

Evelyn Haas (Alemania) *

Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán**

1. Introducción

Como casi ninguna otra rama jurídica, el derecho procesal penal revela la situación política y económica de un Estado, las circunstancias específicas y las concepciones reinantes de orden y de libertad. La imposición de una pena criminal constituye la medida de mayor gravedad entre todas las intervenciones concebibles en los derechos del ciudadano. El derecho procesal penal alemán actual es el resultado de una evolución histórica que muestra paralelos evidentes con la discusión del concepto y del significado del Estado de derecho y que recibió impulsos decisivos de esta discusión. De ahí resulta que el derecho procesal también es *derecho constitucional aplicado*, lo que es acentuado aun por el papel decisivo de la Corte Constitucional Federal en lo que concierne el control de normas procesales de intervención —es decir, que implican una intervención en los derechos del ciudadano— y su aplicación en el caso individual. Eso se pone de manifiesto de forma especialmente clara en la declaración de la Corte Constitucional Federal acerca de que al procedimiento penal le incumbe la tarea de ejercer la pretensión punitiva del Estado en el marco de un procedimiento judicial, conforme a las normas jurídicas, que garantice la salvaguardia efectiva de los derechos fundamentales del inculpaado. Los derechos fundamentales se encuentran enumerados en la primera parte de la constitución alemana, en los artículos 2 a 19 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz, GG*) y constituyen derecho de aplicación inmediata que vincula a todos los órganos del Estado, derecho al que se puede acoger el ciudadano también frente a estos órganos.

* Doctora y profesora. Jueza del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y profesora de la Universidad Eberhard Karls de Tubinga.

** El presente artículo se basa en la ponencia presentada en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina organizado por la Fundación Konrad Adenauer, Punta del Este, Uruguay, octubre de 2005.

El procedimiento penal es caracterizado por dos principios opuestos: por un lado, la garantía constitucional de derechos subjetivos que una persona sospechosa de un delito criminal puede oponer al Estado; por otro lado, la obligación del Estado de cuidar de la protección de los ciudadanos como consecuencia del monopolio estatal de la violencia y de garantizar la paz jurídica mediante la persecución penal y la condena del infractor. Por consiguiente, del principio del Estado de derecho consagrado en la Ley Fundamental no sólo se desprende el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado; más bien, en orden al Estado de derecho debe asegurarse al mismo tiempo que personas inocentes sean protegidas contra una persecución injustificada y que los inculpados sean condenados exclusivamente en un procedimiento conforme a las normas jurídicas que salvaguarde sus derechos fundamentales. La constitución no sólo garantiza la libertad *mediante* el ejercicio del poder punitivo estatal; también asegura la libertad del ciudadano *del, o frente al,* ejercicio del poder punitivo estatal.

Al respecto, algunos ejemplos: Es así como se plantea la pregunta por la relación entre las garantías constitucionales y el derecho procesal penal, cuando se trata de analizar la constitucionalidad de la vigilancia acústica del domicilio con fines de persecución penal, al igual que en el caso de la problemática del uso de la violencia de parte de la policía durante el procedimiento de investigación. Pero también forman parte de este ámbito temático los requisitos para medidas de allanamiento en el marco de un procedimiento de investigación, la protección de datos de las telecomunicaciones contra el control, registro, procesamiento y la transmisión no autorizados; la admisibilidad de tests de ADN (“huella digital genética”) —incluso de controles masivos “voluntarios” — como muchas veces la única posibilidad de obtener indicios o confirmar sospechas; el uso de detectores de mentiras; la utilización de los diarios de vida de un inculpado en el marco de un procedimiento de investigación y el uso de sustancias vomitivas, sobre todo en el ámbito de la lucha contra el narcotráfico, que ha estado acaparando la atención de la opinión pública por las informaciones sobre los casos de muerte que se habían producido en este contexto.

En general, tomando como punto de partida la pregunta por el propósito de un procedimiento penal (a ello, me referiré inmediatamente en la sección 2), quisiera a continuación describir primero los requisitos constitucionales centrales de un derecho procesal penal con arreglo al Estado de derecho (capítulo 3), para luego analizar algunos problemas específicos que pueden surgir tanto en el sumario o procedimiento de instrucción (capítulo 4) como en el plenario o audiencia de juicio oral (capítulo 5).

2. El propósito de un procedimiento penal

Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal acerca de los propósitos perseguidos por un procedimiento penal tiene por resultado que el propósito ulterior de una administración de justicia penal comprometida con los principios del Estado de derecho y a la vez efectiva es la realización de la justicia. Específicamente, este propósito está compuesto por cuatro elementos, a saber: la satisfacción de la

necesidad de una *persecución penal efectiva*, el *interés por averiguar*, en el *procedimiento*, la *verdad de manera lo más completa posible*, el *esclarecimiento de delitos graves como cometido esencial de una colectividad organizada con arreglo al Estado de derecho* y el *derecho del inculpado a un proceso penal equitativo de acuerdo con las normas del Estado de derecho*. En suma, el objetivo del derecho procesal penal es la realización y la implementación del derecho penal material.

Aquí debe tenerse en cuenta que estos objetivos, por su naturaleza abierta, requieren un alto nivel de concreción en cada caso específico, lo cual posibilita también relacionarlos y compensarlos entre ellos por la vía de la ponderación; no se puede comprobar una preeminencia de uno u otro de estos principios en la jurisprudencia. En este sentido, el procedimiento penal regulado por la ley proporciona, por un lado, las bases jurídicas para poder intervenir, con el propósito de la persecución penal, en posiciones legales protegidas por derechos fundamentales; por otro lado, las facultades que el derecho procesal entrega para tales intervenciones son limitadas, a su vez, por la importancia establecedora de valores de los derechos fundamentales consagrados en la constitución.

La instancia llamada a controlar y actualizar las garantías constitucionales en este campo de tensiones es la Corte Constitucional Federal, la que no sólo dirige su mirada al legislador y a la jurisprudencia de los tribunales penales, sino que al mismo tiempo, mediante la interpretación judicial de la constitución, concreta las garantías constitucionales de forma jurídico-sustantiva.

En suma, un procedimiento penal tiene entonces, por una parte, la tarea de ejercer el derecho de castigar o, dicho de otra forma, la pretensión punitiva del Estado en un procedimiento judicial, conforme a las normas jurídicas, por motivo de la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la comunidad. Por otro lado, han de garantizarse en forma efectiva los derechos fundamentales de una persona que se encuentra ante la posibilidad de una condena. De la dignidad del ser humano como una persona que actúa en responsabilidad propia deriva el principio, que determina el procedimiento penal, de que ninguna condena debe aplicarse sin culpabilidad. Esto ha de asegurarse mediante las correspondientes normas procesales.

3. Principios constitucionales del derecho procesal penal

Es cierto que de la constitución alemana pueden desprenderse importantes reglas y principios para la configuración del derecho procesal penal; no obstante, no puede pasarse por alto que las garantías constitucionales —por cuanto corresponden a la idea de una constitución como ordenamiento marco— frecuentemente son sólo de índole puntual y que, por lo tanto, sólo pueden surtir su efecto en ámbitos específicos. Por consiguiente, no puede deducirse de la constitución una teoría general del derecho procesal penal, y menos aún está el derecho procesal penal tan penetrado del derecho constitucional que habría que concederle rango constitucional.

Por consiguiente, el derecho procesal penal alemán no puede inferirse en su detalle de la Ley Fundamental; ésta sólo obliga al legislador a desarrollar reglas para el ámbito de la persecución penal que resulten de conformidad con la constitución.

3.1. Principios fundamentales

3.1.1. La garantía de la dignidad humana

La dignidad humana es el principio constitutivo fundamental y el valor superior de la constitución alemana. A pesar de todas las dificultades a la hora de abarcar el contenido sustantivo de la dignidad humana consagrada en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, su función limitadora en el procedimiento penal es indiscutida: Por ejemplo, la prohibición de la autoinculpación forzosa (*nemo tenetur se ipsum accusare*) dispuesta en el artículo 136, párrafo 1, inciso 2, del Código alemán de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung, StPO*) radica, según la opinión preponderante en la teoría del derecho político alemán, a la que adhirió también la Corte Constitucional Federal, en la garantía de la dignidad humana.

Tampoco es compatible con la dignidad humana convertir a los seres humanos en meros objetos de los poderes del Estado. Eso, sin embargo, no quiere decir —y la Corte Constitucional Federal lo señaló en su resolución acerca de la constitucionalidad del uso de sistemas de escucha para vigilar viviendas— que la dignidad humana sea violada ya por el simple hecho de que alguien se haya convertido en el destinatario de medidas de persecución penal.

La existencia de una violación de la dignidad humana por actividades del Estado dirigidas contra una persona sólo puede tomarse en consideración cuando por la naturaleza de la medida tomada se pone en duda de manera fundamental la calidad de la persona afectada como sujeto, cuando se degrada al ser humano hasta el punto de convertirlo en objeto.

Decidir cuándo se ha traspasado el límite es difícil y sólo es posible en el caso individual concreto. Por supuesto, la teoría del derecho político ha desarrollado fórmulas a tal efecto. Suenan muy bien, pero carecen de vida o de sustancia cuando dicen, por ejemplo, que se viola la dignidad humana si el tratamiento dado por el poder público a una persona no respeta el valor que corresponde a cada ser humano por sí mismo.

En su resolución reciente sobre la vigilancia acústica de viviendas, la Corte Constitucional Federal recalcó que la garantía de la dignidad humana también comprende un núcleo esencial de la vida privada y explicó que, por consiguiente, este núcleo esencial es inviolable y no debe ser relativizado a través de la ponderación con otros bienes jurídicos o con el interés público en la efectividad de la persecución penal conforme con el principio de proporcionalidad. Con ello se le impide al Estado investigar la verdad a cualquier precio.

La garantía de la dignidad humana despliega sus efectos protectores también en lo que concierne la obtención y utilización de pruebas en el procedimiento penal, tal

como la Corte Constitucional Federal ya aclaró en una resolución de los años setenta acerca de la posibilidad de aprovechar como prueba los diarios de vida de un inculpa-do. En su momento, sin embargo, la Corte Constitucional Federal en definitiva aprobó la posibilidad de hacerlo, considerando que las anotaciones, incluso de naturaleza muy privada, no forman parte necesariamente de aquel núcleo esencial, protegido en forma absoluta, cuando contienen informaciones acerca de delitos próximos o ya cometidos. En este sentido, su aprovechamiento puede también justificarse alegando un interés preponderante de la comunidad, lo que incluye precisamente el esclarecimiento efectivo de delitos graves. En vista de la composición personal de la Corte, dudo de que esta resolución pudiera tomarse en la actualidad.

Finalmente, la protección de la dignidad humana garantizada por la constitución despliega su influencia también en el ámbito de la ejecución de la pena. La ejecución de una condena viola la dignidad humana del autor del delito, si la suspensión de la ejecución se considera sólo en caso de muerte inminente o de enfermedades gravísimas, por lo que la oportunidad de vivir en libertad queda reducida a un resto de vida caracterizado por la proximidad de la muerte.

Refiriéndose a esta resolución, la Corte Constitucional de Berlín, en el caso *Honecker* del año 1993, que concernió al último jefe de Estado de la RDA, llegó a la conclusión de que la continuación de la detención preventiva era incompatible con el mandato de respetar la dignidad humana, al menos cuando el inculpa-do sufre una enfermedad grave e incurable.

Es cierto que aquí la Corte Constitucional de Berlín se refirió en forma injustificada a la resolución de la Corte Constitucional Federal sobre la ejecución procesal penal, nivelando así las diferencias entre la ejecución de la pena y la prisión preventiva. Sin embargo, la Corte parte de la consideración acertada de que, en casos en que el inculpa-do padezca una enfermedad física o mental, existe una alta probabilidad de que el proceso penal de todas maneras tenga que sobreseerse por la falta de capacidad del inculpa-do para enfrentar un juicio, de modo que la continuación de la prisión preventiva, cuyo objetivo es asegurar las investigaciones contra el inculpa-do y la presencia del acusado en el procedimiento penal, ya no tiene sentido porque no podrá alcanzar su propósito.

En casos en que el respeto de la dignidad humana del autor de un delito, establecido en la constitución, exige que el Estado renuncie a su pretensión punitiva, ya no tiene cabida una ponderación con el objetivo legítimo de alcanzar la pacificación mediante el procedimiento penal. En todo caso, la satisfacción basada en la venganza es ajena a un Estado civilizado.

3.1.2. *El principio del Estado de derecho*

Aparte de la garantía de la dignidad humana, regulada en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, el principio del Estado de derecho de la Ley Fundamental tiene una importancia central para el procedimiento penal.

Independientemente de la pregunta en qué base dogmática ha de fundarse este principio y cuáles son los elementos específicos que incluye, pueden señalarse como elementos estructurales de un procedimiento penal conforme a las normas de la constitución los siguientes:

El primer principio es la *presunción de inocencia*, garantizada también según el artículo 6, párrafo 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, que por una parte exige que sean comprobados el delito y la culpabilidad del autor, y de la cual se deduce, por la otra, que se supone la inocencia del autor hasta la comprobación legal de la culpabilidad.

En definitiva, la presunción de inocencia prohíbe, por un lado, que en un procedimiento penal concreto se impongan sin comprobación legal de la culpabilidad medidas contra un inculpado que en su efecto equivalgan a una condena y lo traten como culpable. La presunción de inocencia exige la comprobación irrevocable de la culpabilidad antes de que ésta se pueda reprochar a un condenado en las relaciones jurídicas en forma general.

No obstante, de la presunción de inocencia no se desprende la inadmisibilidad de medidas de persecución penal como, por ejemplo, la detención provisional o la prisión preventiva, porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en los principios del Estado de derecho. Sin embargo, según las leyes ordinarias estas medidas están sujetas a condiciones concretas; la prisión preventiva, por ejemplo, a la existencia de una sospecha fundada, o el peligro de fuga, o la posibilidad de entorpecimiento del sumario, es decir, del peligro de que alguien aproveche el resto del tiempo que tarda el esclarecimiento del hecho para borrar las huellas de éste o para eliminar testigos o influir sobre ellos.

Otro principio que se basa en el principio del Estado de derecho es el *principio de legalidad*. Según este último, el legislador está obligado a determinar él mismo las condiciones de una persecución penal. Al reunirse estas condiciones, deben iniciarse medidas de persecución penal. Por lo tanto, las autoridades encargadas de la persecución penal no son libres a la hora de decidir si iniciarán un procedimiento de instrucción en un caso individual.

Sin embargo, no hay principio sin excepciones. Según el igualmente vigente principio de oportunidad, puede renunciarse a la persecución penal en un caso concreto, cuando ésta no es precisamente necesaria desde el punto de vista de la prevención. Por consiguiente, la obligación de perseguir penalmente es limitada conforme a las disposiciones legales (por ejemplo, conforme a los párrafos 153 ss del Código alemán de Procedimiento Penal).

En vista de la indeterminación del principio del Estado de derecho, en principio no se pueden derivar de él normas concretas de conducta indicadas exclusivamente por la constitución. Incumbe más bien al legislador escoger entre posibles alternativas al concretar el principio constitucional. Sólo cuando resulta inequívoco, teniendo en

cuenta todas las circunstancias, que ya no se cumplen requisitos que son indispensables en un Estado de derecho, pueden sacarse de los propios requisitos conclusiones concretas para la organización de un procedimiento penal. Esto tiene aplicación, por ejemplo, en lo que concierne la duración de un procedimiento penal y el principio de la agilización judicial o principio de celeridad que radica en el principio del Estado de derecho.

La siguiente resolución puede ilustrar esta situación: El recurrente interpuso un recurso en el año 2005 contra la continuación de la prisión preventiva a la que estaba sometido desde mediados del 2002. El tribunal recalcó la importancia central, radicada en el principio del Estado de derecho, del mandato de celeridad, y explicó a continuación que una dilación considerable del proceso penal de responsabilidad de las autoridades encargadas de la persecución penal es incompatible con este mandato. Según el tribunal, ello rige también después de dictarse el fallo en primera instancia y debe considerarse a la hora de analizar si procede o no ordenar la continuación de la prisión preventiva. Es así como, por ejemplo, a mayor duración de la prisión preventiva serán también mayores los requisitos frente a las razones que justifican una prolongación de la medida.

3.1.3. *El mandato de la protección jurídica efectiva*

La efectividad de la protección jurídica exige que el individuo pueda, también de hecho, hacer respetar efectivamente sus derechos en el procedimiento jurídico respectivo y que en general no tenga que soportar las consecuencias de intervenciones estatales sin previo examen judicial.

De ello, sin embargo, no se desprende un mandato de protección jurídica *inmediata*. Protección jurídica efectiva significa protección jurídica en un *plazo adecuado o razonable*. Cuanto mayor sea la intervención y cuanto más las medidas del poder público creen hechos irreversibles, tanto más intensiva debe ser la protección jurídica.

Teniéndose en cuenta estos parámetros, tampoco suscita reparos el hecho de que el derecho procesal penal en principio no ofrezca protección jurídica contra el inicio y la realización de un procedimiento de instrucción por parte de la fiscalía, ya que éste es un procedimiento preparatorio y el inculpado además tiene a su disposición posibilidades suficientes de protección jurídica en la audiencia intermedia y la audiencia del juicio oral. Sólo podría regir otra cosa en aquellos casos en que resultase objetivamente arbitraria la incoación o la continuación de un procedimiento de instrucción.

El mandato de celeridad en la realización del proceso penal no sólo presupone la existencia de simples reglas de procedimiento, sino también un derecho penal cuyas normas sean claras y precisas y que, en lo posible, dé la menor cabida posible a estrategias complicadas de interpretación jurídica.

Desde ya, la determinación o precisión de las normas penales es indicada en un Estado de derecho, porque éstas se dirigen en primer lugar a los ciudadanos no versados en derecho y regulan su conducta. Por lo tanto, el ciudadano debe tener la posibilidad de reconocer, sin asistencia jurídica, qué se exige de él.

Naturalmente, puede alegar un error de derecho en el procedimiento penal. Esto, sin embargo, no sólo provoca valoraciones jurídicas complicadas —como demuestran las teorías del error en el derecho penal— sino también supone una carga considerable para el individuo afectado por un procedimiento penal, lo que debe evitarse.

3.1.4. *El derecho al juez legal*

Uno de los principios de procedimiento esenciales es que nadie podrá ser sustraído a su juez legal. Este mandato constitucional regula, por un lado, la determinación y la previsibilidad, no sólo del respectivo tribunal competente sino también de la sala o del cuerpo resolutorio competente en este tribunal; a la vez, se trata de un derecho equivalente a un derecho fundamental, cuya violación también puede alegarse por el recurso de amparo constitucional.

Regulaciones en forma de preceptos jurídicos en la Ley Orgánica de Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*) determinan las competencias de las diferentes jurisdicciones. Los planes de la distribución de asuntos dentro del tribunal, que pueden ser consultados por los intervinientes en el proceso, aseguran que quede definida la competencia para determinados procedimientos y que cada uno pueda tener conocimiento de ella. De este modo, la selección de un juez o de un tribunal según el caso individual es imposible por principio. La determinación del juez debe, por ello, abarcar cada posible caso individual y definir la competencia objetiva, territorial y jerárquica de la manera más inequívoca posible, a fin de excluir cualquier margen evitable para el aplicador de normas.

Ahora bien, según parece, esta garantía del juez legal es formulada de manera especialmente detallada en Alemania. En los demás países europeos, por regla general, basta con la definición del tribunal competente. La determinación adicional del cuerpo resolutorio pretende prevenir el peligro de que la judicatura sea expuesta a influencias ajenas a los hechos por una manipulación de los órganos jurisdiccionales. Con ello se pretende garantizar la independencia de la jurisprudencia y asegurar la confianza de las personas que recurren a la justicia, y también del público, en la imparcialidad y la objetividad de los tribunales.

Cuánta importancia tiene este requisito queda demostrado por el hecho de que no pocas veces se sustituyen jueces por otros más proclives al gobierno de turno sin dar explicación alguna o muy pobre para fundamentar tal decisión. Esto viola también el principio de la inamovilidad de los jueces.

Especialmente en el procedimiento penal, el juez legal tiene una importancia considerable. Necesariamente despertará desconfianza cuando antes de iniciarse un

procedimiento penal —más aún cuando podría tener relevancia política— se nombra a nuevos magistrados, que luego tendrán la competencia para sustanciar ese proceso.

Ahora bien, tampoco el sistema alemán puede excluir del todo la posibilidad de que un juez recién nombrado sea asignado a una sala que sustanciará un proceso penal importante y que su nombramiento pueda cambiar la mayoría en esta sala. Sin embargo, la situación jurídica descrita sí impide en general que se produzcan intervenciones masivas por parte de la política mediante el nombramiento de jueces en vista de un procedimiento determinado.

3.1.5. *Garantías legales en caso de privación de libertad*

Como demuestra ya la tradición constitucional inglesa con la Magna Carta Libertatum de 1215, la Petition of Rights de 1628 y la Ley de Hábeas Corpus de 1679, la libertad de la persona, garantizada como derecho fundamental, ocupa un alto rango entre las garantías constitucionales. La Ley Fundamental alemana garantiza la libertad de la persona en el artículo 2, párrafo 2, y asegura esta libertad en el procedimiento penal mediante las correspondientes disposiciones procesales (artículo 104 de la Ley Fundamental).

Las regulaciones procesales del artículo 104 de la Ley Fundamental repiten y afirman en primer lugar que la libertad de la persona podrá ser limitada únicamente en virtud de una ley formal. La intervención más grave, la privación de libertad, puede efectuarse sólo por resolución judicial. Por consiguiente, el juez o magistrado es plenamente responsable por esta intervención en la libertad de la persona. A nuestro entender, la reserva del fallo judicial asegura la libertad de la persona en más alto grado que una privación de libertad que fuera ordenada por otros órganos del Estado.

Este concepto se basa en una concepción especial del juez —de su personalidad y su función—. Según esta concepción, un juez es independiente e insobornable (lo que se sobreentiende). Es independiente frente a la opinión pública contingente, frente a los grupos de presión privados, como también frente a la opinión de los órganos estatales. En esta concepción no caben la justicia que dispensa favores ni los jueces dispuestos a complacer los órganos del Estado. La pauta del juez es *únicamente* el derecho, cuyas normas han de ser claras y determinadas.

No obstante, en casos excepcionales, la privación de libertad (arresto y detención por la policía) es admisible también sin fallo judicial previo. Sin embargo, inmediatamente después debe producirse un fallo judicial. Puede prescindirse de un fallo judicial de forma provisional sólo si el objetivo —constitucionalmente admisible— que se persigue con la privación de libertad no pudiera realizarse de otra manera.

En lo que concierne al derecho procesal penal, la orden de prisión preventiva es probablemente el caso más importante en que se aplica la privación de libertad. Aquí se manifiesta la relación de tensión entre la libertad individual por un lado y las exigencias de una persecución penal efectiva por el otro.

La intervención en la libertad sólo puede tolerarse si, y en la medida en que, la pretensión legítima de la comunidad estatal al esclarecimiento total del delito y al castigo rápido del autor no puede ser asegurada de otra forma que por medio de la detención provisional. La Corte Constitucional Federal ha subrayado reiteradamente en su jurisprudencia que las limitaciones necesarias y adecuadas de la libertad de un inculpado, cuya culpabilidad del delito al fin y al cabo no ha sido probada y que no ha sido condenado aún, han de verse siempre en contraste con la pretensión de la libertad como elemento correctivo, y que su peso frente al interés por la persecución penal se incrementa a mayor duración de la prisión preventiva.

Conforme a eso, los tribunales tienen la obligación —por una parte, en la medida en que aumenta la duración de la detención preventiva— de tramitar estos procesos con particular celeridad. Con el paso del tiempo aumentan además las exigencias en cuanto al motivo que justifica la prolongación de la detención; por consiguiente, cada resolución judicial acerca de la prolongación de la detención debe contener explicaciones actuales al respecto, así como sobre la ponderación entre el derecho fundamental del inculpado a la libertad y el interés de persecución penal.

En general, la prisión preventiva, tanto en lo que atañe a su ordenación como a su ejecución y su duración, es dominada por el principio de la proporcionalidad. Por lo tanto, ya no es necesaria cuando existen medidas menos duras que demuestren ser igualmente útiles para lograr el objetivo.

3.1.6. *El mandato de la determinación legal de la pena*

El mandato, regulado en la constitución (artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental), de que la punibilidad de un delito debe haber sido establecida por la ley *antes* de la comisión del delito se manifiesta como normalización constitucional del principio del Estado de derecho. En este contexto, punibilidad significa en primer lugar sólo la reacción de desaprobación frente a una conducta culpable por parte del poder estatal. Con la estricta reserva legal, la constitución exige que los requisitos de la punibilidad y el tipo de pena (pena privativa de libertad o pena pecuniaria) deben ser regulados en una ley aprobada por el Parlamento.

Según la opinión general, esta reserva parlamentaria tiene una doble finalidad. Por una parte, se trata de proteger al destinatario de la norma jurídica, quien tiene que prever qué conducta está prohibida y es punible para poder adaptar su conducta a ello. Por la otra, únicamente el legislador —y no, por ejemplo, el Ejecutivo o el Poder Judicial— debe decidir acerca de la punibilidad de un acto.

A la inversa, esto significa que al Poder Judicial le está prohibido fundamentar o endurecer tipos penales o penas mediante el derecho consuetudinario o mediante analogía.

Con ello, también es inadmisibles —en vista del mandato de la determinación legal de la punibilidad antes de la comisión de un delito— la fundamentación o el endurecimiento retroactivo de la punibilidad. La constitución impide que lo ilícito de un

acto reciba una revaloración *ex post* en detrimento del autor. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, la irretroactividad consagrada en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental rige solamente para el derecho penal (incluyendo el derecho penal administrativo), pero no para el orden jurídico en general. No abarca el derecho procesal penal ni tampoco ciertos requisitos de la persecución penal como, por ejemplo, la exigencia de una querrela como condición de la persecución penal o la prescripción, lo cual fue muy controvertido en el pasado.

3.1.7. *La prohibición de condenas múltiples*

La prohibición de condenas múltiples por el mismo hecho (artículo 103, párrafo 3, de la Ley Fundamental) limita el derecho del Estado de castigar en el interés de la paz jurídica y a favor de la libertad y la dignidad de las personas afectadas. Por principio, los absueltos y los penados no deben temer ser otra vez demandados judicialmente por el mismo reproche de un acto punible. La prohibición de las condenas múltiples abarca las leyes penales generales, es decir, el derecho penal criminal.

Contrario al texto literal de la norma que habla del castigo múltiple o reiterado (*mehrmalige Bestrafung*) por el mismo hecho, la prohibición de la repetición de un proceso penal ya realizado a causa del mismo hecho se aplica siempre cuando el hecho fue objeto de una sentencia firme y ejecutoriada de un tribunal penal; es decir, también en aquellos casos en que el inculpado fue absuelto. En este caso, la acción penal ha sido agotada en su totalidad.

Según la opinión dominante, las sentencias firmes y ejecutoriadas impiden no solamente una nueva condena por un tribunal penal, sino también la iniciación de un nuevo procedimiento de persecución penal. En este sentido hay aquí un impedimento procesal de derecho procesal penal.

En casos excepcionales extremos, la ley prevé una revisión de la causa de conformidad con el derecho procesal penal (§ 362 del Código de Procedimiento Penal) en perjuicio del acusado. Por ejemplo, en casos en que la persona absuelta más tarde entregue una confesión o si hubo testigos que testimoniaron en falso premeditadamente a favor de la persona absuelta. En estos casos, mantener el fallo original llevaría a un resultado sencillamente intolerable. Los motivos de la revisión de la causa son normados en forma definitiva, y, como constituyen un quiebre considerable de la cosa juzgada, deben interpretarse —según la opinión general— en forma restrictiva para no sobrecargar la relación de tensión entre la seguridad jurídica y la justicia material.

3.2. *Principios derivados*

Aparte de los principios fundamentales de la constitución ya mencionados, la Corte Constitucional Federal ha desarrollado otras condiciones normativas para el procedimiento penal que se presentan básicamente como una unión de diferentes

elementos del principio del Estado de derecho, por un lado, y de los derechos fundamentales, por el otro. Sin embargo, no se trata de normas absolutas del derecho constitucional, sino más bien de parámetros derivados de la constitución, que en el caso particular pueden ser invocados para perfilar y precisar las afirmaciones básicas de la constitución en el ámbito del derecho procesal penal.

3.2.1. *El principio del derecho de audiencia*

De importancia fundamental para el derecho procesal penal es el derecho del ciudadano de ser oído legalmente ante los tribunales, consagrado en el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental. Esta norma ha sido calificada a veces como *derecho fundamental*, otras veces como *derecho procesal fundamental* o *derecho equivalente a los derechos fundamentales*.

En todo caso, es un derecho subjetivo del ciudadano, cuya violación puede alegarse por la vía del recurso de amparo constitucional. Se trata de un *derecho procesal originario* del ser humano que debe garantizar que el individuo no sea meramente un objeto de la resolución judicial, sino que tenga ocasión de ser oído antes de un fallo que afecta sus derechos.

Como expresión del principio del Estado de derecho, el derecho de ser oído, consagrado en el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental, es además un principio de derecho objetivo que como tal asegura estándares elementales del Estado de derecho para los procesos judiciales.

En el detalle, el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental apunta a facilitar una resolución correcta y justa y a garantizar una conducción objetiva y equitativa del proceso a través de la disposición imparcial del juez a utilizar y valorar los hechos presentados en el proceso. En suma, la disposición impide que una persona sea juzgada en forma sumaria en un proceso judicial.

Debe existir la posibilidad, como concreción de la garantía constitucional de la dignidad humana, de defenderse en una situación grave y que significa una gran carga para el individuo —como es la situación de un procedimiento penal— con argumentos de hecho y de derecho. La persona afectada debe tener la oportunidad de expresar su posición en forma escrita u oral frente al tribunal acerca de las acusaciones en su contra, presentar solicitudes y realizar alegatos. En forma correspondiente, el tribunal debe tomar nota de estas declaraciones o por lo menos tenerlas en consideración.

3.2.2. *El principio del proceso equitativo**

Además, ampliando las exigencias que ya se desprenden del artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional Federal ha deducido del principio

* O también *debido proceso*, en inglés *fair trial*. (N. de la t.)

del Estado de derecho, conjuntamente con el derecho general de libertad, consagrado en el artículo 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental, un derecho del acusado a un proceso penal equitativo con arreglo a los principios del Estado de derecho para compensar así restricciones que no son abarcadas por garantías más específicas.

El derecho a un proceso equitativo no se agota en la autolimitación de los medios del Estado frente a las limitadas posibilidades del individuo, sino que establece al mismo tiempo la obligación para los órganos estatales de llevar a cabo el procedimiento en forma correcta y equitativa.

De ello se desprende para el acusado, quien no debe ser un mero objeto del procedimiento penal, la existencia de un mínimo de facultades activas, a fin de poder influir en el proceso también con medios del derecho procesal y así defenderse en forma adecuada contra injerencias excesivas de entidades estatales.

En vista de la indeterminación del principio del Estado de derecho, es preciso ser cuidadoso cuando se pretende deducir mandatos o prohibiciones generales del principio del proceso equitativo. En principio, le corresponde al legislador escoger, entre diferentes regulaciones posibles, una solución que sea compatible con los preceptos constitucionales.

La cuestión seguramente más problemática desde el punto de vista del proceso equitativo es la de la admisibilidad de acuerdos en el procedimiento penal, que puedan producirse tanto en la etapa de instrucción como en la audiencia del juicio oral. Estos convenios, que en forma neutral suelen denominarse *avenimiento procesal penal o acuerdo*, pero que en forma más crítica son calificados como *negociado con la justicia*, han adquirido una importancia considerable, sobre todo en el ámbito de los delitos económicos —desde ya, por razones de economía procesal.

No obstante, se suscitan reparos cuando la pretensión punitiva del Estado, el cumplimiento de los principios procesales, la apreciación jurídica de un hecho y los principios de la determinación de la pena se ponen a disposición de las partes. Mientras que los acuerdos en la etapa de instrucción son más bien poco frecuentes, la situación es diferente en lo que concierne a los acuerdos en la audiencia del juicio oral, en los cuales esta práctica se ha venido imponiendo.

La Corte Constitucional Federal no considera los acuerdos en el procedimiento penal como inadmisibles por principio. Sin embargo, en una resolución del año 1987 señala que la libertad de la decisión voluntaria y de la actuación de la voluntad del acusado no debe ser menoscabada, y que por ello tampoco debe presionarse al acusado a entregar una confesión, prometiéndole ventajas no previstas por la ley o mediante engaño. Asimismo, en el interés de establecer la verdad, el juez no debe contentarse con una confesión que el acusado haya entregado a cambio de la promesa de una atenuación de la pena, cuando se impone la continuación de la diligencia de pruebas. Sin embargo, un tribunal sí puede prometer a un acusado que una confesión tendrá un efecto atenuante. En el contexto de tales acuerdos, la fiscalía puede renunciar a determinados cargos, de modo que se reduzca el peso de la acusación en general y, con ello, también el marco penal.

En general, en las últimas décadas se ha ido desarrollando una jurisprudencia moderada de los tribunales ordinarios especializados a ese respecto, la que con la resolución de principios de la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), el máximo tribunal alemán en materia penal, ha sido llevada a un término provisional.

Según esta resolución, un acuerdo en un procedimiento penal no es inadmisibles en general; sin embargo, debe establecerse con la participación de todas las partes interesadas en el juicio oral público, lo cual, en todo caso, no excluye conversaciones previas fuera de la audiencia del juicio oral. El tribunal que conoce la causa tampoco puede anunciar o prometer una determinada pena antes de la deliberación y discusión de la sentencia; no obstante, no está impedido de indicar un límite máximo para la pena que no traspasará en el caso de una confesión.

No obstante, el tribunal ya no está obligado a respetar esa declaración cuando en la audiencia del juicio oral se evidencian nuevas circunstancias graves imputables al acusado. La intención de apartarse de su promesa previa debe ser comunicada en la audiencia del juicio oral, para dar al acusado y a su defensor la oportunidad de prepararse para ello.

Como la pena ha de ser adecuada a la culpa, el tribunal debe observar las razones generales de la determinación de la pena. Sin embargo, es completamente inadmisibles convenir con el acusado, antes de dictarse la sentencia, que renuncie a interponer un recurso.

3.2.3. *El mandato de la igualdad de armas*

Una estrecha relación con el principio del proceso equitativo, que se desprende del derecho constitucional, tiene también la exigencia de la Corte Constitucional Federal de una *igualdad de armas* jurídico-procesal de los organismos encargados de la persecución penal, por una parte, y el inculpado, por la otra.

Según esto, el Ministerio Público está comprometido en el ejercicio de sus funciones a la legalidad y la objetividad. En el marco de sus investigaciones, debe observar la presunción de inocencia y conducir las investigaciones de tal manera que se evite, en lo posible, el abuso de sus poderes y la restricción de los derechos de los inculpados. En especial, está obligado a investigar también las circunstancias que puedan desmentir las imputaciones que pesan sobre un sospechoso y de resguardar también las pruebas correspondientes.

En términos generales, podría decirse que la idea de la igualdad de armas está ampliamente realizada en la audiencia del juicio oral, mientras que en la etapa previa de investigación la fiscalía (aún) tiene cierta preponderancia. Pero ello de por sí resulta de la naturaleza de las respectivas etapas.

Para no poner en peligro las investigaciones, se debe conceder a la fiscalía —es decir, de hecho a la policía, a la que corresponde llevar a cabo las investigaciones— la posibilidad de realizar su trabajo sin perturbaciones. Por esa razón, en un primer mo-

mento no ha de informarse al inculpado de las investigaciones. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, en principio no es indicado —pero desde el punto de vista de la efectividad de la protección jurídica— someter la iniciación y realización de un procedimiento de investigación de la fiscalía a un control judicial antes de que hayan concluido las investigaciones.

3.3. Límites generales de intervenciones en los derechos fundamentales

Al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal sobre el derecho penal procesal, se advierten, junto con los enunciados sobre las respectivas garantías constitucionales, otros que se refieren a los límites de las intervenciones.

3.3.1. La reserva legal

En primer lugar, las intervenciones en los derechos fundamentales —y éste es un enunciado que no rige solamente para el ámbito del derecho procesal penal, sino en general— requieren una base legal. Particular importancia tiene el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, que fue desarrollado por la Corte Constitucional Federal a partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad —es decir, el derecho a determinar por sí mismo qué datos pueden llegar a manos del Estado.

Aun así, pueden encontrarse ámbitos en los cuales la Corte —aunque en el resultado haya rechazado la existencia de una violación de un derecho fundamental— ha acentuado la importancia de la reserva legal en el proceso penal. Eso a veces produce resultados un tanto curiosos. Por ejemplo, en opinión de una sala de la Corte, el uso de los llamados *enlaces* (es decir, confidentes de la policía, a los que se recurre en la etapa de investigación) para indagar en la vida de la novia de un sospechoso de homicidio calificado, desconociendo su derecho a negarse a declarar como testigo, es supuestamente improcedente sin una base legal especial que autorice la medida.

3.3.2. El núcleo esencial de la persona

Otra limitación para calificar la intervención en derechos fundamentales la constituye, en opinión de la Corte Constitucional Federal, el núcleo esencial inviolable de la vida privada, ya mencionado en el contexto de las resoluciones sobre el tema del diario de vida. Este núcleo tuvo una importancia central en la resolución sobre la vigilancia acústica del domicilio mediante micrófonos, que declaró al domicilio un ámbito inaccesible a las investigaciones del Estado como parte de la dignidad inviolable del hombre, y con ello como algo casi sacrosanto. Sin embargo, la Corte ya había tenido la ocasión de analizar y evaluar medidas procesales penales que al menos tocaban este ámbito medular. En el caso de la “impresión dactilar genética”, dos salas negaron la existencia de una violación de este núcleo o ámbito medular, con la fundamentación

de que el test de ADN sólo apuntaba a la parte no codificadora del ADN, y no permitía ninguna decodificación de las informaciones almacenadas en los genes sobre las características hereditarias de los afectados.

Otro ejemplo es el uso de los llamados *detectores de mentiras* en el proceso penal. Después de que la Corte Constitucional Federal, a principios de los años ochenta, había rechazado el uso de tales aparatos, incluso a petición del inculpado y para desmentir las imputaciones a una persona amenazada con una pena de prisión perpetua, a finales de los años noventa la Corte tuvo nuevamente la ocasión de fijar su posición con respecto a la práctica de la prueba con ayuda de un detector de mentiras.

En los hechos, el tribunal evitó pronunciarse sobre la confiabilidad de tales tests y señaló, en cambio, que el derecho a ser oído ante un juez (del artículo 1 de la Ley Fundamental) en todo caso no establecía ningún derecho a un determinado medio de prueba, y que tampoco era evidente que se pudiera desprender del mandato del debido proceso un derecho al uso de un detector de mentiras.

3.3.3. *El principio de la proporcionalidad*

Sin considerar su deducción dogmática, la Corte Constitucional Federal invocó el principio de la proporcionalidad como otro límite de las intervenciones procesales. Las intervenciones en los derechos fundamentales deben perseguir un fin legítimo y además ser idóneas, necesarias y razonables. Estos criterios adquieren importancia también en el ámbito del derecho procesal penal. En este contexto, el principio de proporcionalidad significa que el *sí* y el *cómo* de una persecución penal de parte del Estado debe por principio encontrarse en una relación adecuada con la gravedad y la importancia del delito. La intensidad de la sospecha debe justificar las medidas respectivas, y estas últimas, a su vez, deben ser indispensables y, en general, razonables.

La prohibición del exceso también limita la legalidad de una intervención que de por sí es admisible en lo que concierne a su ordenación, ejecución y prolongación. En general, el principio de proporcionalidad exige del juez, cuando se trata de una intervención, una ponderación en cada caso específico de las necesidades de la justicia penal, por una parte, y de los derechos fundamentales afectados del individuo, por la otra. Esto finalmente conduce a una gradación de la admisibilidad de las intervenciones procesales según la gravedad del respectivo hecho y la intensidad de la sospecha.

En el último tiempo, la importancia central del principio de proporcionalidad para el proceso penal ha sido subrayada recurrentemente por la Corte Constitucional Federal. Sobre todo con miras al registro domiciliario, la Corte destacó que una medida de este tipo debía ser necesaria justamente para la investigación y persecución del delito, lo cual sin embargo no sería el caso cuando se cuenta con otros medios menos drásticos. Además, la intervención debe encontrarse en una relación adecuada con la gravedad del delito y la intensidad de la sospecha.

4. Cuestiones constitucionales en la etapa de instrucción

El procedimiento penal alemán es caracterizado por la separación entre el procedimiento de investigación o etapa de instrucción y la audiencia del juicio oral. En el primero, la competencia primaria reside en la fiscalía, aunque en términos reales y efectivos esté en la policía, que presenta los resultados de sus investigaciones a la fiscalía, la que entonces evalúa si formulará una acusación, si se requieren más investigaciones o si pone término al procedimiento. La audiencia del juicio oral, por su parte, se realiza bajo la competencia central de los tribunales.

Precisamente, las intervenciones estatales en el marco de un procedimiento de investigación son de importancia constitucional.

En este punto, el tema que más ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal ha sido la admisibilidad de los registros domiciliarios. Específicamente, la Corte precisó en un gran número de resoluciones los requisitos constitucionales para registros o allanamientos domiciliarios. Es así como la intervención en la inviolabilidad del domicilio debe encontrarse en una relación adecuada con la intensidad de la sospecha y debe además ser necesaria para la investigación y persecución del delito. Por principio, la disposición de una medida de esta índole está reservada al juez, y sólo en casos excepcionales, cuando hay peligro en la demora, se permite que los órganos instructores —es decir, la fiscalía— actúen sin orden judicial.

En cuanto a la característica de *peligro en la demora*, la Corte Constitucional Federal exige una fundamentación referida al caso específico. Meras especulaciones, consideraciones hipotéticas o presunciones que se hagan con independencia del caso concreto no son una base suficiente para suponer que existe peligro en la demora. Pero junto con estas exigencias materiales la Corte Constitucional Federal también parte del hecho de que la suposición del “peligro en la demora no constituye o crea, por ejemplo, un margen de apreciación discrecional de las autoridades; más bien debe partirse del supuesto de un control judicial irrestricto. Ahora bien, en la práctica ello requiere que no sólo se documente claramente el resultado de la investigación, sino también los fundamentos de la decisión de las autoridades.

Sin embargo, en lo referente a estas últimas exigencias, la Corte Constitucional Federal parece haber perdido un poco de vista el factor tiempo, es decir, la necesidad de actuar en forma rápida. La praxis está esforzándose por encontrar una solución practicable.

Asimismo, la Corte Constitucional Federal ha precisado los requisitos para la admisibilidad de intervenciones procesales en lo concerniente al mandato constitucional de resguardar el secreto de las telecomunicaciones. Es así como el artículo 10 de la Ley Fundamental no sólo protege contra el conocimiento, por parte del Estado, de la comunicación de un ciudadano con otro, sino que extiende esta protección también al procesamiento de la información y de los datos que sigue a la obtención de la información, y la utilización posterior de estos datos.

5. Cuestiones constitucionales en la audiencia del juicio oral

De importancia central desde el punto de vista constitucional es finalmente la audiencia del juicio oral ante el tribunal, como la instancia a la que el artículo 92 de la Ley Fundamental asigna la competencia judicial. En tanto parte medular del procedimiento penal, esta audiencia apunta a la investigación de todos los hechos objetivos y subjetivos relevantes, y debe poner al juez en condiciones de formarse una opinión acerca de la cuestión de culpabilidad.

La audiencia —oral— se abre o se deniega por el juez mediante auto separado después de haber examinado la acusación de la fiscalía. Según el derecho alemán, la realización del juicio oral sólo es necesaria en casos graves. En casos sencillos de menor intensidad criminal, el delito puede ser sancionado por orden judicial escrita que sustituye la audiencia del juicio oral.

En ciertas circunstancias, el procedimiento también puede ser sobreseído por culpabilidad menor o por prescripción, que haya extinguido, al igual que una amnistía, la pretensión punitiva del Estado, o, como expuse con anterioridad, por la edad avanzada o la decrepitud del inculpado. Pero, por regla general, esto ya lo hará la fiscalía, de modo que no se llegará a la formulación de una acusación; en el caso de una amnistía o de la existencia de una prescripción, ni siquiera a la apertura de la etapa de instrucción.

En casos de criminalidad grave, se realizará una audiencia de juicio oral pública. Ésta ha de organizarse de tal manera que ofrezca “[...] la garantía máxima posible para la investigación de la verdad tanto como para la defensa óptima del acusado y por tanto para una sentencia justa [...]”. En este sentido, los derechos fundamentales procesales garantizan también que “[...] fallos que afectan la privación de la libertad personal estén basados en un suficiente esclarecimiento judicial de los hechos y que tengan una base suficiente en lo que concierne a los hechos.”

Sólo en casos excepcionales el acusado puede ser excluido de la participación en el juicio oral. Junto con ello, tiene por principio el derecho a ser defendido por un defensor de su elección. A eso se agrega el derecho del acusado a participar de —es decir, acceder a— las fuentes de la constatación de los hechos. Aquí hay que tomar en cuenta que este derecho, en lo esencial, sólo se refiere al *si* de la participación, mientras que la forma de esta última no puede ser inferida de la constitución. Sólo cuando ya no se cumplen los estándares mínimos del Estado de derecho pueden sacarse conclusiones concretas del mismo principio del Estado de derecho para la organización del proceso.

Cuando se dicta un auto de apertura del juicio oral, el proceso penal por lo general es llevado a cabo en forma pública. El principio de publicidad también se desprende del principio correspondiente al Estado de derecho del proceso equitativo.

Aunque esta publicidad tiene la función de evitar una justicia secreta, no es garantizada en todos los momentos del proceso penal. Es así como el procedimiento

por orden penal escrita —la sanción de delitos menores— no es público. Las audiencias del juicio oral en causas penales juveniles tampoco son públicas. Asimismo, es posible excluir al público en casos especiales, regulados por la ley. Tampoco hay que desconocer que la publicidad del juicio trae consigo desventajas para el acusado. Se hacen públicas las imputaciones, lo cual —más allá del procedimiento penal— puede traer considerables desventajas para el acusado y una enorme carga para su familia. Por esta razón, la Corte Constitucional Federal resolvió que las transmisiones televisivas de las audiencias judiciales son inadmisibles. Los límites de la publicidad de las audiencias se desprenden del derecho general de la persona de los intervinientes y del derecho del acusado a un proceso equitativo, así como del concepto de eficacia de la administración de justicia.

Aquí hay que considerar también los efectos de los medios de comunicación sobre la opinión pública, que son vistos en forma sumamente crítica por la Corte Constitucional Federal. En este contexto, la Corte habla de “descripciones distorsionadas de la realidad”, de la “preferencia de los aspectos sensacionalistas y escandalosos”, del “riesgo de la selectividad hasta la falsificación” y del “efecto denigrante de la exposición pública”.

Precisamente, con el trasfondo de la apreciación sumamente crítica —y en mi opinión, realista— de la Corte Constitucional Federal acerca de los efectos de la publicidad mediática, ésta no es indicada ni siquiera con el consentimiento de los involucrados. Por lo tanto, no se va más allá de la presencia de público en la sala de audiencias, tal como la prevé la ley, y contra la que no hay ningún reparo en términos constitucionales. No existe ninguna obligación constitucional de generar o producir la publicidad mediática. Pero con ello no se ha contestado la pregunta de si el legislador está o no impedido de admitir la publicidad mediática en forma parcial, y tomando en cuenta determinados mecanismos de protección.

La Corte Constitucional Federal ha subrayado repetidas veces que es el legislador quien configura el procedimiento penal concretando las normas constitucionales. Entretanto, sin embargo, el derecho procesal alemán se ha hecho extraordinariamente complejo y difícil de manejar. Además, los procesos, particularmente aquellos relacionados con la criminalidad económica, pueden ser difíciles por los mismos hechos que tratan. Por ello el procedimiento penal alemán es a menudo engorroso y lento.

La culpa de ello, sin embargo, no debe atribuirse solamente al legislador, sino también a la justicia penal de los tribunales supremos y a la jurisprudencia de las secciones de la Corte Constitucional Federal. Un entramado de normas cada vez más fino conduce a una justicia cada vez más lenta.

Eso, por su parte, se contradice con el principio de celeridad que se desprende del principio del Estado de derecho y que sirve también, aunque no exclusivamente, para la protección del acusado. Muchas veces es precisamente la defensa la que, aprovechando toda clase de subterfugios que habilita el Código de Procedimiento Penal, permite que el proceso se arrastre y alargue, esperando sacar provecho de ello

en el resultado final; por ejemplo, porque los jueces se pierden en la maraña de solicitudes y cometen errores susceptibles de un recurso de casación, que pueden conducir incluso a la anulación de la sentencia por la Corte Federal de Justicia.

Es difícil de tolerar, por ejemplo, que un proceso que se sustancia por la muerte de dos niños a manos de uno de los padres se prolongue por más de 15 años, porque el máximo tribunal en lo penal anuló dos veces las sentencias. En este caso, otro juicio oral no ayudará a un mayor esclarecimiento de los hechos. Quince años después, la pérdida de pruebas es evidente. Ni los testigos ni los acusados lograrán recordar con precisión. Habrá testigos de la defensa que ya fallecieron o que no son ubicables por otras razones. Podríamos alargar la lista a voluntad. Además, con el paso del tiempo va disminuyendo también la necesidad del Estado de imponer su pretensión punitiva. El Estado comprometido con los principios del Estado de derecho da cuenta de este fenómeno al establecer plazos de prescripción.

Por sus excesos de reglamentación, que no son indicados por el principio del Estado de derecho, el Código alemán de Procedimiento Penal no tiene precisamente una función de modelo.

6. Cuestiones de protección jurídica

Por último quisiera tocar el tema de las posibilidades de protección jurídica frente a intervenciones en los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal. Al respecto, en primer lugar, hay que partir del hecho de que la Ley Fundamental confía la tutela de los derechos fundamentales a jueces independientes. No obstante, este modelo teórico es problemático en la medida en que, en la práctica, los organismos encargados de la persecución penal tienen el *derecho al primer paso*, y el Poder Judicial debe limitarse en un primer momento a una función de control. Aun así —y eso ya está consagrado en el plano constitucional— la Ley Fundamental condiciona las medidas coercitivas más antiguas —a saber: el registro domiciliario y la detención— a la existencia de una orden judicial (en sus artículos 13, párrafo 2, y 104, párrafo 2). En todo caso, la constitución, haciéndose cargo de las realidades del proceso penal, les reconoce a los órganos de la persecución penal la competencia de proceder con urgencia en caso de *peligro en la demora*, y esto les da la posibilidad de actuar con eficiencia.