 210.

(15) BGHSt 48, 161.

(16) BGHSt 50, 40, 63.

cho típico no se identifica con el acontecimiento histórico que resulta objeto de investigación en un proceso penal a los fines de celebrar un acuerdo. La correcta determinación del hecho, para la correcta determinación de la pena, debe involucrar el comportamiento posterior al hecho (17), especialmente cuando tiende a reestablecer o a mejorar la situación del bien jurídico afectado. (18) Proponía además examinar los motivos del acuerdo, especialmente en lo que respecta a la fijación del mínimo de pena a aplicar, donde se tenía que considerar si la confesión habría sido estratégica, quién había solicitado el acuerdo (si había sido motivado por el tribunal, se debía evaluar la presión eventual sobre le imputado (19)) etcétera. Por su parte, Weßlau proponía adoptar un sistema sumario, incorporando elementos de tipo consensual y proponía darle la posibilidad al fiscal de formular críticas a la determinación fáctico-jurídica de los hechos y solicitar la terminación del proceso. (20) La determinación de los hechos y de su calificación se debía explicar al acusado, al igual que la pena solicitada y del derecho a recurrir al procedimiento normal. A partir de que el fiscal y el acusado presentan sus críticas, rige el principio de prohibición de *reformatio in peius*. (21) La ventaja del sistema propuesto por Weßlau consiste en darle más posibilidades

al acusado de prever las consecuencias del proceso y por lo tanto de pactar las consecuencias del juicio, luego de haber tenido mayor preponderancia en el proceso de reconstrucción de la verdad, con un rol pasivo del juez. (22) Weßlau postula los acuerdos sobre la condena para casos excepcionales de criminalidad de poca monta, en la medida en que se pudiera advertir el cumplimiento del fin de la pena acorde con la libre voluntad del condenado, siempre que esté previsto legalmente. (23) Por otra parte, el mismo principio preventivo hace que no se pueda renunciar al proceso en los delitos de criminalidad grave (24), con lo que consideraba necesaria una regulación expresa de tales procedimientos. (25)

Dencker propuso un acuerdo según el modelo consensual en materia de recolección e incorporación de la prueba. Según este modelo, se debe confeccionar un proyecto de informe en el que se determina una mínima base fáctica, y respecto del cual los intervinientes en el proceso declaran tener conocimiento de los elementos de prueba introducidos, y que no lo cuestionarán recursivamente. Una vez aprobado el informe, si el acusado lo acepta, se lo considera como confesión; tanto el informe como la manifestación del acusado se deben protocolizar; sólo puede ser objeto de confesión aquello que fue accesible al acusado; Dencker señala que sería deseable que, para la implementación de este modelo, la propuesta deba ser realizada por el tribunal, aunque termina reconociendo que no hay obstáculos para que el acusado o la fiscalía también lo propongan.

Dencker sostiene que semejante procedimiento no sería incompatible con las reglas por entonces vigentes del StPO (§244/9), aunque no se encuentre precisamente regulado. (26) Schü-

(17) SCHMIDT-HIEBER, Werner, *Hinweis auf die strafmildernden Wirkungen eines Geständnisses?*, Festschrift für Wasserman zum sechzigsten Geburtstag, Luchterhand (Beuwied, 1985), pp. 996/7.

(18) SCHMIDT-HIEBER, FS-Wassermann, p. 998.

(19) SCHMIDT-HIEBER, FS-Wassermann, p. 1000; lo que no hacía más que reconocer el efecto coactivo del instituto ALTENHAIN, Karsten, HAGEMEIER, Ina, HAIMER Michael, *Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Beck (München-Frankfurt, 2007) p. 72.

(20) En la misma línea argumental en el Perú ver Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, cons. 6°.

(21) WEßLAU, Edda, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren - Leitidee für eine Gesamtreform?*, Nomos (Baden-Baden, 2002), pp. 262/3. Weßlau es partidaria de la legitimación de la averiguación consensual de la verdad, a través de acuerdos sobre la prueba. Se basa entonces en la idea de aceleración del proceso sin que implique reconocimiento de culpabilidad (p. 282). Entiende que la idea de incorporar elementos consensuales no se opone a la idea de verdad "material", pues toda verdad es una reconstrucción de acontecimientos; en este caso la discusión se centra en el método de averiguación de la verdad, antes que en el concepto de verdad (p. 284).

(22) WEßLAU, *Das Konsensprinzip...* pp. 264/5-268.

(23) WEßLAU, *Das Konsensprinzip...* p. 274.

(24) WEßLAU, *Das Konsensprinzip...* p. 275. En contra por ejemplo Eschelbach: No se garantiza la efectividad de la protección de los derechos, si se reconoce que se multiplican las confesiones falsas por razones tácticas. ESCHELBACH, Ralf, *Anmerkung §257c StPO*, en: *Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (Graf Hrg.) Beck (München, 2010), Núm. márg. 3.1, p. 1037.

(25) WEßLAU, *Das Konsensprinzip...* p. 276.

(26) DENCKER, Friedrich, *Beschleunigung des Strafprozesses*. Vereinfachte Feststellung von Sachverhalten, die von den Verfahrensbeteiligten als "unstreitig" bezeichnet

nemann, por el contrario, sostenía que el poder de disposición del juez entendido como “gentleman” o como “lady” carecía de valor jurídico, porque de esas designaciones no surge ninguna fuente de confianza que permitiera establecer un poder de disposición, queda sólo una intención inestable de aclarar la situación. (27) Este compromiso sin fuerza legal, a menudo vinculado a la pretensión de reducir la pena a cambio de la confesión, colisiona con otros principios y garantías procesales, tales como la oralidad, inmediatez, el principio de publicidad, la garantía del juez natural, el principio de inocencia, y de culpabilidad. (28) De hecho, la tendencia consiste en asignarle más valor a las actas que a la percepción directa de la prueba. (29)

A propósito de la sentencia 1997 del Cuarto Senado del BGH (30), Schünemann señaló que el tribunal había afirmado que los acuerdos no se podían coaccionar, aunque la sentencia parecía dejar de lado la necesidad de fundar la verificación de una conducta que se subsume en el tipo penal, junto con los quince años de práctica precedente que daban razones suficientes para rechazar la confianza invocada en el funcionamiento del sistema judicial. (31) En verdad, el Cuarto Senado del BGH intentaba mantener

werden, Strafverteidiger (StV), Luchterhand (Neuwied, 1994) pp. 505, 507.

(27) SCHÜNEMANN, Bernd, *Die informellen Absprachen als Überlebenskreise des deutschen Strafverfahrens*, Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Ernst und Gieseking (Bielefeld, 1992), p. 372.

(28) SCHÜNEMANN, FS-Baumann, p. 372.

(29) SCHÜNEMANN, FS-Baumann, p. 378.

(30) BGHSt 43, 195; en efecto, la sentencia convalidaba que en el marco de un entendimiento se pudiera fijar el límite superior de la sentencia, determinación respecto de la cual el tribunal estaba vinculado, en la medida en que no surgieran nuevas circunstancias relevantes gravosas para el imputado. De esa manera la práctica se apartaba claramente de la idea de acuerdos “de caballeros” para comenzar a delinear una práctica “regulada” por la actividad de la corte; a partir de allí se otorgó validez a los acuerdos en base a una declaración resultado de una propuesta de reducción de la pena. Ver: SCHÜNEMANN, Bernd, *Die Absprachen im Strafverfahren. Von ihrer Gesetz- und Verfassungswidrigkeit, von der ihren Versuchungen erliegenden Praxis und vom dogmatisch gescheiterten Versuch des 4. Strafsenats des BGH, sie im geltenden Strafprozessrecht zu verankern*, Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juli 2002, De Gruyter (Berlin-New York, 2002) pp. 530, 531.

(31) SCHÜNEMANN, FS-Rieß, p. 532.

a salvo el principio de averiguación de la verdad material, estableciendo deberes de control de la credibilidad del acuerdo. (32) En cuanto al carácter vinculante de la promesa sobre el límite superior de la pena, Schünemann explica que en la praxis el compromiso carece de efecto vinculante para el tribunal, y que, por cierto, con un argumento *a contrario*, implica que, en caso de no aceptar la promesa, la pena se incrementará por encima de ese límite. (33)

Para Schünemann las expresiones del tribunal sobre el control exhaustivo del acuerdo eran más simbólicas que reales, debido al alto grado de selectividad en la confección de las actas sobre acuerdos y al permitir además la posibilidad de celebrar acuerdos previos fuera del proceso de negociación principal. (34) Frente a las dificultades prácticas, Schünemann propuso que el tribunal debía, a solicitud de la fiscalía, explicitar el proyecto o configuración de propuesta en sus aspectos fácticos y jurídicos de manera que el acusado pudiera criticarla. Desde que el tribunal había explicitado el estado de situación, debe regir el principio de prohibición de *reformatio in peius*, con lo que se lograría abreviar el proceso de conocimiento, y se eliminaría el proceso de obtención forzada de una confesión; en otras palabras: proponía un mecanismo de abreviación del proceso sin confesión. (35)

c) Estudios empíricos

1. El primer estudio de Altenhain (2005)

De acuerdo con un relevamiento efectuado por el Prof. Karsten Altenhain junto con sus asis-

(32) SCHÜNEMANN, FS-Rieß, p. 539.

(33) SCHÜNEMANN, FS-Rieß, pp. 541/2. De acuerdo con las prácticas jurisprudenciales, no significaba nada que el tribunal hubiera establecido una serie de cautelas procesales, tales como por ejemplo la prohibición de renuncia al recurso, en la medida en que la finalidad del acuerdo, eficaz o no, consiste en obtener la confesión, de modo que una vez interpuesto el recurso, es difícil modificar la percepción del estado de inocencia completamente destruido: ¿Cómo es que se puede hablar de respeto del principio de culpabilidad cuando por la confesión del hecho se pacta un límite superior que, en caso de que el acuerdo perdiese validez, sin embargo, la pena que se impone es superior al límite pactado? (p. 543).

(34) SCHÜNEMANN, FS-Rieß, pp. 543/4.

(35) VELTEN, SK.-StPO, Núm. márg. 20, p. 335.

tentes Ina Hagemeyer y Michael Haimerl (36), se verificó que el empleo de los acuerdos en casos de criminalidad económica revelaba que las condenas que se obtenían eran menores que en un proceso ordinario, los acusados eran vistos por el 57% de los operadores judiciales encuestados como “beneficiarios” de la pena menor obtenida, porcentaje que era similar entre los defensores de los acusados con un 56,3 %; el 78% de los defensores estimaban una mejora en sus ventajas personales como “importante”, o “muy importante”, el 58,1% de los jueces encuestados consideró como razón para reducir la pena a la celebración del acuerdo; el mismo porcentaje, como incremento de pena, en caso de negativa de hacer el acuerdo. En cuanto a la reducción de la pena, el 64,5% de los jueces consultados señaló la reducción de la pena en un cuarto a un tercio de las escalas penales que correspondería aplicar, el 9,7% de los jueces la reduciría a la mitad, el 12,9% de los jueces consideró que dependía del momento en el que el acuerdo se había realizado. (37)

En cuanto a la prohibición de prometer una pena puntual, el 66,4% de los jueces encuestados expresó que la pena finalmente impuesta coincidía con el máximo de la escala ofrecida; sorprendente es que el 63,4 % de ellos ni siquiera había analizado otra posibilidad. El 47,5% de los defensores informaron que, en caso de ir a un juicio completo, la pena se incrementa en un tercio sobre lo que se podría haber pactado; el 57,3% de los encuestados pensaban que la reacción del acusado al recorte de la pena consistía en negociar y retirar las medidas defensivas (38); el 69% de los encuestados daba por sentado que los acuerdos se hacían fuera del proceso, el 84,4% de los encuestados lo consideraban como típico. (39) Sólo el 20,7% de los encuestados habían experimentado que siempre se había dejado constancia del acuerdo en el protocolo, mientras que el 21,5% expresaron

que nunca habían advertido que se hubieran protocolizado y el 57,9% habían tenido ambas experiencias. (40) En lo que respecta al recurso, el 39,3% de los consultados respondió que los jueces introducen la renuncia al recurso como objeto del acuerdo, el 26,2% que proviene de la fiscalía, el 22,4% de los defensores. (41) En cuanto a la instrucción del imputado, el 59,7% de los consultados e incluso el 77,4% de los jueces no lo advierten como un medio idóneo para asegurar la libre voluntad del acusado. Por otra parte, el 48% de los defensores indicaron que frente al ofrecimiento de rebaja, los acusados, a pesar de no estar convencidos de su culpabilidad, aceptan el trato, el 41,3% de los jueces y fiscales afirman haber rebajado la pena por acuerdo, a pesar de que ésta resulta demasiado indulgente en virtud del hecho involucrado. (42)

2. El segundo estudio de Altenhain (2012)

El Tribunal Constitucional Alemán encargó al profesor de la universidad de Düsseldorf, Prof. Dr. Karsten Altenhain, emprender una investigación empírica actualizada sobre la vigencia de la práctica de acuerdos. Entre el 17 de abril y el 24 de agosto de 2012, el Prof. Dr. Altenhain encuestó a 190 jueces del Estado del Norte de Westfalia, de los cuales 117 eran jueces penales o presidentes de un tribunal de jurados, y 73 presidentes de una cámara penal. Contó además, como grupo de control, con la colaboración de 68 abogados y 76 abogados especialistas en derecho penal. A continuación, se hará una reseña de la exposición de los argumentos del tribunal, pues la investigación ha sido publicada como parte integrante de la sentencia, con lo que los datos estadísticos resultan de la transcripción de los Núm. márg. 48-49 de la misma.

De acuerdo con la información suministrada por los jueces consultados, en 2011, el 17,9% de los procesos del fuero ordinario y el 23% de los procedimientos en los tribunales federales terminaron en acuerdo. A la pregunta de en qué porcentaje de casos se habían lesionado las dis-

(36) La investigación que comprendió a 142 operadores judiciales, que respondían las preguntas anónimamente, de mayo a octubre de 2005.

(37) ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMER, NStZ (2007), p. 72.

(38) ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMER, NStZ (2007), p. 73.

(39) ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMER, NStZ (2007), p. 74.

(40) ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMER, NStZ (2007), p. 75.

(41) ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMER, NStZ (2007), p. 76.

(42) ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMER, NStZ (2007), p. 77.

posiciones legales sobre acuerdos, según la experiencia práctica, más de la mitad de los jueces sostuvieron que ello sucedía en al menos la mitad de los casos de acuerdo. El 58,9% de los jueces aceptó que más de la mitad de los procesos se realizó de manera informal, es decir, sin aplicación del §257c StPO; el 26,7% confirmó proceder siempre de esa manera.

El 33% de los jueces confirmaron que los procesos de acuerdo se llevan a cabo fuera del proceso principal, en forma secreta; mientras que el 41,8% de los fiscales, y el 74,8% de los defensores confirmaban haber experimentado lo mismo. El deber de publicidad ha sido considerado por un grupo no menor de jueces como un formalismo sobreabundante. La regla sobre el denominado “test negativo” (§273 párrafo 1, oración 3 StPO) en la praxis no se verifica. El 54,4% de los jueces consultados concedieron que no se debía dejar constancia en el protocolo del entendimiento fallido. El 46,7% de los jueces, contrariamente a lo previsto en el §267 párrafo 3 oración 5 StPO, señaló no hacer referencia entre las razones de la sentencia al acuerdo precedente. Un contenido muy habitual de los acuerdos consiste en la limitación del proceso según el §§154, 154a StPO. Además se comprobó que el 61,7% de los jueces examina la credibilidad de los acuerdos, mientras que el 38,3% de los jueces lo hace en forma esporádica o no lo hacen nunca. Por otra parte, el 35,3% de los jueces formula un límite máximo de la pena definido, aunque también cuenta con otra medida para el caso de un proceso principal controvertido; el 16% confirman proceder de esa forma de manera habitual. En cuanto a los recursos, la interposición de un recurso es poco frecuente. Según 27,4% de los jueces, en los acuerdos se renuncia expresamente al recurso -contra la prohibición expresa del §257c StPO en función del §302 párrafo 1, oración 2 StPO. Para el 14,7% de los jueces se renuncia *siempre* al recurso; el 56,6% confirma que se hace eso en forma “habitual” (Fiscales: 5,6%, *siempre*, o 64,8%, *habitual*; defensores: 5,6% *siempre*, o 76,1%, *habitual*). No menos que el 16,4% de los jueces y 30,9% de los fiscales declaró haber caído en sanciones demasiado indulgentes. Por el contrario, los defensores, según el 30,3% de su información, afirman haber incurrido en penas muy elevadas. La pena que se obtiene es menor en un 25 o 33% de lo que se espera en un proceso controvertido.

III. La ley de acuerdos del 29 de julio de 2009 (Ref. esp. §257c StPO) (43)

a) Consideraciones preliminares

El acuerdo finalmente fue regulado por la ley del 29 de julio de 2009. (44) La ley pretendió introducir un mecanismo de aceleración del proceso con componentes dispositivos, y legitimar o mejor dicho “domesticar” a la práctica jurisprudencial. (45) La ley no aportó nada positivo a las prácticas jurisprudenciales; únicamente degeneró más el proceso inquisitivo reformado. (46)

Durante el proceso legislativo se han presentado varias propuestas sobre todo en lo referente a los aspectos no abordados en detalle por la jurisprudencia. En ese sentido, el Consejo Federal Alemán había expresado una serie de reparos en cuanto al objeto del acuerdo, especialmente respecto de la heterogeneidad de cuestiones que podrían ser acordadas; por ejemplo: ¿Se puede incluir en el acuerdo el “buen comportamiento procesal” del acusado a los fines de la reducción

(43) Es la norma central para comprender el proceso de acuerdo (entendimiento). Aunque sistemáticamente está mal ubicada; se encuentra entre las disposiciones sobre recolección de prueba, y alegatos, con lo que daría la impresión de que el llamado a acuerdo puede tener lugar una vez recolectada la totalidad de la prueba, cuando en realidad se pretende abreviarlos; otros proyectos habían insertado la disposición antes de la recolección de pruebas. Ver: GOßNER, Lutz/Meyer, Schmitt, Bertram (en adelante: Meyer/Goßner) StPO Kommentar, 55. Aufl. Beck, München, 2012, Núm. márg. 1, p. 1088; STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 25, p. 90.

(44) BGBl. IS. 2353.

(45) ESCHELBACH, Ralf, Anmerkung §257c StPO, en: Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (Graf Hrg.), Beck, München, 2010, Núm. márg. 1, p. 1034.

(46) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 1/2, p. 65; a su implementación contribuyó la hipertrofia del derecho penal, la carga de trabajo, la desidia, comodidad, corrupción, etcétera; por eso, la regla en su conjunto ha sido considerada inconstitucional. Ver: WOLTER (NJW) (2010), quien cita en primer lugar la hipertrofia del derecho penal, falta de personal, obstrucción de los acusados (p. 2470), en segundo lugar se sostiene que la aceleración del proceso beneficia a todos los intervinientes del proceso (p. 2071), también se parte de un argumento “consensual” como instrumento de legitimación (p. 2473). En realidad, no reviste ningún interés práctico hacer un catálogo taxativo y jerarquizado de las condiciones cumulativas que contribuyeron a la instauración de tales prácticas.

de la pena? Las dudas al respecto se resolvieron en el transcurso del proceso legislativo en el sentido de vedar la posibilidad de incorporar en el acuerdo comportamientos "lícitos". (47) Tampoco fue aceptado el planteo del Estado de Sarre respecto de instaurar un poder de veto por parte de uno de los acusadores (co-acusación), cuando la imputación involucraba la lesión a un bien jurídico personalísimo. Con respecto a la renuncia al recurso, sin embargo, se adoptó una posición intermedia, en el sentido de aceptar la renuncia al recurso cuando el acusado ha sido suficientemente instruido de los alcances de su decisión (StPO, §302, párrafo 1). (48) De la regulación en detalle me ocuparé *infra* "c".

b) Especies de acuerdo

Los acuerdos se distinguen dependiendo del objeto de la negociación: pueden influir sobre la marcha del proceso (por ejemplo, pueden incidir en el proceso de recolección e incorporación de prueba) o pueden incidir sobre su resultado final (sentencia). (49) Desde el punto de vista legislativo, en cuanto a su contenido los acuerdos se distinguen en: Entendimiento (*Verständigung*), acuerdo (*Absprache*) y composición (*Vergleich*). Se habla de "entendimiento" cuando se trata de arreglos sobre la marcha del proceso (y quien propone el acuerdo es el mismo tribunal); se habla de "acuerdo" propiamente dicho cuando se refiere a los límites de la sanción, y a la sentencia; y se entiende por "composición" la referencia a los convenios alcanzados fuera de la ley procesal. (50) Desde el punto de vista de la finalidad, se puede considerar los acuerdos como: (a) un modelo similar al *plea-bargaining*, que se corresponde con un sistema de compromiso bilateral,

(47) VELTEN, SK-StPO, Núm. márg. 8, p. 325; una "extensiva revisión" (§302 oración 2, StPO), es un medio adecuado para el control de los contornos del acuerdo (§261 StPO), además de que no está previsto, ver: ESCHELBACH, Ralf, Anmerkung §257c StPO... Núm. márg. 3, p. 1037. Por otra parte, con la legislación, la jurisprudencia aún no ha resuelto definitivamente este problema MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 15, p. 1093.

(48) VELTEN, SK-StPO, Núm. márg. 8, p. 325, indicando que ello, en verdad, atenta contra la justificación del instituto basado en la celeridad y, de hecho, puede ser la razón por la que la mayoría de los acuerdos se practican en un contexto informal, sin que sean protocolizados.

(49) VELTEN, SK-StPO, Núm. márg. 9, p. 326.

(50) DENCKER/HAMM, p. 38; VELTEN, SK-StPO, Núm. márg. 9, p. 326.

parecido al proceso civil, donde se pacta el resultado de un proceso, conforme con el principio dispositivo (51), (b) un medio para forzar la cooperación, modelo que si bien no se aparta del principio de investigación oficial, no es consecuente con el principio *nemo tenetur* que impide la obligación de influir en la fundamentación del proceso en su contra. La finalidad pretendida con este modelo es lograr una sentencia con la cooperación del acusado, reduciendo la pena por el hecho confeso, (c) un acuerdo o entendimiento "como una nueva forma de procedimiento sumario" donde se reparte la responsabilidad del esclarecimiento de los hechos, con el fin de simplificar el proceso. (52) La verdad surge de lo acordado entre el fiscal y el imputado, y se demuestra con actas. Se trata de una especie de proceso modificado por las partes, (d) un acuerdo para fortalecer la transparencia del proceso, que no se basa en la cooperación sino en que se determinan los hechos probados, y se puede examinar el sustrato fáctico de la sentencia en cuanto a la determinación de la pena. (53)

c) Regulación en el §257c StPO

Para una mayor comprensión de los argumentos de la sentencia que se refieren al StPO, §257c, haré un breve resumen de la estructura normativa del §257c StPO.

1. "Entendimiento" y deber de explicación del tribunal (§257c StPO, 1er. Párr.)

(51) La idea del plea bargaining es extraña al proceso europeo continental, especialmente por la falta de poder de disposición de los sujetos que intervienen en el proceso, porque además en el proceso penal alemán el juez también interviene en la negociación, a diferencia del sistema americano, además de que investigaciones sociológicas y psicológicas demuestran que difícilmente se puede hablar de cooperación en un sistema propicio a la realización de favores de poder entre los participantes profesionales del proceso. El conocimiento en base a las actas que forma el cuadro de situación en el juez da lugar a lo que Schünemann denomina "efecto de perseverancia" ("Perseveranzeffekt") (que no es otra cosa más que otorgarle más valor probatorio a las actas que a la percepción directa de la prueba; perseverar en la hipótesis de las actas). Conf. SCHÜNEMANN, Bernd, Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die, Bananenrepublik"?, Schriften der juristischen Gesellschaft Mittelfranken zur Nürnberg e.V., Greger (Hrg), Roderer Verlag (Regensburg, 2005), p. 12.

(52) Como es el caso, por ejemplo de Brasil, CPP, 531, y Uruguay, CPP, 262.

(53) VELTEN, SK.-StPO, Núm. márg. 9, p. 326.

De acuerdo con el primer párrafo del StPO §257c:

“En los casos adecuados el tribunal puede entenderse con los participantes del proceso sobre posterior continuación y resultados del proceso, según las reglas de los siguientes párrafos. El §244 párrafo 2 permanece inalterado”.

El legislador alemán partió de la idea de que todo el mundo entiende de qué se trata un “entendimiento”, sin embargo, la realidad parece contradecirlo; en verdad, el legislador prefirió no hablar de “acuerdo” para que no se entendiera la sentencia como resultado de consenso. (54) La norma alude a la propuesta del tribunal para que negocien el acusado y la fiscalía. (55) En cuanto a la disposición que alude a que los acuerdos se tienen que hacer en los casos “adecuados”, esta fórmula en rigor no

dice nada (56), y se sujeta a las necesidades prácticas del tribunal. No hay un derecho subjetivo del acusado a que el tribunal le informe sobre si su caso es “adecuado” para un acuerdo. (57) Incluso con la decisión del BVerfG aún no está claro si el acuerdo procede respecto de los procesos contra jóvenes, a pesar de las particularidades del proceso (58); la tendencia consiste en aprobar estos acuerdos en la medida en que exista representación adecuada del acusado. (59) Algunos autores consideran que el juicio por jurados, o los delitos contra la seguridad del Estado son casos “inadecuados”, por la compleja composición del tipo penal, o porque el rol del juez cumple un rol significativo en esos procesos, o cuando la confesión no es creíble por la poca base fáctica (60) (aunque en el último caso se trata, en realidad, de un supuesto de insuficiencia de la confesión, no de que no sea adecuado el caso, pues se discute si es *ex ante* admisible).

De conformidad con los párrafos 1 y 2 rige el deber de aclaración de los hechos, aunque dicha disposición ha sido criticada pues con ella no se gana demasiado sobre todo si se considera la confesión táctica, motivada por la solicitud por parte del tribunal de que las partes lleguen a un acuerdo, el verdadero efecto se produce con la sola propuesta, con independencia del grado de claridad y los términos en los que se formula la propuesta de acuerdo con relación a la causa. (61) El tribunal debe haber escuchado a los participantes del proceso antes de hacer la propuesta. (62)

(54) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 21, p. 88.

(55) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 6, p. 1038. Ello se opone por ejemplo al sistema peruano regido por el denominado principio de postulación de parte, CPP, 468, ver: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, Los Procesos Penales Especiales y el Derecho Penal Frente al Terrorismo, IDEMSA (Lima, 2012) p. 287; principio que, en rigor, es una derivación lógica del principio acusatorio (art. 4, título preliminar Código Procesal Penal del Perú). Plantea dudas sin embargo la referencia del mismo CPP, 468.4., en el sentido de que: “El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día”, con lo que las críticas al sistema alemán también son aplicables al sistema peruano. El CPP, 374, Costa Rica, por ejemplo, admite la posibilidad de que el querellante también solicite el inicio del trámite abreviado. El CPP, 373, Bolivia, establece sólo la petición del Fiscal, y la oposición vinculante de la víctima. El CPP, 431 bis Argentina, prevé que la iniciativa está a cargo del Fiscal, la intervención de la víctima no es determinante. El art. 801 LECRIM español no especifica quien puede solicitar el acuerdo, y en cuanto a la querrela, hace una mención genérica de ésta en el inc. 5, sin indicar si puede solicitar el acuerdo, u oponerse a él. La respuesta parece encontrarse en el art. 787 inc. 2 que alude a “partes” (en lo que respecta a la aceptación de la acusación por todas las “partes”). De acuerdo con el inc. 3 del mismo artículo podría asumirse la posibilidad de retractación tácita de la propuesta del acuerdo si el querellante hace una acusación con la que no está de acuerdo el juez, y si a requerimiento de modificación de la acusación por parte del magistrado, decide mantener la acusación en los términos originarios, la consecuencia prevista es la tramitación de acuerdo con el proceso ordinario (inc. 3). El inciso 4 art. 787 y el art. 655 habilitan, no obstante el consentimiento del acusado, que el juez anule el acuerdo, a petición fundada del defensor.

(56) TEMMING, Dieter, §257c StPO, in: Heidelberg Kommentar StPO, Gercke/Julius/Temming/Zöllner (Hgrs.), 5. Aufl. C.F. Müller (Heidelberg, München, Frechen, Hamburg, 2012), Núm. márg. 6, p. 1624. STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 25, p. 90. En los fundamentos del proyecto dice que se aplica dependiendo de las particularidades del caso. En España, a diferencia del caso alemán, los casos están previstos en el art. 801 que prevé presupuestos de índole procesal en el inciso 1º, y de naturaleza sustancial en los incisos 2º y 3º.

(57) MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 6, p. 1090.

(58) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 7, p. 1040; MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 6, p. 1090; GÖSSEL, FS Böttcher (2007), pp. 79, 82.

(59) MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 7, p. 1090.

(60) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 26, p. 90.

(61) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 8, p. 1040.

(62) PÜSCHEL, Christof, Anmerkung §257c, en: KREKELER/LÖFFELMANN/SOMMER, Antwaltskommentar StPO, 2Aufl., Deutscher Anwalt Verlag (2010), Núm. Márg. 21, p. 1018.

2. Objeto permitido del acuerdo (párrafo 2)

Dice el párrafo 2 del StPO §257c:

“Las consecuencias jurídicas, el contenido de la sentencia y las decisiones inherentes a ella sólo pueden ser objeto del entendimiento, otras medidas relacionadas con el proceso que fundamentan el proceso de conocimiento así como los comportamientos procesales de los participantes del proceso. Parte del entendimiento puede ser una confesión. La declaración de culpabilidad así como las medidas de corrección y seguridad no pueden ser objeto de entendimiento”.

El StPO, §257c contiene un *numerus clausus* de los objetos de acuerdo, aunque en realidad es una regla que confunde parcialmente el contenido con el objeto del acuerdo. El párrafo 2 del §257c alude a las consecuencias jurídicas del hecho como objeto de acuerdo por parte del tribunal; de parte de los participantes del proceso, la realización de medidas relacionadas con el proceso -relativas a la prueba, solicitudes de medidas cautelares, confesión del acusado, etcétera- y su comportamiento procesal. (63) No se pueden hacer acuerdos sobre la declaración de culpabilidad (aunque esto fácilmente se vulnera al admitir incriminaciones sin suficiente base fáctica) (64), las medidas de seguridad impuestas, por ejemplo la orden de depósito de cosas en custodia, y otras consecuencias accesorias, por ejemplo, medidas de internamiento (65) (StPO, §63), retiro de la licencia de conducir (StPO, §69) (66), prohibición de recurrir (StPO, §70) (67), aplicación de una pena puntual (68), tampoco se pueden hacer acuerdos “a costa” de otro (69), o el “buen comportamiento procesal” (70) (la re-

ferencia al comportamiento procesal es tan vaga que el consejo federal propuso suprimirla).

Se ha sostenido que con la imposibilidad de negociar la declaración de culpabilidad se confirma que el proceso penal no depende de la partes, sino que se trata de la aplicación de la ley penal material. De acuerdo con el StPO, §257c, el tribunal no puede negociar la sentencia de culpa, o de medidas de seguridad. Sí está facultado el tribunal para prometer un límite mínimo y máximo de la pena. La única explicación de por qué se incluyó el límite mínimo consistió en haberle dado participación obligatoria al fiscal. (71)

3. La confesión

Sobre la forma y el contenido de la confesión no se ha expresado el legislador (72), se requiere sin embargo una confesión “cualificada”, no contradictoria y consistente que ilustre sobre los acontecimientos, y de la cual no aparezcan dudas. Algunos entienden que basta con una aprobación formal del contenido de la acusación, en el sentido de que ésta es correcta. (73) No obstante, la confesión no excluye la producción de prueba aclaratoria. (74) La ley deja abierto qué condiciones deben influir en la reducción de la escala penal, lo mismo con respecto a la elevación de la pena. En los casos de confesiones tácticas, la convicción interna de la culpa y del arrepentimiento faltan, con lo que, desde el punto de vista de la prevención especial, el acuerdo es deficitario también en la praxis; en la práctica, la reducción del trabajo de la justicia aparece como factor de reducción de la pena, aunque ello no tiene ninguna relación con una correcta determinación de la pena. (75)

Es dudosa la referencia a la protección de la víctima testigo como elemento para reducir la escala penal, especialmente cuando no se la integra en el proceso de negociación como querellante, o su rol como tal por alguna razón deja de ser vá-

(63) PÜSCHEL, §257c StPO... Núm. Márg. 13, p. 1016.

(64) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 29, p. 92.

(65) MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 9, p. 1091.

(66) PÜSCHEL, §257c StPO... Núm. Márg. 19, p. 1017.

(67) MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 9, p. 1091. Con respecto a estas medidas accesorias, en la medida en que no sean de imposición forzosa, algunos autores entienden que sí pueden ser objeto de acuerdo, ver: STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 32, p. 93. En España, las medidas no pueden ser objeto de acuerdo inc. 5 art. 787 LECRIM.

(68) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 32, p. 93.

(69) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 42, p. 97.

(70) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 43, p. 97.

(71) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 48, p. 99.

(72) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 20, p. 88.

(73) PÜSCHEL, §257c StPO... Núm. Márg. 17, p. 1018.

(74) SCHLÜCHTER, Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, De Gruyter (Berlin, 1992), p. 737.

(75) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. Márg. 18/9, p. 1046; Temming, §257c StPO, Núm. márg. 18, p. 1630.

lido en el proceso, al margen de que pueden haber *falsas* víctimas, y finalmente el instituto termina siendo un castigo en sí mismo para el acusado que no se ha mostrado dispuesto al diálogo (extraprocesal) con la supuesta víctima (76), además de que la confesión debe ser objeto de análisis en cuanto a su contenido, al margen de que en el texto legal no se prevea indagar sobre los motivos o la estabilidad de las expresiones. (77)

4. Propuesta y aceptación (párrafo 3)

El párrafo 3 del StPO §257c establece:

“El tribunal da a conocer el contenido que podría tener el entendimiento. Bajo la libre valoración de todas las circunstancias del caso así como ponderaciones generales de determinación de la pena puede dar el límite superior e inferior de la pena. Los participantes del proceso tienen la posibilidad de expresarse al respecto. El entendimiento tiene lugar cuando el acusado y la fiscalía aprueban la propuesta del tribunal”.

Por ejemplo, a diferencia del CPP Perú, donde la propuesta de acuerdo la pueden realizar tanto el fiscal como el acusado y no está previsto que la formule el juez, en Alemania, la propuesta de acuerdo también la puede formular el juez. En cuando a las referencias a la determinación de la pena que contiene el párrafo 3, se ha destacado que ellas son fórmulas vacías, que aluden en realidad a un amplio marco de ponderación y no se corresponden con la verdad sobre el hecho que resulta de las actas, con lo que las pautas de determinación de la pena (78) en modo alguno se pueden verificar, a lo que se le añade un control meramente formal del contenido del acuerdo. (79) También se ha criticado que el valor de la confesión se relaciona con la cantidad de trabajo que se ahorra. Lo que en modo alguno es compatible con el StPO, §46, I. (80) De acuerdo con el párrafo 2 oración 1 también pueden ser objeto de acuerdo “otras medidas relacionadas con el proceso”, aunque no es claro a qué medidas alude (podría implicar la suspensión de procesos conexos, en la medida en que guarden una estrecha relación

con el proceso principal (81)). De todas maneras, la regla no es clara (si se refiere a comportamientos futuros, para algunos esa interpretación sería incorrecta porque el acuerdo presupone prestaciones realizadas (82)). Si bien la norma alude al tribunal, también la fiscalía y el acusado pueden motivar el acuerdo, algunos autores sostienen con relación al querellante que éste no tiene ningún rol en este ámbito. (83)

La ley parte de la iniciativa del tribunal, la presión naturalmente es un factor ponderable luego de la oferta del tribunal. La limitación “en los casos adecuados” no es ninguna limitación en realidad. De acuerdo con el párrafo 3 oración 1, el tribunal da a conocer qué contenido podría tener el acuerdo; es una propuesta para la cual no se necesita haber escuchado a todos participantes del proceso. (84) El procedimiento formal presupone que el tribunal comunique qué contenido puede tener el acuerdo según el consejo y aprobación los participantes tienen la posibilidad de emitir su opinión (aunque es prescindible) porque los lineamientos principales ya se dieron en conversaciones privadas. La ley no dice nada sobre durante cuánto tiempo el tribunal mantendrá la oferta. (85)

El entendimiento tiene lugar cuando el acusado y el fiscal aceptan la propuesta. Antes de la sanción de la ley se discutía la necesidad de la aprobación del fiscal, el fiscal debe manifestarse sobre si acepta o no el acuerdo. (86) La aprobación del fiscal genera varios problemas, especialmente para la presunción de inocencia del acusado. Si el acusado lo acepta, el defensor tiene que respetarlo. (87) En la praxis, de acuerdo con

(76) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 22, p. 1048.

(77) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 24, p. 1049.

(78) StPO, §46 I sobre determinación de la pena.

(79) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 13, p. 1044.

(80) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 14.1, p. 1044.

(81) PÜSCHEL, §257c StPO... Núm. Márg. 12, p. 1016; MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 13, p. 1092.

(82) TEMMING, §257c StPO, Núm. márg. 18, p. 1630.

(83) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 18/9, p. 1046; PÜSCHEL, §257c StPO... Núm. Márg. 24, p. 1018; TEMMING, §257c StPO, Núm. márg. 13, p. 1628; con opinión parcialmente contraria MEYER/GOßNER, StPO... Núm. márg. 24, p. 1097, en el sentido de que no es necesaria para que tenga validez el acuerdo, aunque puede omitir opinión para influir sobre el juez.

(84) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 16, pp. 1049/50.

(85) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 27, p. 1050.

(86) PÜSCHEL, §257c StPO... Núm. Márg. 24, p. 1018.

(87) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 28, p. 1050.

la finalidad de acelerar el proceso, el tribunal fija un plazo para acordar. (88)

5. Pérdida del efecto vinculante (párrafo 4 y 5)

El párrafo 4 del StPO §257c prevé:

“La vinculación del tribunal al entendimiento decae, cuando han sido omitidas las circunstancias relevantes jurídico fácticas o resultan nuevas y el tribunal por esa razón se convence de que no rige más el marco penal tenido en vista o que no es más adecuado al hecho o a la culpabilidad. Lo mismo rige cuando los comportamientos procesales posteriores del acusado no se corresponden con el proceso que ha fundamentado la prognosis del tribunal. La confesión del acusado no se puede valorar en esos casos. El tribunal tiene que comunicar de inmediato su apartamiento”

El párrafo 5 del StPO §257c expresa:

“El acusado debe ser instruido sobre los presupuestos y consecuencias de la desviación del tribunal de los resultados previstos conforme con el párrafo 4”

El entendimiento despliega un efecto vinculante para los intervinientes, al menos para el tribunal. Ello se presupone en el párrafo 4. Con relación al StPO, §261, no hay vinculación en cuanto a excluir la recolección de pruebas, lo que facilita la desviación de los procedimientos de entendimiento. La mínima consecuencia del párrafo 4 concierne al tribunal que no puede simplemente cambiar de opinión. El efecto vinculante rige sólo para esa instancia de la causa, en otras instancias no tiene validez (al interponer el recurso, en la elevación de la causa y remisión de la causa al tribunal de revisión). (89)

La vinculación del tribunal a un entendimiento pierde validez, según el párrafo 4 oración 1, cuando jurídicamente o fácticamente se pasan por alto circunstancias relevantes, o surgen nuevas circunstancias relevantes, y el tribunal entiende entonces que el marco penal previsto ya no es más adecuado. Aquí se da la posibilidad de revocar el acuerdo por un simple error de apreciación

(88) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 29, p. 1050.

(89) TEMMING, §257c StPO, Núm. márg. 31, p. 1636; STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 62, p. 104.

del tribunal. (90) El tribunal tiene que examinar si se mantienen las condiciones de determinación de los marcos penales. Tienen que aparecer circunstancias concretas de imputación, las razones pueden ser jurídicas cuando, por ejemplo, no subsumió una circunstancia agravante o una situación atenuante. (91) También podría suceder cuando el comportamiento del acusado decepciona las expectativas del tribunal, ello, en realidad, no puede ser interpretado ampliamente, sino restrictivamente respecto de compromisos asumidos por el acusado, como, por ejemplo: omitir determinados actos en el proceso (92); algunos autores no hacen distinción sobre el tipo de comportamiento no realizado. (93) La revocación de la confesión no está regulada en el código, las reglas sobre prohibiciones valorativas no son del todo aplicables, es decir, nada dice expresamente en cuanto a la valoración del comportamiento revocatorio (en términos prácticos se valora en forma negativa (94)). Ni el acusado, ni el tribunal pueden tener influencia en el mantenimiento del compromiso por parte de la fiscalía. De acuerdo con la jurisprudencia vigente, la ruptura del acuerdo por parte de la fiscalía se puede considerar sin embargo como una razón de reducción de la pena. (95)

6. Prohibición de valoración para las confesiones condicionadas por el acuerdo

Si el acuerdo pierde fuerza vinculante para el tribunal, de acuerdo con la ley vigente del 2009, la confesión no se puede valorar (párrafo 4 oración 3). (96) Ello naturalmente no alcanza para modificar la impresión subjetiva del juez (97) de la inocencia del acusado. Con respecto a los coacusados respecto de los cuales no tuvieron lu-

(90) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 63, p. 105.

(91) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 31, p. 1051.

(92) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 32, p. 1052.

(93) TEMMING, §257c StPO, Núm. márg. 32, p. 1637.

(94) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 33, p. 1052.

(95) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 35, p. 1052.

(96) En el CPP peruano se la considera “inexistente”, CPP, 470. El CPP, 375 Costa Rica, simplemente sostiene que en caso de rechazo se realizará un reenvío, y en tal caso el reenvío no obliga al Fiscal a formular la misma acusación. El CPP, 375, Venezuela se remite únicamente seguir las reglas del procedimiento ordinario.

(97) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 36, p. 1053.

gar las razones de la revocación, el acuerdo puede mantenerse válido, de acuerdo con la teoría del círculo de derechos (*Rechtskreisteorie*) pues no hay que compensar ningún tipo de quebrantamiento del principio de confianza. (98) El tribunal tiene el deber de comunicar de inmediato que se apartará del acuerdo (párrafo 4, oración 4). Se trata de un mandato derivado del juicio justo. (99) El acusado tiene que estar instruido de la eficacia del acuerdo (párrafo 5), sobre sus presupuestos y consecuencias de una desviación del tribunal. La instrucción es prescindible cuando el acusado antes en el marco de una explicación según el StPO, §202a, §212 y §257b ha sido informado por el tribunal o por la comunicación de la entrevista previa por parte del defensor sobre las modalidades del acuerdo y renuncia a la instrucción. (100)

En cuanto a la protocolización, rige el procedimiento de protocolización para el procedimiento de acuerdo previsto en el StPO, §273 párrafo 1. Se protocoliza lo esencial de la negociación y el resultado (StPO, §273 párrafo 1a oración 1). (101) Con respecto a los recursos, su posibilidad se presenta como paradójica si se considera que el acuerdo o entendimiento en un proceso consensual atenta contra la idea de aceleración del proceso. (102) El recurso procede contra la sentencia sobre la base de un acuerdo (StPO, §312). (103) En los hechos, la apelación conduce a la apertura de una nueva instancia donde los límites no rigen para el acuerdo. Si bien el tribunal de apelación no está vinculado por el acuerdo, nada se opone

(98) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 38, p. 1054. El CPP, 469 peruano se refiere a esta cuestión en términos similares.

(99) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 40, p. 1054; PÜSCHEL, §257c StPO... Núm. Márg. 29, p. 1019.

(100) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 41, p. 1054.

(101) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 42, p. 1054. En el Perú no se prevé expresamente la posibilidad de protocolizar, pero podría resultar de la interpretación; por otra parte, se fomentan las conversaciones preparatorias informales (CPP, 468.2).

(102) WEßLAU, Edda, *Das Konsensprinzip...* p. 282.

(103) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 45, p. 1055. En España, por el contrario, de acuerdo con la reforma del 15/11/2005, los incisos 6 y 7 del art. 787 establecen importante restricciones al recurso contra la sentencia. El inc. 6 prevé la conformidad para no recurrir por parte del acusado. No se puede recurrir por razones de fondo, de acuerdo con el inc. 7.

a que lo valore, tampoco a que en la nueva instancia no se pueda arribar a un nuevo acuerdo. (104) En cuanto a la revisión, ésta es sin dudas procedente especialmente porque el derecho al recurso no se puede renunciar (StPO, §302 oración 2). En el proceso, el tribunal revisor no tiene límites para el control de la sentencia. (105)

IV. La sentencia

Debido a que aún no hay traducción al idioma español de la sentencia, a continuación haré una exposición del sumario de la sentencia (*infra* "a") y, posteriormente, una breve descripción de los argumentos *in extenso* de la sentencia (*infra* "b"). Por razones de espacio haré una descripción los argumentos de la sentencia relativos a la vigencia constitucional del instituto, no a las circunstancias particulares de los recurrentes.

a. Síntesis de la sentencia

El sumario oficial del Tribunal Constitucional Alemán se compone de cuatro literales: (a) El principio de culpabilidad establecido en la Constitución y el deber vinculado a éste para descubrir la verdad material, así como el principio de un juicio justo, conforme con el estado de derecho, el principio de inocencia y el deber de neutralidad del tribunal excluyen la posibilidad de establecer la averiguación de la verdad, la subsunción jurídica y el principio de determinación de la pena a la libre disposición de los participantes del procesos y del tribunal; (b) respecto de los entendimientos entre el tribunal y los participantes del proceso sobre el estado y aspectos de la negociación principal, que le prometen al acusado un límite superior de la pena, para el caso de su conformidad, y que le anuncian un límite inferior a la pena, portan en sí el riesgo de que no se contemplen premisas constitucionales en su completa dimensión. Sin embargo no le está completamente prohibido al legislador permitirse acuerdos para simplificar el procedimiento. Debe, no obstante, asegurarlo con suficientes recaudos de manera que permanezcan a salvo las salvaguardas constitucionales. El legislador debe examinar continuamente la eficacia de los mecanismos previstos de protección. Si resulta que son insuficientes o inadecuados, debe mejo-

(104) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 46, p. 1056.

(105) ESCHELBACH, §257c StPO... Núm. márg. 49, p. 1057.

rarlos y, en el caso necesario, revertir su decisión sobre la permisión de los acuerdos procesales; (c) la ley sobre acuerdos asegura la observancia de las prescripciones constitucionales en forma suficiente. Una celebración manifiestamente deficitaria de la ley de acuerdos no conduce actualmente hacia la inconstitucionalidad de la regla legal; (d) con las prescripciones de la ley de acuerdos, la admisión de acuerdos en el proceso penal ha experimentado una regla definitiva. Fuera de los conceptos regulados legalmente, los acuerdos informales resultantes no están permitidos.

b. Descripción de los argumentos

1. Fundamentos de índole positivo-procesal (Sentencia, Núm. márg 1-52).

El argumento que se extrae las referencias a la legislación procesal penal alemana es el siguiente: Las garantías constitucionales se encuentran protegidas suficientemente con las disposiciones que regulan el acuerdo: Así, por ejemplo, el §244 párrafo 2, StPO, deja en claro que el deber de averiguar la verdad es responsabilidad de los órganos estatales de persecución y permanece intacto, además de garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena. Por otra parte, para el tribunal está claro, a través de las disposiciones de los §§160b, 202a, 212, 257b StPO -que prevén el deber de informar al acusado sobre el contenido y alcances del acto procesal en cuestión- que se garantiza la prestación de la libre voluntad del acusado, lo que se complementa con el deber de protocolización establecido en el §273, párrafo 1, segunda oración. Por otra parte, en el proceso recursivo, en el §243, cuarto párrafo, StPO, también prevé un deber de información sobre el deber de información del tribunal al acusado; además la posibilidad de renunciar al recurso se encuentra vedada de acuerdo con el §302 primer párrafo, segunda oración StPO (sobre el que también debe ser instruido el acusado, StPO, §35a tercera oración).

2. Lineamientos constitucionales de la sentencia (Sentencia, Núm. márg. 53-64).

En este punto, el tribunal reconoció la vigencia del principio *nulla poena sine culpa*, el principio de dignidad de la persona y del estado de derecho; asimismo, aludió a los fines del proceso:

averiguar la verdad, finalidad derivada del estado de derecho, respetando la dignidad de la persona (p. ej.: el acusado debe ser considerado un objeto del proceso) por medio de un juicio justo (106) para, eventualmente, aplicar una pena para la seguridad de los ciudadanos e instituciones (107), aunque un proceso penal no implica una completa igualdad de armas de los intervinientes, sino que existen diferencias objetivas; de acuerdo con ello, el tribunal señaló que el rol de delimitación de competencias de los intervinientes en el proceso está determinado por el legislador, primero, y, luego, por la jurisprudencia, que debe sólo declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión cuando prescripciones del estado de derecho no se pueden cumplir, o bien cuando deben ser sacrificadas para cumplir con las prescripciones legislativas. Para el BVerfG, los mandatos de aceleración del proceso no implican necesariamente la afectación de los derechos ni ponen en crisis el logro de los fines de la pena, o averiguar la verdad. (108) El tribunal afirmó que la libertad de expresión del acusado y la prohibición de autoincriminación no son incompatibles entre sí y viables en el proceso penal, al margen de un examen de la situación concreta; además de que el juicio justo está rodeado de garantías suficientes en la Ley Fundamental Alemana. (109)

3. Aplicación concreta los argumentos previos a los acuerdos en el proceso penal (Sentencia, Núm. márg. 64-122)

Para la corte, el legislador autorizó los acuerdos sólo en un marco restringido en el proceso penal y lo rodeó de mecanismos de protección suficientes; destacó *que el incumplimiento de las disposiciones sobre los acuerdos en la praxis no demuestra un déficit constitucional de las reglas en cuestión*, sin perjuicio de que el legislador debe adoptar los recaudos necesarios para mantener la eficacia de los resguardos vigentes. (110) Según el BVerfG, el mecanismo previsto en el §257c StPO no implicó introducir un proceso de tipo consensual, ni que no se deba averiguar

(106) Sentencia, Núm. márg. 53/57.

(107) Sentencia, Núm. márg. 54/7.

(108) Sentencia, Núm. márg. 59.

(109) Sentencia, Núm. márg. 60/63.

(110) Sentencia, Núm. márg. 64.

la verdad, razón por la cual se incorporó en su argumentación el §244 párrafo 2 StPO, relativa al deber de averiguar la verdad con independencia de la declaración del acusado, junto con otros argumentos inherentes a la imparcialidad del tribunal y juicio justo. (111) La interpretación de la voluntad del legislador se determina a partir de la referencia a los fundamentos de la ley, y al texto de la misma. (112)

Para el tribunal, la declaración libre del acusado está suficientemente protegida, especialmente con las instrucciones del tribunal sobre el contenido y alcance de la institución (StPO, §257c párrafo 1 oración 2) y el deber de examinar la credibilidad de la confesión (113); además, explicó el BVerfG que el deber de aclarar las circunstancias por parte del tribunal se complementa con el párrafo 4 del §257c que prevé la posibilidad de revocar el acuerdo cuando tienen lugar circunstancias que han sido omitidas por el tribunal, o que revelan que la sanción no será más adecuada a la culpabilidad, interpretación que también es extensible al proceso contra jóvenes, donde se tiene que considerar el fin reeducativo de la sanción. (114) En función de lo anterior, un acuerdo puramente formal, "gentlemen's agreements, o sin contenido, no es admisible (115), una renuncia al recurso no es admisible (116), la protocolización de los acuerdos es un instrumento esencial para garantizar la transparencia del proceso y cumplir con el principio de publicidad de los actos de gobierno, donde se tiene que dejar constancia de los aspectos centrales de la negociación (117), y, en la medida en que el acuerdo repercute en la representación del acontecer histórico, también resulta aplicable al juicio por jurados. (118)

Para el BVerfG, el acuerdo además está controlado debidamente con la intervención del agente fiscal, quien debe actuar conforme con el prin-

cipio de objetividad y legalidad. (119) El tribunal expresó que en verdad el núcleo central del mecanismo de acuerdo está dado por los mecanismos de protección de transparencia, con lo que de practicarse el acuerdo en esos términos, el tribunal está obligado a respetarlo, a menos que se den las circunstancias de excepción legalmente previstas. (120) En consecuencia, el BVerfG concluyó que los acuerdos son compatibles con la ley constitucional, y que el legislador había adoptado los recaudos necesarios para garantizar la compatibilidad de los acuerdos con la ley fundamental. (121) Con respecto a los argumentos empíricos del estudio de Altenhain, reiteró que los déficits evidenciados no eran suficientes para fundamentar la inconstitucionalidad de la norma. (122)

V. Análisis

a) Fundamentos del fallo

1. ¿Resguardos procesales suficientes?

La sentencia se refirió a los resultados de la investigación empírica de Altenhain, e indirectamente a los argumentos críticos presentados por los diferentes intervinientes en el proceso. La forma de neutralizar el alcance de los argumentos empíricos consistió en la referencia directa a las disposiciones procesales inherentes a resguardar los derechos y garantías constitucionales; adicionalmente, el BVerfG aludió a posibles reformas por parte del legislador, en caso de verificar déficits prácticos.

Las investigaciones empíricas sobre los acuerdos que existen *antes* y *después* de la reforma en Alemania demuestran el incremento de las condenas, no sólo en el marco de la criminalidad económica, sino en todos los tipos de procesos, acompañado del incremento sustancial de la pena impuesta cuando no se acepta la propuesta de acuerdo o cuando el acuerdo fracasa por alguna razón. Los acuerdos tienen lugar sin publicidad, con una completa informalidad, lo que revela que las directrices de las sentencias del BGH y del BVerfG -devenidas posteriormente

(111) Sentencia, Núm. márg. 65.

(112) Sentencia, Núm. márg. 66/7.

(113) Sentencia, Núm. márg. 68.

(114) Sentencia, Núm. márg. 69.

(115) Sentencia, Núm. márg. 70.

(116) Sentencia, Núm. márg. 77-78.

(117) Sentencia, Núm. márg. 79-88.

(118) Sentencia, Núm. márg. 90.

(119) Sentencia, Núm. márg. 91-93.

(120) Sentencia, Núm. márg. 94-99.

(121) Sentencia, Núm. márg. 100.

(122) Sentencia, Núm. márg. 116-122.

en derecho vigente- tienen una función práctica aparente. Ni siquiera se trata del apartamiento en algunos casos de la ley, incluso cuando no existía ley la jurisprudencia instrumentaba el acuerdo como le parecía, además de que varios supuestos no están regulados, y que, como la investigación de Altenhain prueba, los operadores judiciales tienen una concepción muy diferente del alcance y límites del mecanismo.

2. ¿Resguardo del principio de culpabilidad y proporcionalidad?

El BVerfG aludió a estos principios en reiteradas oportunidades e incluso para admitir la aplicación del mecanismo a los procesos contra jóvenes, (123) en la medida en que se logra la finalidad educativa de la sanción (función preventiva de la pena). Si bien desde el punto de vista objetivo la finalidad preventiva-utilitaria de los acuerdos puede parecer que este argumento esté correctamente planteado por el tribunal.

Sin embargo, la deslegitimación de los argumentos no sólo surge de la praxis, sino también desde sus presupuestos teóricos. El tribunal introdujo argumentos de índole preventivo-especial al referirse al proceso penal juvenil, pero omitió los efectos psicológicos sobre los otros intervinientes del proceso. De acuerdo con Schünemann, el mecanismo de aceleración del proceso produce un efecto psicológico sobre los participantes del proceso, especialmente en los funcionarios que intervienen en el acuerdo, en el sentido de reducir la carga de trabajo (124), ya sea respecto del juez al incrementar las condenas, y por lo tanto su supuesta eficacia, la reduc-

ción del trámite del recurso, y para los abogados al darles la posibilidad de percibir honorarios sin demasiado esfuerzo, pues el proceso penal. Desde el punto de vista sociológico, el proceso está dominado por una *Gerichtsaalelite* (élite de la sala del tribunal, o “tribunalicia”). (125) Con la práctica de los acuerdos se pone más en riesgo la prestación de justicia por fallos incorrectos que mejorar la práctica de los tribunales. Pero tampoco se logra la reducción del trabajo de los tribunales ya sea por la posibilidad de recurrir, como por la posibilidad de revocar el acuerdo, y retornar al proceso ordinario.

Desde la función de restablecer la paz del proceso penal también fracasan los argumentos del BVerfG, sobre todo si se advierte que los condenados expresan no haber sido correctamente juzgados -lo mismo manifiestan los acusadores-. Hay que añadir que en los casos de criminalidad económica, los procesos culminan con sanciones muy leves en proporción al daño patrimonial que se reconoce, con lo que ni el principio de prevención general, ni el de prevención especial se realiza (126); de ahí surge la pregunta: ¿Sobre los fines de la pena en concreto debe regir el mismo argumento?: si el fin de la pena es correcto, los déficits en la práctica no lo invalidan la fundamentación como argumento: ¿No debe corroborarse la eficacia preventiva?

3. ¿Objetividad y neutralidad?

El BVerfG sostiene que el principio de imparcialidad está garantizado con las disposiciones procesales citadas. Sin embargo, el argumento utilitario sobre el que se fundamentan las prácticas del acuerdo (la posibilidad de acelerar el proceso para averiguar la verdad, donde se reconoce que la sobrecarga de trabajo es un obstáculo para esa finalidad), en parte no es verdad por la posibilidad de recurrir y de revocar el acuerdo, además de que omite que, en caso de que así fuera, la reducción del trabajo de los tribunales puede ser una fuente de corrupción, tanto de los miembros del poder judicial, ministerio público como también de la defensa (que reciben honorarios como premio por lograr obtener la confesión del

(123) VELTEN, SK.-StPO, §257c, Núm. márg. 3, p. 344. En Alemania no había hasta la sentencia una posición unánime respecto de si el instituto del acuerdo se debe aplicar al derecho penal juvenil (§2JGG) debido a las particularidades del proceso, y a las características especiales de los acusados, VELTEN, SK-StPO, §257c, Núm. márg. 9, p. 349. Aunque de los fundamentos legislativos, el acuerdo es posible TEMMING, §257c StPO, Núm. márg. 6, p. 1625. STUCKENBERG, con cita de los antecedentes parlamentarios, señala que el legislador no lo acepta en principio para estos procesos; procedería, sin embargo, sólo excepcionalmente con la debida representación del acusado, §257c StPO, Núm. márg. 27, p. 91.

(124) SCHÜNEMANN, Bernd, *Die informellen Absprachen als Überlebenskreise des deutschen Strafverfahrens*, Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Ernst und Gieseking (Bielefeld, 1992), p. 367.

(125) SCHÜNEMANN, FS-Baumann, p. 368.

(126) ESCHELBACH, Ralf, *Anmerkung §257c StPO...* Núm. márg. 1.3, p. 1035.

acusado (127)), lo que sin dudas vulnera también el principio de imparcialidad, al fomentar condiciones para que concurran los intereses de los jueces, abogados y fiscales. (128)

4. ¿Principio de inocencia?

De acuerdo con el tribunal, las medidas procesales vigentes resguardan el principio de inocencia, con lo que descartó el argumento relacionado con que los acuerdos se incrementan las condiciones de posibilidad de que se degrade la percepción del principio de inocencia. En efecto, el acusado que tiene que decidir si se quiere defender y, ante el fracaso de su defensa, corre el riesgo de recibir una pena más elevada a la acordada; si, por otra parte, flexibiliza sus pretensiones defensivas, el riesgo de una condena severa se atenúa. (129) Las alternativas consisten en una absolución, una condena severa, u otra condena menos severa. (130) Desde el punto de vista del juez, el mismo principio de inocencia resulta alterado en lo que respecta a la impresión del juez respecto del imputado (lo que parece revelarse con condenas más severas, cuando fracasa el acuerdo), al margen de que se crean las condiciones para que se incrementen las confesiones basadas en hechos falsos. (131) El tribunal adoptó una posición restringida respecto de declarar la inconstitucionalidad, no analizó sin embargo la creación de posibilidades de obtención de una confesión forzada, ni tampoco la praxis de los tribunales, o los estudios empíricos.

5. ¿Proceso abreviado y cooperación?

Si se trata de un acusado que sabe que es culpable y que eventualmente no pretende discutir los hechos, seguramente tendrá interés en controvertir las razones de determinación de la pena, y ello se logra únicamente por medio de la valoración de la pena, en tal caso el acusado sólo puede controvertir la prueba incorporada en actas en una sentencia producto de un acuerdo. (132) En esos términos es difícil sostener la

existencia de un mecanismo caracterizado por el “consenso”. Además, desde el punto de vista de la “cooperación” del acusado, no queda claro a partir de qué momento puede “cooperar” el acusado, al margen de que la discusión se desplaza hacia otras variables inherentes a la cooperación ¿Se debe considerar cuándo se prestó cooperación al acordar sobre los límites de la pena? ¿El grado de cooperación prestado? ¿En qué medida redujo el acusado su poder defensivo? ¿En qué medida se podría haber investigado sin la cooperación del proceso? ¿Se debe hacer una comparación de esas variables con los acuerdos de otros co-acusados? (133) El §257c StPO, no dice nada respecto del momento para “cooperar” y el tribunal no consideró relevante responder a esos interrogantes, las respuestas a esos interrogantes influyen significativamente en la eficacia de los resguardos procesales a los que alude el tribunal.

6. ¿Voluntad legislativa?

El BVerfG aludió a la voluntad del legislador para interpretar el sentido del §257c StPO. Desde el plano legislativo, o desde una supuesta voluntad legislativa, la regulación de los acuerdos parece aproximarse a la idea de modelo de cooperación forzado con el fin de acotar la duración del proceso, transformándolo en un proceso sumario (sin perjuicio de que existen múltiples aspectos del acuerdo no regulados). La praxis contrasta con la propuesta legislativa, y se corresponde con un sistema de plea bargaining pues se cancelan los principios de oficialidad, inmediatez, oralidad, se negocia sobre la pena aplicable, se restringen las posibilidades de recurso, se logra una condena a costa del acusado, se reduce el valor de la prueba, etc. Los déficits que presenta la interpretación de la supuesta la voluntad del legislador son de índole empírica, como también teórica debido a los puntos no aclarados por el legislador. La interpretación del BVerfG que alude a la voluntad del legislador es más bien una interpretación literal, antes que histórica.

VI. Fazit

Luego de la exposición crítica de los aspectos relevantes de la sentencia, sólo queda el espacio para hacer una breve reflexión a modo de *Fazit*:

(127) SCHÜNEMANN, Bernd, FS-Rieß, pp. 533/4.

(128) SCHÜNEMANN, Bernd, FS-Rieß, p. 534.

(129) ESCHELBACH, Ralf, Anmerkung §257c StPO... Núm. márg. 5.2, p. 1038.

(130) VELTEN, SK.-StPO, Núm. márg. 15, p. 331.

(131) STUCKENBERG, §257c StPO, Núm. márg. 14, p. 81.

(132) VELTEN, SK.-StPO, Núm. márg. 17, p. 332.

(133) VELTEN, SK.-StPO, Núm. márg. 18, p. 333.

De haber declarado la inconstitucionalidad de la norma, la corte habría reconocido que su labor como legislador no sólo es una violación al principio de división de poderes, sino además, ¡que su jurisprudencia tampoco fue seguida por los tribunales! Tampoco es clara la referencia al legislador en el sentido de “observar el desarrollo de la eficacia práctica de la norma para implementar en el futuro las modificaciones pertinentes”, pues no sólo un gran sector de la doctrina alemana se pronuncia contra la viabilidad de las prácticas, sino que incluso las investigaciones empíricas citadas demuestran claramente que el legislador “debió tomar cartas en el asunto” hace tiempo.

El principio de interpretación al que recurre habitualmente Claus Roxin, la “naturaleza de las cosas”, puede ser traído en consideración ya que es un punto de partida filosófico-político limitador que no establece ninguna distinción en cuanto a la distinción formal o material de la ley penal de que se trate. Las afirmaciones del tribunal sobre la vigencia abstracta de la norma han sido cuestionadas desde el plano del ser -límite normativo- por la doctrina, y corroboradas por los estudios empíricos (134); la legitimación material de las normas no sólo presupone un examen de su vigencia abstracta o de su complemento a través de otras normas abstractas (legitimación formal), sino, también, el examen de su eficacia *concreta*, como presupuesto de su legitimidad material. (135) De ahí es que pueda decirse que de modo alguno se pone fin a la controversia sobre la inconstitucionalidad del mecanismo en la medida en que los futuros planteos giren en torno a la falta de regulación de aspectos precisos del mecanismo (136) y a la falta de resguardos procesales suficientes en torno a la declaración inculminatoria.

(134) ¡Incluso por el estudio encomendado por el tribunal!

(135) Desde el plano del deber ser difícilmente se pueda estar en contra de buenas intenciones o de resguardos procesales, la única manera de cuestionar el deber ser es precisamente desde el plano del ser, al examinar el grado de concreción práctica de las normas procesales.

(136) ¿Qué casos son adecuados? ¿Qué tipos de procesos contra jóvenes son adecuados?, ¿Qué se puede prometer? ¿Se cumple el fin de la pena? ¿Qué alcances tienen las prohibiciones de valoración en los casos de revocación del acuerdo?, etcétera.

VII. Bibliografía

ALTENHAIN, Karsten, HAGEMEIERS, Ina, HAIMER Michael, *Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Beck (München-Frankfurt, 2007).

DENCKER, Friedrich, *Beschleunigung des Strafprozesses. Vereinfachte Feststellung von Sachverhalten, die von den Verfahrensbeteiligten als “unstreitig” bezeichnet werden*, Strafverteidiger (StV), Luchterhand (Neuwied, 1994).

ESCHELBACH, Ralf, Anmerkung §257c StPO, en: *Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (Graf Hrg.) Beck (München, 2010).

GALLANDI, Volker, *Anmerkung, BVerfG, Besch. V. 27.1987-2BvR 1133/86*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ) Beck (München-Frankfurt, 1987).

GOßNER, Lutz/Meyer, Schmitt, Bertram (en adelante: Meyer/Goßner) StPO Kommentar, 55. Aufl. Beck (München, 2012).

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Los Procesos Penales Especiales y el Derecho Penal Frente al Terrorismo*, IDEMSA (Lima, 2012).

PÜSCHEL, Christof, Anmerkung §257c, en: KREKELER/LÖFFELMANN/SOMMER, *Antwortschrift StPO*, 2. Aufl., Deutscher Anwalt Verlag (2010).

SCHMIDT-HIEBER, Werner, *Hinweis auf die strafmildernden Wirkungen eines Geständnisses?*, Festschrift für Wasserman zum sechzigsten Geburtstag, Luchterhand (Beuwied, 1985).

SCHLÜCHTER, Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, De Gruyter (Berlin, 1992).

SCHÜNEMANN, Bernd, *Die informellen Absprachen als Überlebenskreise des deutschen Strafverfahrens*, Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Ernst und Gieseking (Bielefeld, 1992).

SCHÜNEMANN, Bernd, *Die Absprachen im Strafverfahren. Von ihrer Gesetz- und Verfassungswidrigkeit, von der ihren Versuchungen erliegenden Praxis und vom dogmatisch gescheiterten Versuch des 4. Strafsenats des BGH, sie im gel-*

tenden Strafprozeßrecht zu verankern, Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juli 2002, De Gruyter (Berlin-New York, 2002).

SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die, Bananenrepublik?*, Schriften der juristischen Gesellschaft Mittelfranken zur Nürnberg e.V., Greger (Hrg), Roderer Verlag (Regensburg, 2005).

TEMMING, Dieter, §257c StPO, in: Heidelberg Kommentar StPO, Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hgrs.), 5. Aufl. C.F. Müller (Heidelberg, München, Frechen, Hamburg, 2012).

VELTEN, Petra, *Vor §§257b-c*, 419, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band V §§246a-295 StPO (en adelante SK-StPO), Wolter (Hrg.) 4. Aufl., Carl Heymanns (2012).

WEßLAU, Edda, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren - Leitidee für eine Gesamtreform?*, Nomos (Baden-Baden, 2002).

WOLTER, Jürgen, *Das Strafverfahren in den Zeiten der "Eilkrankheit"*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) Beck (München, Frankfurt, 2010).

Jurisprudencia

BVerfG, 2 BvR 2628/10 del 19.3.2013.

BGHSt 20,

BGHSt 37,

BGHSt 43,

BGHSt 48,

BGHSt 49,

BGHSt 50;

Corte Suprema Peruana, Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116. ♦

.....