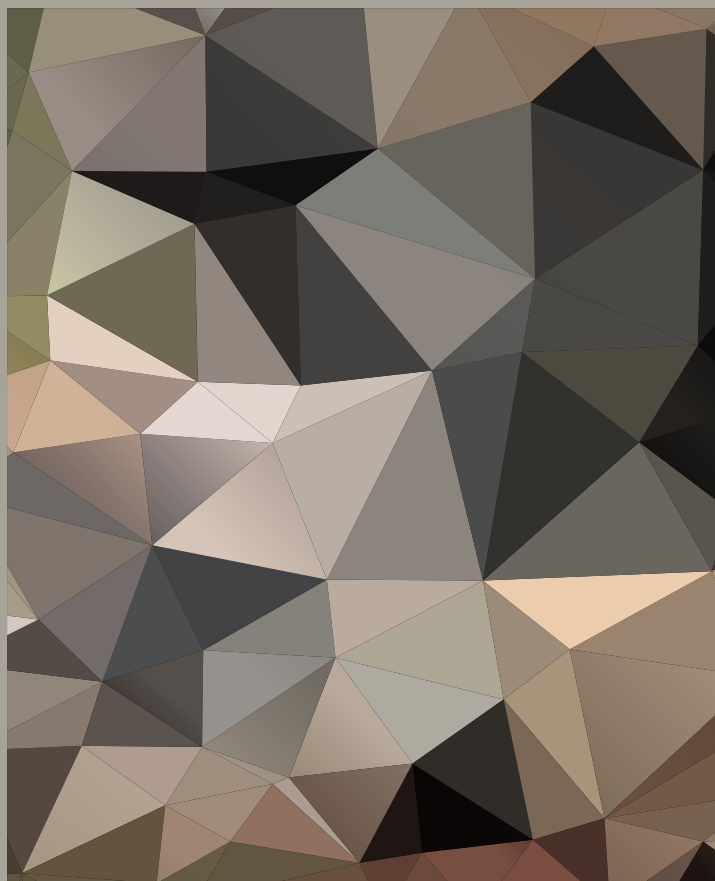


3

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Perspectivas y retos del proceso penal



Andrés Felipe Duque Pedroza (Compilador)

Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal



Universidad
Pontificia
Bolivariana

345.05
D946

Duque Pedroza, Andrés Felipe, compilador
Perspectivas y retos del proceso penal / Andrés Felipe Duque Pedroza
–. Medellín: UPB, 2015.
380 p., 17 x 24 cm. (Colección de Investigaciones en Derecho, No. 3)
ISBN: 978-958-764-285-8 Versión web
ISBN: 978-958-764-284-1 Versión impresa

1. Proceso penal – 2. Delitos – 3. Pruebas (Derecho) – 4. Justicia –
5. Justicia – I. Título (Serie)

UPB-CO / spa / RDA
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Andrés Felipe Duque Pedroza
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

Perspectivas y retos del proceso penal

ISBN: 978-958-764-285-8 Versión web
ISBN: 978-958-764-284-1 Versión impresa
Primera edición, 2015
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Mons. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editora (e): Natalia Andrea Angarita

Coordinadora de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Ana Mercedes Ruiz Mejía

Corrector de estilo: Fernando Aquiles Arango Navarro

Imagen portada: Vecteezy

Dirección editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2015
Email: editorial@upb.edu.co
www.upb.edu.co
Telefax: (57)(4) 354 4565
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1367-06-07-15

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito,
sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



Tabla de contenido

Presentación.....	6
La humanización del proceso penal.....	9
<i>Hernando Londoño Jiménez</i> <i>(Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)</i>	
La constitucionalización del derecho en el Perú	31
<i>Guido Aguila Grados</i> <i>(Escuela de Altos Estudios Jurídicos-Perú)</i>	
Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padezcan un grave estado de salud mental	57
<i>Ricardo Posada Maya</i> <i>(Universidad de los Andes-Colombia)</i>	
Delitos de peligro y proceso penal: condicionamientos dogmáticos en las formas jurídico penales	82
<i>Andrés Felipe Duque Pedroza</i> <i>(Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)</i>	
Verdad, certeza y duda: las cuestiones en torno de la cadena de custodia de las pruebas en el proceso penal.....	102
<i>Geraldo Prado</i> <i>(Universidad de Río de Janeiro-Brasil)</i>	

La verdad en el proceso penal	120
<i>José Martín Ostos</i> (<i>Universidad de Sevilla-España</i>)	
Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿diferentes verdades en el proceso penal?	138
<i>Ricardo Molina López</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana</i>)	
¿De qué hablamos cuando hablamos de verdad en el proceso?	144
<i>Luis Felipe Vivares Porras</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>)	
La prescripción de la acción penal desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales	160
<i>Óscar Fernando Jiménez Echeverri</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>)	
La así llamada pretensión punitiva	179
<i>Luis Miguel Gómez Gómez</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>)	
El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional.....	203
<i>Jörn Halling & John Zuluaga</i> (<i>Johann-Wolfgang-Goethe Universität-Alemania & Georg-August-Universität-Alemania</i>)	
El caso Fujimori. La justicia transicional en el Perú	235
<i>Cesar San Martín Castro</i> (<i>Pontificia Universidad Católica-Perú</i>)	
La viabilidad de las justicias alternativas en el proceso penal.....	272
<i>Joaquín Missiego del Solar</i> (<i>Universidad de Lima-Perú</i>)	

Justicias alternativas e injusticias alternas: crítica de la justicia ordinaria en períodos de transición	287
<i>Enán Arrieta Burgos</i> (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)	
La mediación penal en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro.....	329
<i>María del Pilar Martín Ríos</i> (Universidad de Sevilla-España)	
La justicia restaurativa como resolución alternativa o complementaria de los conflictos en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.....	341
<i>Oscar Alfredo Muñiz</i> (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)	
Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán.....	366
<i>Claus Roxin</i> (Profesor Emérito Ludwig – Maximilians Universität München-Alemania)	

Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán

Claus Roxin

I.

El Derecho procesal penal alemán tuvo sus orígenes en el año de 1877, pero ha sido sucesivamente adaptado, incluso todavía, por medio de numerosas reformas legales a las cambiantes circunstancias del tiempo. No obstante, permanece la estructura básica del proceso: se trata de un “procedimiento acusatorio con principio de investigación”. Es decir¹: el tribunal sólo podrá actuar por medio de una acusación que, por regla general, es interpuesta por el Ministerio Público. El Ministerio Público es una autoridad autónoma, que debe investigar los hechos de forma imparcial y a partir de una sospecha suficiente, es decir, con una probabilidad de condena preponderante, acusa ante el Tribunal. Luego de esta acusación, la tutela del proceso pasa al tribunal, quien

1 Traducido por Esteban González Jiménez (Universidad Pontificia Bolivariana). Revisado y actualizado por John Zuluaga (LL.M.), Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) e investigador adscrito al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad. (Orig. “Zur Entwicklung des deutschen Strafprozessrechts” – *Sobre o desenvolvimento do direito procesal penal alemão*. En: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Dir. Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009). Cfr. en detalle Roxin, *Derecho Procesal Penal* 25° ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, § 17, pp. 121 ss.

investiga los hechos [bajo su propia responsabilidad], valora las pruebas y lleva a cabo todos los interrogatorios. Este tipo de proceso se sitúa entre el antiguo proceso inquisitorial – en el que el tribunal también conducía la investigación preliminar y asumía la función del Ministerio Público – y un puro proceso de partes, en el que la acusación y la defensa dominan el juicio oral, presentan el material probatorio y llevan a cabo los interrogatorios – frecuentemente en forma de contrainterrogatorio –, mientras que el Tribunal domina las partes como una especie de árbitro neutral.

En virtud del tipo de proceso penal descrito, el proceso penal alemán – como consecuencia de las terribles experiencias con la dictadura nacional-socialista – fue reconstruido y moldeado al Estado de Derecho en el período de pos-guerra. Esto fue logrado de seis maneras diferentes: primero, evidentemente fueron suprimidos los cambios comprometidos con el espíritu de la dictadura. Segundo, el legislador ha reforzado considerablemente los derechos del inculpado bajo el celo reformador liberal hasta el año 1964; los primeros 20 años de postguerra no fueron de ninguna manera restaurativos en todos los campos, tal como posteriormente se les ha repetido a Ustedes la mayoría de las veces. Tercero, en el año de 1949 la Ley fundamental ha colocado al inicio de la constitución alemana no sólo importantes derechos procesales fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad, la libertad de culto, la libertad de conciencia, libertad de expresión y la libertad de prensa. También previó en un capítulo propio sobre la “jurisdicción”, derechos fundamentales ante el tribunal y garantías jurídicas relativas a la restricción de la libertad. Cuarto, la Convención Europea de Derechos Humanos, que rige en Alemania como una Ley estatal, ha introducido en nuestro proceso nuevos e importantes principios de interpretación como el debido proceso. Quinto, el derecho probatorio ha fortalecido las posiciones de defensa por medio de cierta recepción de principios anglo-americanos. Sexto, a partir de los derechos fundamentales y para los casos de obtención ilegal de pruebas, la jurisprudencia también ha desarrollado numerosas prohibiciones de valoración probatoria no contenidas en el texto de la Ley. Serán enunciados – sin entrar en pormenores o en consideraciones sobre su origen – apenas algunos principios fundamentales centrales del derecho procesal penal alemán: la reserva de ley y la exigencia de decisión judicial en todas las medidas restrictivas de la libertad²; el derecho a ser oído conforme a la ley³; la autorización del defensor en todas las fases del proceso⁴; la prohibición de coacción y engaño y de otras medidas similares tendientes a afectar la libertad del

2 Art. 104 de la Constitución Alemana (Grundgesetz – GG).

3 Art. 103 inc. 1 GG.

4 § 137 del Código Procesal Penal alemán (Strafprozessordnung – StPO).

consentimiento⁵; el derecho a la no auto-incriminación, la obligación de recibir información sobre ese derecho y la no validez de una efectiva auto-incriminación sin tal información⁶; la presunción de inocencia⁷; el ya mencionado principio del debido proceso⁸; el principio *in dubio pro reo*⁹, la exigencia de celeridad¹⁰, y el *non bis in ídem*¹¹. De igual manera el ofendido, con el desarrollo de la victimología como una rama de la ciencia, fue “elevado” a sujeto procesal, con derechos procesales propios¹².

Todos estos principios conjugados, aunque con orígenes distintos, fueron ampliamente materializados por la doctrina y por la jurisprudencia, permitiéndonos tener hoy un proceso penal liberal y cumplidor de las exigencias de un Estado de Derecho. Toda vez que la criminalidad en Alemania tiene un sentido decreciente y se encuentra controlada – partiendo de una medida internacional –, existirían, conforme a mi concepción, todas las condiciones para estar satisfecho con el proceso penal alemán.

En lugar de esto, mis próximas consideraciones serán realizadas en tono de crítica, toda vez que el proceso penal alemán entró, en las últimas décadas, en una crisis que ya ha alterado fuertemente la realidad procesal penal y amenaza alterarla aún más. Sintetizaré este desarrollo a través de dos puntos clave: “des-formalización” y aumento de intervención.

II.

Comenzaré con la “des-formalización” que, en parte, a través de innovaciones legislativas, y en parte, a través de desarrollos extra-legales, sustituyó las ajustadas reglas del proceso penal alemán por un proceso menos formal, orientado al logro de acuerdos entre los sujetos procesales.

5 §136 a StPO.

6 § 136 StPO.

7 Art. 6 inc. 2 de la Convención de los Derechos del Hombre (CDH).

8 Arts. 20, 28 GG; Art. 6 inc. 1 CDH.

9 § 261 StPO; Art. 6 inc. 2 CDH.

10 No está *qua tale* previsto en el StPO, pero puede deducirse del principio del Estado de Derecho.

11 Art. 103 inc. 2 CDH.

12 §§ 8 155 a, b, 403-406 h StPO.

1. El comienzo se dio en 1974, con la introducción del § 153a en el Código Procesal Penal alemán. En los términos de esta norma, en los delitos de menor gravedad (*Vergehen*) – es decir, los crímenes cuyo límite de prisión sea inferior a un año – el Ministerio Público, con consentimiento del tribunal y del inculpado, podría proponer mandatos y condiciones (en la práctica, se trata la mayoría de las veces del pago de dinero a establecimientos de utilidad pública) en lugar de la continuación del proceso, una vez estas se mostraran “adecuadas, para suprimir el interés público en una persecución penal en los casos de culpa mínima”. En delitos menores, con consecuencias mínimas, la “terminación del proceso” podría tener lugar incluso sin el consentimiento del tribunal. Después de la presentación de la acusación, el tribunal podría terminar el proceso, de acuerdo a los mismos presupuestos, siempre y cuando tuviera el consentimiento de los restantes sujetos procesales. De esta forma, esta norma estableció una excepción al principio de legalidad, según el cual el Ministerio Público se encuentra en principio obligado a llevar a cabo una acusación, en relación a cada comportamiento punible.

Esta reglamentación tuvo evidentes ventajas, de ahí que se haya impuesto rápidamente en la práctica. Primero, alivia notoriamente la congestionada justicia, lo cual fue la razón fundamental de su introducción. Segundo, contribuyen a una descriminalización político-criminalmente consecuente en el ámbito de la pequeña criminalidad. Tercero, a través del cumplimiento de mandatos y reglas de conducta cumple fines socialmente relevantes.

Sin embargo, ya en su redacción inicial esta reglamentación contenía un peligro potencial, debidamente puesto en evidencia por la doctrina desde su inicio¹³. Los reparos se pueden sintetizar en ocho puntos de vista. Primero, en los delitos menores, desvía el poder decisorio al Ministerio Público, pero que constitucionalmente es otorgado al tribunal competente.¹⁴ Segundo, la decisión deja de ser pública y judicialmente comprobable para ser tomada a puertas cerradas. Tercero, la decisión tampoco exige la misma fundamentación que la sentencia, de modo que no resulta claro por qué razón la culpa es mínima y por qué es suprimido el interés público en la persecución penal. Cuarto, de aquí surge el peligro del tratamiento desigual; no es claro por qué razón en un caso existió terminación y en otro no. Quinto, de igual forma puede dar la impresión de que los más adinerados podrán “comprar” su libertad a través de considerables pagamentos, en cuanto los más desfavorecidos no tendrán esa posibilidad. En este sentido, sexto, el consentimiento del acusado no es enteramente libre, en la medida en que, no acep-

13 Cfr. la nueva formulación en Kühne, *Strafsprozessrecht*, 2006, nota marginal (nm.) 583 ss., 589 ss., o en Schoreit, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2003, § 153 a, nm. 1-4.

14 Art. 92 Constitución alemana.

tando, habrá de atenerse a una pena más severa. Sólo pocos se atreven a luchar a toda costa por una absolución, la cual quizás también sería de lograrse. Séptimo, aquel que se considere inocente estará de acuerdo con la suspensión para evitar las molestias de un largo y penoso proceso. Podemos también considerar, octavo, que la decisión queda exenta de verificación.

Mis ocho contra argumentos demuestran que el precio a pagar por una simplificación procesal operada a través de la erosión de formalidades y reglas es elevado. Estos argumentos apenas son relativizados en la medida en que el ámbito de la aplicación de la norma fue limitado a casos de “*culpa mínima*”, en relación a los cuales se podría pensar que la exención de la pena al acusado compensa la renuncia de garantías legales. No obstante, al legislador le agradó tanto el deseado efecto de ahorro que, en el año de 1993, a través de una “ley para el alivio de la administración de justicia”, renunció al requisito de “*culpa mínima*” contenido en el § 153a. Ahora apenas se exige que no se oponga a la “gravedad de la culpa”. De esta manera, este procedimiento informal que hemos estado retratando fue extendido a toda la criminalidad de gravedad media, de modo que, después de las inescrutables ponderaciones de los sujetos procesales, principalmente del Ministerio Público, la mayor parte de la criminalidad no termina siendo llevada a la forma de proceso que para sí se encontraba prevista.

Los criterios de *no oposición de la culpa* y desistimiento del interés público en la persecución penal, por virtud de su falta de contenido, no pueden tener ningún efecto límite, dado que en ningún momento la ley específica cuan grave tendrá que ser la culpa para oponerse a un sobreseimiento, ni cuales deberán ser los presupuestos del desistimiento del interés público en la persecución penal a través de otro tipo de beneficios del acusado.

La práctica condujo también a que los procesos sensacionalistas con un fondo político y económico jurídico-penal sean “*desistidos*”, en los términos del §153a del Código de Procesal Penal alemán. Así sucedió con el designado proceso de los donativos o subvenciones al partido político contra el entonces Canciller Kohl, en el que estaba en juego un daño de más de 100.000 euros. Y, hace pocos años, un proceso contra un alto dirigente financiero (el gerente del *Deutsche Bank*) cuyos gastos injustificados ascendieron a cerca de 50 millones de euros, el cual también fue “*desistido*”. Los importes monetarios que tuvieron que sufragar en virtud del “*desistimiento*” del proceso se situaron muy por debajo de aquellas cantidades.

Dentro de la opinión pública alemana, debido a la forma como terminó el último proceso antes referido, surgieron muchas críticas. Y con razón. No se trata de querer ver personalidades prominentes castigadas. Tal vez, incluso hayan sido justamente puestas en libertad. Pero tal cosa exigiría una decisión debidamente

fundamentada. Cuando los tribunales, en casos como los descritos, renuncian a la exigencia de una decisión, ello es semejante a una renuncia del derecho, ya que las complejas cuestiones jurídicas que se enfrentan permanecen sin resolución definitiva. Es un hecho bien conocido que nuestros tribunales cada vez con mayor frecuencia eluden la decisión de problemas jurídicos complejos por medio de la aplicación del § 153a del Código Procesal Penal alemán. *Sin embargo, no es debido a la falta de control e intangibilidad que se deben evitar tales decisiones.*

En resumen, puede decirse que de esta forma, en relación a los crímenes que no sean punidos con pena de prisión superior a un año, se construyó toda una nueva forma de proceso, que ya fue clasificada por nuestro Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshof* – BHG) como “*proceso de archivamiento con auto sometimiento*”¹⁵. Este proceso, regulado en unos pocos parágrafos, se desvincula de las restantes reglas del proceso penal y las sitúa cada vez más lejos. Apenas conseguiría lograr legitimidad cuando le fuera dedicada una sección o un capítulo en el Código Procesal Penal, en el que fueran establecidos criterios de utilización más claros y le fuera conferida mayor transparencia decisoria, en los términos de los estándares mínimos del Estado de Derecho. Aunque también, e incluso siendo así, tal reglamentación significaría, en muchos casos, en un desvío al actual derecho procesal penal.

2. El proceso de creciente des-formalización en los últimos veinte años en Alemania, ha venido a abarcar progresivamente el proceso de juzgamiento. En lugar del completo esclarecimiento de los hechos previsto legalmente por medio del Tribunal, surgen acuerdos entre el juez, el ministerio público y el defensor, con el resultado de que el tribunal – con una confesión del acusado – establece una medida máxima de pena que no será sobrepasada. A través de este procedimiento, puede ser evitada una exhaustiva recopilación de pruebas, y se consigue abreviar significativamente el proceso.

Sin embargo, aun así, no son observados principios fundamentales del proceso penal alemán¹⁶. Cuando la decisión propiamente dicha es tomada fuera de la sala de audiencias a través de conversaciones previas en el gabinete del juez, el principio de un proceso oral y público – a partir del cual los fundamentos de la decisión son indudablemente presentados delante del público – es seriamente lesio-

15 Decisiones del *Bundesgerichtshof* en materia penal (BGHSt), Tomo 28, p.70.

16 Lo que encuentra muchas críticas por parte de la doctrina. El crítico más fuerte en la literatura alemana es Schünemann, v.g. en su *Gutachten B zum Deutschen Juristentag* 1990, y más recientemente, en su artículo “Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur”, 2005. Cfr. también Kühne, en: *Löwe-Rosemberg, dem größten deutschen Kommentar zur StPO*, 26 2006, Tomo 1, parte introductoria, sección G, nm. 58 ss.

nado. Con todo, la jurisprudencia ha conseguido que las conversaciones previas sean presentadas en el proceso principal y que su contenido conste en el acta. No obstante, ello no sustituye la toma de la decisión en el ámbito del juicio oral y contradictorio.

La sala plena para asuntos penales del Tribunal Federal Supremo alemán (BGH) – un gremio llamado a pronunciarse en casos de divergencias de opinión de las diferentes salas y en cuestiones con una importancia fundamental – había admitido los acuerdos apenas con algunas restricciones¹⁷. Sin embargo, en su histórica sentencia emitida en marzo de 2005¹⁸ puede leerse que el Código Procesal Penal “no tenía regulación alguna acerca de la sentencia con base en acuerdos”. Éstas serían, incluso, “establecidas, en principio, forzosamente”. De igual manera los compromisos relativos a la medida de la pena asumidos antes del juzgamiento serían difícilmente compatibles con la ley, según la cual la sentencia tendría que ser creada “a partir del conjunto del juicio oral”¹⁹. Además, este proceso de acuerdos previos tendría todavía el peligro de “dar cumplimiento apenas de forma limitada al principio de fundamentación”.

De lo anterior resulta que también el Tribunal Federal Supremo alemán, a pesar de su “voto” de admisibilidad a las sentencias con base en acuerdos, las considera, en el fondo, contrarias a la ley. Apenas las tolera con el argumento de que la justicia penal, sin los acuerdos ya no conseguiría cumplir su papel. Citaré textualmente²⁰: “sobre todo teniendo en cuenta los escasos recursos de la justicia (...) la capacidad funcional de la justicia penal no sería soportada si, de modo general, no fuera permitido a los tribunales acordar sobre el contenido de la decisión a emitir”. De forma clara, esto significa que los acuerdos apenas son admitidos para intentar evitar un colapso de la justicia penal ocasionado por su sobrecarga. El Tribunal Supremo Federal alemán reconoce²¹ incluso que habría evitado la admisibilidad de los acuerdos si “fuera posible prever una reglamentación por parte del legislador... Sin embargo, a pesar de la necesidad urgente de reglamentación, no existe, en concreto, una previsión de actividad legislativa sobre este punto”. La sentencia termina con una solicitud dramática²²: “la sala plena para asuntos penales apela al legislador para que reglamente la admisibilidad, y los requisitos

17 BGHSt 50, p. 40 ss.

18 Op. Cit., p. 51.

19 Es lo que establece el § 261 StPO.

20 Op. Cit., p. 54.

21 Op. Cit., p. 55.

22 Op. Cit., p. 64.

y límites legales de los acuerdos. Es una obligación primaria del legislador la de definir las cuestiones principales de configuración del proceso penal”.

De hecho el legislador ha promulgado el pasado 29 de julio de 2009 la llamada “Ley para la regulación del acuerdo en el proceso penal” (*Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*). En el nuevo § 257c del Código Procesal Penal alemán se expresa que puede tener lugar un acuerdo entre el tribunal, el acusado y el ministerio público sobre los efectos jurídicos de un hecho punible. “Componente de cada acuerdo debe ser una confesión” (inciso 2 frase 2). El tribunal da a conocer cual contenido podría tener el acuerdo. Podría dar...también un límite máximo o mínimo de pena” (inciso 3, frase 1 y 2). “El acuerdo entra en vigor cuando el acusado y el ministerio público aprueben la propuesta del tribunal (inciso 3, frase 4).

Contra esta regulación ha sido llamado el Tribunal constitucional para pronunciarse, con lo que ha sido reprochada una violación contra el principio de investigación judicial de la verdad. El Tribunal constitucional ha conservado esta ley con base en su decisión del 19 de marzo de 2013²³, pero ha vinculado su aplicación a condiciones restrictivas. El tribunal dice (nota marginal 71) que la ley “sólo puede ser comprendida en el sentido de que la confesión en la que se basa el acuerdo debe ser obligatoriamente verificada...esta verificación se ha de llevar a cabo por medio de la practica de pruebas en el juicio oral.”

De esta manera, la confesión es de manera justificada excluida como único fundamento de la sentencia y el número de acuerdos sería supuestamente reducido. A pesar de ello es de preguntarse por qué debe ser tan importante la confesión si la sentencia tiene que basarse decididamente en la práctica de pruebas durante el juicio oral.

Me temo que la praxis de los acuerdos es perjudicial para la comprensión judicial básica de complicados problemas jurídicos, ante todo del derecho penal económico. Si el Ministerio Público eleva una acusación es obvio que el juez se apropia de esa posición jurídica sin otras reflexiones, en tanto todas las partes estén de acuerdo con una pena disminuida por medio de la confesión. Así entonces se puede ahorrar un juicio oral integral y el desarrollo de análisis jurídicos propios y detallados.

La praxis de los acuerdos también puede repercutir jurídicamente en perjuicio del acusado. El mismo intentará conseguir una posición jurídica más favorable de-

²³ Strafverteidiger, 2013, p. 353.

sistiendo de un acuerdo. A esto se termina renunciando frecuentemente cuando el acusado teme que con el fracaso de ese intento es de esperarse una pena más alta. Esto se adecua difícilmente a las exigencias de un debido proceso. Una conducción pública y comunicativa del juicio también es posible sin una determinación formal de los límites máximos de la pena. Yo considero esto como la mejor solución.

III.

Un segundo desarrollo que ha contribuido a la crisis del proceso penal se encuentra en el fortalecimiento de medidas de intervención y de vigilancia. Estas medidas deberían servir para el combate al terrorismo y a la criminalidad organizada, pero aún así, limitan cada vez más el espacio de libertad de todos los ciudadanos. No es posible, en el ámbito de este breve trabajo, dar cuenta de todos los pormenores. Por este motivo, indicaré apenas algunos tópicos de crítica.

Se objeta²⁴ que las leyes policiales de los estados federados alemanes que, en la década de los 90 del siglo pasado, vinieran a permitir, en gran medida, investigaciones preliminares sin sospecha concreta, al ser extendidas a casi todos los ciudadanos, limitan su derecho constitucional de auto-determinación informacional.

A esto, se suma²⁵ que el legislador alemán, después del atentado al *World Trade Center*, extendió sustancialmente las competencias de los servicios secretos y autoridades de seguridad y estimó que las informaciones obtenidas por medio de estas competencias puedan ser admitidas en el proceso penal, sin que la fiabilidad del material pueda ser debidamente verificada.

Además de estos aspectos, objeto de crítica²⁶ es todavía el hecho de que en las investigaciones criminales, cada vez más, son implicadas personas que ni son sospechosas, ni están relacionadas con los hechos. Esto se aplica a nuevos métodos de investigación como la pesquisa de redes y pesquisa en bancos de datos, en la cual, sin sospecha alguna, son reunidos datos personales que corresponden a determinados criterios de investigación. En enero de 2007, nuestros diarios dieron cuenta de que, para el esclarecimiento de un caso de pornografía infantil

24 Cfr. Kühne (*supra* nota 16), parte introductoria, sección F, nm. 207.

25 Cfr. Paeffgen, "Vernachrichtendienstlichtung des Strafprozess", en: *Internationalisierung des Strafrechts*, 27. Strafverteidigertag 2003, 2004, p. 291 ss., y las conclusiones del grupo de trabajo para las nuevas leyes de seguridad, en el mismo tomo, p. 352.

26 Cfr. la exposición de síntesis de Kühne (*supra* nota 16), parte introductoria, sección F, nm. 207.

en internet, fueron verificadas innumerables tarjetas de crédito alemanas (más de 22 millones). Lo que se aproxima mucho a las visiones de George Orwell. Desde 2005, por ejemplo, también son admitidas las tomas de ADN de comunidades enteras, a través de las cuales deben ser investigados autores de crímenes violentos, a través del subsiguiente análisis de células corporales obtenidas²⁷. Aparentemente, la participación en estas medidas de investigación masivas se hace libremente. Pero el hecho es que la negativa en la recolección de tales elementos funciona como una sospecha, lo que implica que prácticamente nadie se puede librar de estas medidas.

Han comenzado también a surgir voces preocupadas en Alemania debido a las Decisiones-Marco del Consejo de la Unión Europea relativas al proceso penal²⁸. Es opinión mayoritaria de la doctrina alemana que estas directivas europeas defienden intereses persecutorios sin tomar suficientemente en cuenta los derechos del acusado y de terceros.

Con esta extensa lista de aspectos de crítica no se pretende, sin embargo, afirmar que el proceso penal alemán debería haber permanecido tan liberal como fue construido 20 años después del fin la guerra por el legislador alemán (en reacción al superado Estado injusto [Nazi]). Ya que, en ese contexto, no existía terrorismo ni criminalidad organizada en Alemania ni las fronteras eran abiertas. Se entiende que estos nuevos fenómenos, traducidos en peligros para la seguridad interna, hayan de originar medidas de prevención, y de igual manera, que deban ser utilizados los medios de investigación que los avances científicos y tecnológicos ponen a nuestra disposición. Pero todo eso – y aquí reside la crisis resultante de tal evolución – deberá ser minuciosa y fundadamente reglamentado, con respeto por los derechos individuales de la personalidad, si queremos evitar comportamientos de un Estado de policía. Esto deja ver también la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, el que como es sabido a invalidado completa o parcialmente un impresionante número de normas sobre injerencias pues no incluían una suficiente protección de la libertad de acuerdo a los parámetros del Estado de derecho. Es un preocupante desarrollo el hecho de que nuestro Tribunal constitucional y a veces también el Tribunal federal supremo tengan que indicarle – no pocas veces- al legislador cómo debe que verse una ley conforme a la constitución.

27 § 81 h StPO.

28 Cfr. Kaifa-Gbandi, "Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU um rechtstaatliche Defizite" en: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, p. 521 ss.

IV.

De esta manera nos encontramos con un punto final que es apropiado para aclarar la imagen bastante oscura del nuevo desarrollo legal. El Tribunal federal supremo y ante todo el Tribunal constitucional alemán han reconocido los peligros para el Estado de derecho que trae consigo el acoplamiento de más simplificaciones del proceso con más y rigurosas medidas de vigilancia. Ambos tribunales intentan contrarrestar esto. Acerca de la praxis de los acuerdos ya lo he expuesto. Respecto a las cada vez más amplias medidas de vigilancia, quisiera ahora referirme a un caso ejemplar: la vigilancia acústica domiciliaria, es decir, la escucha de conversaciones en casas o residencias privadas, que han sido introducidas por el legislador en el año de 1998. El Tribunal Constitucional, en 2004, consideró esta nueva reglamentación – mas no la alteración de la Constitución – parcialmente inconstitucional y nula. El legislador, en primer lugar, habría de limitar la admisibilidad de estas medidas a “crímenes particularmente graves” y en los casos así permitidos, respetar el núcleo fundamental de la intimidad de la vida privada. En estas situaciones, nunca sería admitida la primacía del interés en la persecución penal. De esta manera, en el año de 2005, el legislador intentó llevar a cabo este mandato del Tribunal a través de una nueva reglamentación²⁹.

Ahora me detendré un poco más en la proclamada protección del “núcleo fundamental de la intimidad de la vida privada”, en la medida en que sus implicaciones sobrepasan el caso concreto. El Tribunal fundamenta la necesidad de esta protección, en la dignidad de la persona humana que se encuentra consagrada constitucionalmente. Ésta exigiría³⁰ que cada ciudadano tuviese la posibilidad de “manifestar fenómenos personales, como sensaciones y sentimientos, pensamientos, opiniones y vivencias altamente personales, sin el recelo de que las autoridades estatales lo vigilen”. Para ello, precisaría de un “domicilio privado que pueda estar cerrado a los otros”. Éste sería, como un “último refugio”, un “medio de realización de la dignidad humana. Lo que no exige una protección absoluta de los espacios de la casa, pero una protección absoluta de los comportamientos en estos espacios, en la medida en que se presentan como manifestación individual en el ámbito del núcleo fundamental de la intimidad de la vida privada”.

29 En los § 100 c, §100 e del StPO. Con mayor profundidad y valoración crítica Roxin, “Große Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung”, en: *Festschrift für Heike Jung*, 2007, p. 159 ss.

30 BVerfGE 109, p. 313 s. La dignidad de la persona humana está consagrada en el Art. 1 inc. 1 de la Constitución alemana: “La dignidad de la persona humana es inviolable. Es obligación del poder público su respeto y su protección”.

La nueva reglamentación resultó ser de tal modo que, en la práctica, una medida de escucha domiciliaria apenas podrá ser autorizada “si, por virtud de indicios materiales, en particular con relación a los espacios a vigilar y al comportamiento de la persona vigilada, se pueda asumir que no son comprendidas por la medida, manifestaciones pertenecientes al núcleo fundamental de la vida privada”. “La escucha y la transcripción son inmediatamente interrumpidas si durante la vigilancia resultan motivos para considerar que están siendo comprometidos comportamientos pertenecientes al núcleo fundamental de la vida privada. Las transcripciones de tales manifestaciones serán categóricamente eliminadas. Cualquier conocimiento de tales manifestaciones no podrá ser utilizado”³¹.

Sin embargo, el especial significado de la sentencia del Tribunal Constitucional se encuentra en el hecho de que no se limita a la vigilancia domiciliaria. Ya que, siendo la inviolabilidad del núcleo esencial de la intimidad de la vida privada, derivada de la dignidad de la persona humana, este principio también habrá de cumplirse para todos los derechos de intervención estatal. Teniendo así el deber de limitar todas las medidas de vigilancia efectuadas, de acuerdo con el derecho público. Todas las medidas de policía preventivas, pero también las escuchas telefónicas – esto también vale para los registros online y el espionaje de viviendas -, tendrán que ser reconsideradas a la luz de la protección de este núcleo fundamental. Esta es una tarea que el legislador tiene todavía por delante.

V.

Y con esto llego al final. Aunque mi presentación fue corta, tiene un gran sentido que se puede sintetizar en una frase: el Derecho penal y el Derecho procesal penal no solamente están para facilitar una lucha eficaz contra la criminalidad, sino, en igual medida existe otra obligación que es la de asegurarle a la justicia penal una aplicación que esté fuera del alcance de los caprichos de los funcionarios públicos y que se lleve a cabo con justicia y de contraponer límites claros e insuperables al poder de intervención estatal en pro del interés de una vida libre. Recordar esta concepción por la cual se ha luchado de manera sacrificada en los últimos 250 años, no es al día de hoy para nada superficial.

Post scriptum. El Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana agradece al profesor John Zuluaga (LL.M.), y al

31 § 100 inc. 4 y 5, de la nueva formulación del StPO.

Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CE-DPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania), al cual éste pertenece; por el apoyo brindado en la traducción del presente artículo y la materialización de la videoconferencia realizada por el profesor Claus Roxin en el marco del I Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal, llevado a cabo en la ciudad de Medellín en septiembre de 2015.