

# *El principio de Estado de derecho y la estructura del proceso penal\**

Karl Heinz Gössel\*\*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v10i9.340>

\* Traducción española del original alemán *Das Rechtsstaatsprinzip und die Struktur des Strafverfahrens*, inédito, a cargo de Miguel POLAINO-ORTS, *Mag. iur. comp.*, Universidad de Bonn.

Abreviaturas empleadas: GG: Grundgesetz (Ley Fundamental o Constitución para la República Federal de Alemania), StGB: Strafgesetzbuch (Código penal), StPO: Strafprozeßordnung (Código Procesal Penal).

\*\* Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Erlangen-Nürnberg. Magistrado del Tribunal Supremo de Baviera.

The word "Lex" is written in a large, bold, orange, serif font, oriented vertically on the right side of the page.



Todo proceso se ordena y, en consecuencia, se estructura según unos principios determinados, que –por ello– reciben el nombre de principios procesales. Ello rige especialmente para todo proceso penal, sea en México, en Alemania, en España, en los EE.UU. de América y en el cualquier lugar del mundo. No obstante, no todo proceso penal de cualquier país se ordena y estructura por los mismos principios procesales.

En Alemania se concibe el *principio de Estado de derecho*, en el ámbito procesal, como un principio organizativo de carácter obligatorio. Por ello, todos los principios directrices del proceso penal encuentran su origen en el principio rector del Estado de derecho, cuando no se derivan de él directamente como consecuencia necesaria. La resumida visión general de conjunto sobre los principios esenciales del proceso penal alemán que realizaré a continuación sitúa el principio de Estado de derecho en primer plano, como componente esencial de nuestra Constitución (llamada Ley Fundamental de Bonn). Los principios esenciales del proceso penal resultan –o al menos presentan un mismo contenido– de la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque esta tenga un rango inferior a nuestra Constitución. Por motivos de tiempo, me limitaré en lo fundamental a la regulación correspondiente a la vigente Constitución alemana.

## I. El significado del principio de Estado de derecho

Poder penal es poder estatal.<sup>1</sup> Por ello, la organización y el ejercicio del poder estatal deben influir en el ejercicio del poder punitivo del Estado durante el proceso penal. El art. 28, párrafo primero de la Constitución alemana, regula el principio de Estado de derecho como fundamento del ordenamiento estatal en su conjunto; esto es, incluye todos los ámbitos de ejercicio del poder estatal, entre ellos el poder punitivo. En definitiva, el principio de Estado de derecho admite ser concebido, a la luz del actual procedimiento penal alemán, como un principio organizativo de carácter obligatorio.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Peters, *Strafprozeß*, 4ª. edic., pág. 21; EXNER, *Strafverfahrensrecht*, 1948, p. 7.

<sup>2</sup> Rissel, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, tesis de doctorado, Marburg, 1980, p. 68.

### A. Aspectos formales

Sin embargo, el principio de Estado de derecho dista mucho de ser algo definido de manera unívoca. Algunos de sus elementos fundamentales y de sus características esenciales, sin embargo, son reconocidos con carácter general.

En primer término, el concepto de Estado de derecho, en un sentido *formal*, representa una “forma de limitación del poder estatal”<sup>3</sup> mediante el principio de división de poderes,<sup>4</sup> el principio de proporcionalidad,<sup>5</sup> incluso mediante la “primacía del derecho” y, especialmente, a través de la autosujeción del Estado al ordenamiento jurídico.<sup>6</sup> Todo ello presupone la previsibilidad y la proporcionalidad de la actuación estatal, así como su control por tribunales imparciales, cuya competencia es, por lo general, predeterminada por la ley, y con ello, también, la seguridad jurídica.<sup>7</sup> Por lo demás, el principio de Estado de derecho implica también algunos elementos fundamentales de carácter *material*,<sup>8</sup> como son especialmente las decisiones valorativas contenidas en los derechos fundamentales<sup>9</sup> y, en general, el deber de mantenimiento y realización de la justicia, razón por la cual se habla, con acierto, del Estado de derecho como Estado de legalidad y, al mismo tiempo, como Estado de justicia.<sup>10</sup>

### B. Sujeción material a la justicia

a. En todo caso, el hecho de que en Alemania no se equipare siempre el concepto de “Estado de derecho” con el de “Estado de ley” debe evidentemente su explicación a las terribles experiencias del nacionalsocialismo: la injusticia que entrañaba el desprecio por el ser humano por parte de no pocas leyes de ese tiempo, que habían sido promulgadas –por cierto– de manera formalmente intachable, obliga a reconocer la justicia material como un criterio de ponderación y medida no solo de la legislación sino de cualquier otra actuación del Estado.

Ello no evita, ciertamente, el considerable riesgo de un vaciamiento de las leyes y, a su vez, de la autosujeción legal por mor de un entendimiento discrecional de la “justicia material”, por ejemplo, en el sentido de una convicción política cualquiera, como aquella del “sano sentimiento del pueblo” o la de la “legalidad socialista.”<sup>11</sup> Este peligro parece, sin embargo, en la actualidad erradicado del Estado de derecho. Por un lado, la regla de justicia material

<sup>3</sup> Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17<sup>a</sup>. edic., 1991, p. 75.

<sup>4</sup> Hesse, *Grundzüge...*, *op. cit.*, p. 76; MAUNZ / ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 28<sup>a</sup>. ed., 1991, p. 89.

<sup>5</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, tomo 35, pp. 382-400.

<sup>6</sup> Hesse, *Grundzüge...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>7</sup> Maunz / Zippelius, *Deutsches...*, *op. cit.*, pp. 85-94.

<sup>8</sup> Hesse, *Grundzüge...*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>9</sup> Hesse, *Grundzüge...*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>10</sup> Maunz / Zippelius, *Deutsches...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>11</sup> *Cfr.*, sobre este peligro, Ingo Müller, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, 1980, p. 19 y ss.

ha de inferirse de las decisiones valorativas contenidas en la Constitución, de manera que resulta, en tal sentido, objetivado; por otro, y sobre la base de la presunción fundamental de la constitucionalidad de las leyes,<sup>12</sup> ninguna ley puede dejar de ejecutarse o de aplicarse de alguna manera bajo el argumento de que presumiblemente sea “materialmente injusta”. En el supuesto de una eventual colisión entre la ley formal y la justicia material, únicamente los tribunales constitucionales (de cada Estado Federal) y –en particular– el Tribunal Constitucional Federal están llamados a decidir sobre la constitucionalidad o no de la ley en cuestión. Esos tribunales emiten, en cada una de sus decisiones, criterios de justicia, teniendo en cuenta los posibles cambios en el entendimiento de la constitucionalidad, de manera que pueden seguir desarrollando de ese modo la justicia material dentro del sistema de las leyes formales. Por lo demás, resulta evidente que, debido a ese monopolio de justicia constitucional, las representaciones que defieran de la justicia, ya sea en una instancia estatal, así como por privados o por cualesquiera grupos “socialmente relevantes”, quedan fuera de toda consideración en cuanto a todo tipo de aplicación jurídica con anterioridad a su reconocimiento en leyes formales o en la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, de todas las representaciones de justicia imaginables, únicamente resulta decisiva y obligatoria la contenida en la Ley Fundamental, tal cual la comprende el garante constitucional democráticamente instituido: la jurisprudencia constitucional. Las interpretaciones de justicia divergentes solo podrán imponerse a través de los caminos previstos en la misma Constitución, por ejemplo, mediante la reforma de la ley. De esa manera, es infundado el recelo acerca de que la orientación del poder punitivo del Estado sobre “consideraciones de justicia” conduzca, también en el ámbito del Derecho Procesal, a una intolerable inseguridad jurídica.<sup>13</sup>

Toda acción estatal se halla sometida, en el sentido aludido, a la ley y la justicia. Lo mismo sucede con el ejercicio del poder punitivo del Estado en el proceso penal. Por ello, no resulta sorprendente que este principio constitucional de sujeción material a la ley y al Derecho, positivizado en el art. 20 párrafo 3 de la Constitución alemana, haya encontrado también una concreta expresión en el § 244 inc. 2 del Código Procesal Penal alemán: el mismo tribunal juzgador ha de investigar la verdad, porque no se concibe otra manera de arribar a una sentencia justa. De esa forma, se demuestra llamativamente que el principio inquisitivo no solo es compatible con las exigencias del Estado de derecho, sino que es posible deducirlo directamente del mismo principio de Estado de derecho, aunque, claro está, no como el único principio existente en el proceso penal en relación con la búsqueda de la decisión judicial.

<sup>12</sup> Herzog en: Maunz / Dürig, artículo 20, nota 63.

<sup>13</sup> Ingo Müller, *Rechtsstaat...*, *op. cit.*, pág. 44. Lüderssen, *Festschrift für...*, p. 159: “solo verdad y justicia en el más alto sentido subjetivo del inculpado” puede ser decisivo.

b. Sin embargo, algunas voces niegan, de manera expresa o concluyente, que la verdad y la justicia sean objetivos del proceso penal.

1. En primer lugar, y principalmente en base a investigaciones sociológicas, se argumenta que el proceso serviría únicamente al objetivo de legitimar el poder punitivo estatal,<sup>14</sup> especialmente de cara al inculpado, o para lograr también que sea reconocido por este en el seno de un discurso despojado de poder.<sup>15</sup> Con esto se percibe solamente un reflejo de la búsqueda de la verdad: no se puede cuestionar seriamente que un proceso penal, obligado en su fin a la justicia, sirva primordialmente para legitimar el ejercicio del poder estatal y que esto pueda ser reconocido por el inculpado. Solo quien ve en la legitimación o en el reconocimiento por parte del inculpado el único objetivo del proceso penal pasa por alto lo esencial: la orientación de sentido de la acción estatal.<sup>16</sup> Con razón ha verificado ZIPPELIUS: “El simple poder no pierde su pobreza por el mero hecho de ser ejercido en un procedimiento ordenado”.<sup>17</sup> Lo mismo vale para el reconocimiento por parte de cada uno de los intervinientes en el proceso. El poder requiere de la consagración por su subordinación al objetivo de justicia, y en cuanto al ejercicio del poder punitivo estatal, ello requiere la averiguación de la verdad objetiva: una decisión penal solo puede ser justa cuando los hechos que la fundamentan han sido constatados de acuerdo a la verdad. Justicia y verdad resultan, por lo tanto, conceptos complementarios.

2. En todo caso, el hecho de que la verdad objetiva no pueda ser percibida de manera absoluta por el hombre, es algo que –por principio– difícilmente puede negarse. Por eso, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el objetivo del proceso penal consiste únicamente en la averiguación de aquella verdad que resulta accesible al conocimiento humano, es decir, una verdad relativamente objetiva, y además solamente hasta donde esté permitido, conforme a las reglas jurídicas, investigarla. Del principio de Estado de derecho surge, junto con el deber de averiguación de la verdad, también la limitación de esta búsqueda.<sup>18</sup>

3. Esta imposibilidad esencial del ser humano para el completo conocimiento de la verdad nos lleva a otra dificultad. De forma semejante a lo que sucede con los ciegos de la fábula, que tratan de reconocer a un ejemplar de la especie “elefante”, desconocida por ellos, a través del tacto de diferentes partes del cuerpo y llegan –consecuentemente– a diferentes representaciones del objeto “elefante”, también las víctimas, los testigos, los policías instructores, el fiscal acusador, el acusado y sus defensores y, finalmente, los jueces que sentencian se forman, por

<sup>14</sup> Cfr. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª. edic., 1978.

<sup>15</sup> Cfr. Rottleuthner, *Justicia crítica*, 1971, pp. 60 y ss.

<sup>16</sup> Con acierto, Beulke, *Der Verteidiger...*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>17</sup> Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 6ª. edic., 1978, p. 311.

<sup>18</sup> Cfr., por ejemplo, BGHSt 14, pág. 365.

regla general, representaciones diferentes sobre el verdadero transcurso del hecho: lesión de una persona. El Código Procesal Penal alemán se manifiesta acerca del permanente conflicto entre estas diferentes representaciones de la verdad. Fundamento de la sentencia es la libre convicción que el juez adquiere del hecho (§§ 261, 264 inc. 1 StPO), del contenido del debate en su integridad, acerca del desarrollo objetivamente verdadero de los hechos (§ 244 inc. 2 StPO). Ya con el principio de instrucción, la ley se inclinó por una sola de las representaciones ordinariamente divergentes y recurrentes de la verdad: aquella del juez.<sup>19</sup> Por eso, en el proceso penal no puede hablarse en absoluto del conflicto recién mencionado o de la lucha entre las diferentes representaciones de la verdad. Así, no es decisivo si, por ejemplo, se impone la idea de verdad del acusado frente a la del fiscal o a la de un testigo de cargo; más bien, el juez debe hacerse, de manera jurídicamente permitida –esto es, no arbitrariamente y, además, bajo estricta observación de todas las instancias de tutela del acusado–,<sup>20</sup> una idea del suceso objeto de debate, una idea que se acerque lo máximo posible a la verdad.

c. En este punto, conviene ser especialmente cuidadoso y tener en cuenta lo siguiente: si el tribunal busca por sí mismo, de oficio, la verdad, para conseguir de ese modo una sentencia justa, actúa conforme al principio inquisitivo; pero, ¿no caemos con ello en la “noche” del viejo proceso inquisitivo?

1. No obstante, los horrores del viejo proceso inquisitivo no se debían únicamente a los fines de la investigación de la verdad y a una sentencia justa fundamentada sobre ella. Un primer y peligroso inconveniente de este viejo proceso consistía en que la verdad era equiparada a una confesión que había de ser alcanzada a toda costa, incluso mediante la tortura. Y un segundo inconveniente, igualmente peligroso, se presentaba de manera inevitable: cuando la verdad era equiparada, y por tanto, confundida con la confesión, se producía de manera casi automática la errónea creencia de que el ser humano puede siempre reconocer la verdad objetiva. Pero, entonces, la verdad indivisible debía ser buscada tan intensamente como fuera posible por un órgano digno de confianza. Formas procesales protectoras y la participación de otros órganos en la averiguación de la verdad solo pueden ser consideradas, en este contexto, como prescindibles e, incluso, molestas. En consecuencia, la persecución penal en su integridad, desde la aparición de la primera sospecha hasta la condena definitiva, se concentraba, en lo esencial, en un solo órgano: el tribunal de inquisición. Y este tribunal era el único sujeto que llevaba a cabo la averiguación de la verdad, de modo que al inculpado solo se le reconocía el penoso rol de ser un puro medio de esta búsqueda.<sup>21</sup> Con ello quedó

<sup>19</sup> Cfr. v. Stackelberg, “AnwBl...”, págs. 190 y sigs.: además Lüderssen, *Festschrift für...*, pág. 158, y Dahs, *Handbuch des Verteidigers*, 4ª. edic., 1977, glosa 6.

<sup>20</sup> v. Stackelberg, *AnwBl...*, p. 192.

<sup>21</sup> Vargha, *Die Verteidigung...*, p. 271; Zachariae, *Die Gebrechen...*, p. 142.

prefigurada la mencionada creencia errónea: el órgano confiable –el instructor– busca sin trabas una verdad que supuestamente le es accesible, y el inocente no requiere de ninguna protección especial: ¡con la verdad ya se demostrará la inocencia! Y así, ya no hay más lugar para el defensor: él solo puede ser considerado como una obstaculización en la actividad investigadora de la verdad por parte del tribunal.<sup>22</sup>

2. En un Estado de derecho, sin embargo, no puede recorrerse ya más este camino de búsqueda de la verdad si quiere arribarse a una solución justa. En todo caso, la búsqueda de la verdad sigue siendo el fundamento de un sentencia justa en un Estado de derecho. Por ello, el § 244, párr. 2 StPO, contiene expresamente la obligación del tribunal para buscar la verdad en el proceso penal también en forma de acuerdo. Sin embargo, la práctica de acuerdos contradice la obligación mencionada, como he puesto de manifiesto en otro lugar.<sup>23</sup>

A continuación, intentaré demostrar cómo, a través de los principios del Estado de derecho, división de poderes y autosometimiento del poder estatal a la ley y al Derecho, pueden ser eliminados dichos peligros, y también que el *principio* inquisitivo puede tener por completo su lugar en un proceso penal organizado de acuerdo al Estado de derecho, sin tener que retroceder a la noche del *proceso* inquisitivo. Con ello se plantea la pregunta esencial de cómo debe ser ordenada, en concreto, la comprobación de la verdad dentro de un proceso penal orientado según los principios del Estado de derecho. Una clara y especial respuesta a esto ya la dio VARGHA, hace más de cien años: “Hay dos similares e importantes fines cuyo logro debe perseguir cualquier proceso penal racional. Por un lado –decía el autor citado–, debe asegurar al Estado la posibilidad de realización de su poder penal; por otro, debe ofrecer a los ciudadanos las garantías necesarias contra los abusos que puedan derivarse del ejercicio del poder punitivo estatal”.<sup>24</sup>

## II. La configuración adecuada al Estado de derecho del moderno proceso penal alemán

### A. División de poderes y autosujeción del poder estatal

Comencemos por las “garantías contra los abusos” del poder punitivo estatal en la búsqueda de la verdad relativo-objetiva. Tres son, principalmente, las manifestaciones del principio de Estado de derecho dignas de ser mencionadas en esta sede: el principio de *división de poderes*, la *garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos* y, finalmente, el *sometimiento del Estado* a estos derechos fundamentales así como a la totalidad del ordenamiento jurídico.

<sup>22</sup> Vargha, *Die Vertheidigung...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss. Cfr. además Beulke, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, 1980, p. 28.

<sup>23</sup> Gössel, “Acerca del ‘acuerdo’ en el proceso penal”, en: ID., *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, tomo I, Buenos Aires, 2007.

<sup>24</sup> Vargha, *Die Vertheidigung...*, *op. cit.*, p. 269.

Estos institutos deben servir, según la concepción que aquí se defiende, para garantizar una convicción judicial especialmente libre de arbitrariedad y que se acerque el máximo posible a la verdad objetiva y a la justicia.

*B. El principio de división de poderes en el proceso penal*

Ya John LOCKE y MONTESQUIEU advirtieron, posiblemente de la manera más impresionante, que cualquier poder se halla principalmente al servicio de su propia perpetuación y ampliación, y esta búsqueda todopoderosa de utilidad lleva de manera casi necesaria al abuso. Un medio efectivo contra dicho abuso se halla generalmente, al menos en Estados de derecho de las democracias occidentales, en el principio de división de poderes. “Con ello, no puede abusarse del poder”, enseña MONTESQUIEU, sino que “es necesario conseguir, a través del ordenamiento de las cosas, que el poder frene al poder”.<sup>25</sup>

a. Así como el poder estatal fue dividido en tres poderes parciales (legislativo, ejecutivo y judicial), también lo fue, consecuentemente, el poder penal unificado del proceso inquisitivo. El proceso penal fue fracturado en tres estadios: la instrucción, el requerimiento acusatorio y la sentencia judicial, y además se creó, con la fiscalía como institución acusatoria, un órgano que servía tanto para el control de la policía instructora como del tribunal sentenciante, el cual, a su vez, controla tanto a la fiscalía como a la policía.<sup>26</sup> Los diferentes estadios del proceso penal se hallan, por lo tanto, bajo el dominio de diferentes órganos, que deben controlarse mutuamente, por supuesto en la medida del Derecho y de la justicia, a la cual también está ligada la totalidad del poder estatal y, por consiguiente, del poder penal.

b. Como es lógico, la celebración de un proceso penal requiere sin excepción de la iniciativa de un órgano diverso del mismo tribunal: por regla general, de la acusación por parte de la fiscalía (§ 152, párrafo 1, StPO), y de manera excepcional, en algunos tipos de delitos, llamados delitos privados (§ 374 StPO), de menor peso y mencionados de manera específica en el Código Procesal Penal, del escrito de demanda o acusación de una persona privada, razón por la cual el correspondiente proceso penal recibe el nombre de “proceso de acusación (privada)” (*Anklageprozeß*). De este modo, se previene el inconveniente del antiguo proceso inquisitivo, habida cuenta de que el tribunal investiga a iniciativa propia los hechos, por lo que ha de llegar inevitablemente a una sentencia en la que se decida la certeza de sus propias averiguaciones, y –si procede– se condene al inculpado. En resumen: con independencia de los delitos privados (perseguidos solo a instancia de parte), a la fiscalía se le asigna el monopolio acusatorio en el Estado de derecho.

<sup>25</sup> Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze (De l'esprit des lois)*, Libro XI, Capítulo 4, Reclam, 1976, p. 211.

<sup>26</sup> Que la Fiscalía además instruya ella misma no es, sin embargo, y según mi convicción, del todo compatible con este sistema. Véanse al respecto mis ensayos GA, 1980, p. 325.

c. El hecho de que los monopolios conducen al abuso de poder es conocido de manera generalizada. Precisamente para evitar el abuso de poder, el legislador alemán ha introducido en el monopolio acusatorio, como reverso de la misma medalla, el llamado *principio de legalidad*. Según este principio, las decisiones arbitrarias sobre la no persecución de hechos punibles debe contrarrestarse mediante el hecho de que la fiscalía está obligada a la persecución de todos los delitos cometidos de que ella tenga conocimiento (§ 152, párrafo 2 StPO). Además, el incumplimiento de esta obligación se halla incriminada como delito de impedimento o entorpecimiento de un castigo en el ejercicio de un cargo, en el § 258a StGB.

1. De esta manera, en Alemania no hubiera sido posible lo que recientemente ha sucedido, según las informaciones difundidas, en los Estados Unidos de América. La estrella del pop Michael JACKSON había sido ya anteriormente acusado por los padres de un niño presuntamente víctima de abusos sexuales, y, sin embargo, no se había iniciado procedimiento penal alguno contra Michael JACKSON, porque los padres del menor retiraron la acusación tras el pago por parte del inculpado de una considerable suma de dinero. En Alemania, el abuso de menores es un tipo de los llamados “delitos oficiales”, esto es, que han de ser perseguidos de oficio por parte de la fiscalía sobre la base del principio de legalidad. Y con ello también se evidencia lo siguiente: el proceso penal alemán no es un proceso de partes. La iniciativa para el proceso reside fundamentalmente en la fiscalía, y el tribunal determina el objeto del proceso así como la extensión de las peticiones de prueba. En consecuencia, el proceso penal alemán no conoce partes ni tampoco carga de la prueba que les obligue: el tribunal debe procurarse el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, y en la formación de dicho convencimiento pueden influir la defensa y las autoridades responsables de la acusación mediante sus múltiples derechos de solicitudes, en especial mediante solicitudes de pruebas.

2. Por supuesto que, también en Alemania, la fiscalía no se halla materialmente en situación de poder perseguir la totalidad de delitos que se produzcan. Por ello, el principio de legalidad se quiebra en algunos casos por el principio de *oportunidad*. Como consecuencia de este principio, por ejemplo, en algunos –pocos– supuestos de delitos de escasa entidad puede sobreseerse el proceso penal bajo concretos presupuestos legalmente determinados, de manera que se no requiere que sean ejecutados. Sin embargo, y habida cuenta de que los presupuestos legales para un eventual sobreseimiento del proceso no se regulan en todos los supuestos de manera suficientemente precisa, no se excluye la posibilidad de que puedan surgir decisiones arbitrarias sobre el sobreseimiento de dichos procesos.

### *C. Objetivo, concreta realización y controles de la autosujeción estatal*

La mencionada garantía frente a los abusos estatales consiste, además, en el autosometimiento o sumisión general del Estado a la ley y a la justicia, especialmente mediante el reconocimiento

a la persona de específicos derechos fundamentales que al Estado no le es permitido violar.<sup>27</sup>

a. El moderno legislador sabe hasta qué punto pueden afectar el prejuicio y el error al convencimiento judicial. Por eso, ligó al poder de persecución penal a determinados caminos y formas en su búsqueda de la verdad y, de tal manera, limitó la investigación de dicha verdad. Con razón afirmó el Tribunal Supremo Federal que “no constituye... un principio del ordenamiento procesal penal el hecho de que la verdad deba ser investigada a cualquier precio”.<sup>28</sup>

Pero no solo la averiguación de la *verdad* debe ser protegida del error y del prejuicio mediante reglas legales. También rige ello para la convicción judicial sobre la *justicia* en el caso concreto, aun por fuera de la constatación conforme a la verdad de las circunstancias del hecho. De manera que aquel que es reconocido como el verdadero culpable solo debe recibir la pena justa: justa tanto en su especie como en su medida. También en ese sentido hay que partir de una autosujeción del Estado: la de infligir solo la pena justa con arreglo a la ley.

b. Esta autosujeción legal, sin embargo, sería fácticamente ineficaz si el individuo sometido al poder penal no pudiera poner a prueba el cumplimiento de esta autosujeción e insistir activamente en que el Estado punitivo se atenga también frente a él a esta autosubordinación. El otorgamiento de esta posibilidad es, además –y de manera decisiva–, obligatoriamente exigida por un derecho fundamental de cada persona, al que no solo la Constitución alemana le concede un significado fundamental: el *derecho a la salvaguarda de la propia dignidad de cada persona*. Según la concepción del Tribunal Constitucional Federal, ampliamente aceptada con razón, este derecho fundamental exige a todo poder estatal “no disponer sin más ni más desde la autoridad” de los derechos individuales; antes bien, obliga a que cada individuo “no sea un mero objeto de la decisión judicial, sino... que ha de tener el derecho a la palabra antes de una decisión que afecta sus derechos, para poder influir sobre el proceso y su resultado”.<sup>29</sup> Con ello, el inculcado pasa de ser un puro medio para la averiguación de la verdad en el antiguo proceso inquisitivo, a ser el sujeto del proceso en el moderno procedimiento penal alemán, humanizándose, por así decirlo, y pudiendo tomar influencia activa sobre la formación de la convicción del juez acerca del desarrollo objetivamente verdadero de los hechos materia del juicio y sobre la decisión justa en el caso concreto.

1. La obligación de la salvaguarda de la dignidad personal exige, por sí sola, la observancia del derecho, asimismo considerado e investido como derecho fundamental, a ser *escuchado en juicio*.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Cfr. Maunz / Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 28ª. edic. p. 91.

<sup>28</sup> BGHSt, 14 358, 365.

<sup>29</sup> Jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal; así por ejemplo: sentencias tomo 39, pp.156, 168..

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 7, 275, 279.

1.a Con el principio fundamental a ser oído en juicio, se tiene en cuenta el conocimiento de que la audiencia del perjudicado constituye el “presupuesto de una resolución correcta”. Este principio exige especialmente que “el individuo... no solo deba ser objeto de la resolución judicial”, para “poder influir en el proceso y en su resultado”.<sup>31</sup> En muchos preceptos del Código Procesal Penal se precisa más detenidamente el principio a la audiencia jurídica, por ejemplo, en los §§ 136, 343 párrafo 4 (en sede de interrogatorios), en el § 257 (en relación con el derecho de declaración en la práctica individual de las pruebas) y también en el § 258 (derecho a un informe final antes de dictar sentencia, y, además, a tener “una última palabra” antes del fallo final). Por lo demás, el derecho a ser oído en juicio resulta lesionado cuando el tribunal toma una decisión, incluso por equivocación o descuido, con anterioridad al vencimiento de un plazo que el mismo tribunal haya concretado al inculpado para la emisión de un informe o cualquiera otra manifestación a que fuera requerido.

1.b Pero para poder disfrutar del derecho a ser oído en juicio y, asimismo, para poder influir creativamente como sujeto sobre el proceso, el procedimiento penal ha de ser “justo”, y por eso, el inculpado debe asimismo tener la posibilidad de enfrentar el reproche formulado por un jurista idóneo con las mismas armas, esto es, con el auxilio de otro jurista idóneo.<sup>32</sup> El *derecho fundamental a un proceso justo* requiere, especialmente, que las dudas del tribunal sobre la culpabilidad del acusado hayan de resolverse en favor del mismo (principio fundamental *in dubio pro reo*).

Al respecto, también debe considerarse el *principio de publicidad del proceso penal* como una de las “instituciones fundamentales del Estado de derecho”. Este principio debe “garantizar que la jurisprudencia de los tribunales no se desarrolle a puerta cerrada, sino fundamentalmente ‘con toda la publicidad posible’”.<sup>33</sup> Aun cuando los principios de *oralidad del proceso penal y de inmediación en la práctica de las pruebas* no son deducibles del principio de Estado de derecho, no puede, sin embargo, omitirse en este lugar la mención de los mismos. Según mi experiencia judicial, el valor de la prueba, por ejemplo, de declaración de un testigo únicamente puede ser valorada de manera correcta cuando se ha oído al testigo en cuestión y se le ha podido interrogar sobre situaciones de eventual incertidumbre.

En el Estado de derecho, la obligación genérica de salvaguarda de la dignidad personal implica el deber de garantía del derecho a ser escuchado<sup>34</sup> y, en general, el derecho a un proceso justo con igualdad de armas, así como el derecho del inculpado a disponer de abogado defensor.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 9 89, 95; 34 1, 7

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 38 103, 111.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Federal Supremo 9, 280, 281.

<sup>34</sup> Cfr. Dahs jun., *Das rechtliche Gehör im Strafprozeß*, 1965, pp. 1 y ss.

1.c De la obligación del Estado de protección de la dignidad humana se deriva, además, que las privaciones procesales de derechos han de mantener una relación proporcional a la gravedad y significado del hecho imputado al inculcado, y no solo en lo relativo a la medición de la pena sino ya incluso en el momento de decretar la prisión preventiva u otras medidas durante la instrucción del sumario. Especialmente inadmisibles resulta la extracción de fluidos de la espina dorsal que ponga en peligro la salud del inculcado con el objeto del esclarecimiento de la capacidad de culpabilidad, en especial en delitos leves. Por lo demás, debe mencionarse el derecho derivado de la obligación de salvaguardia de la dignidad humana de que cada proceso haya de ser realizado y concluido dentro de un plazo razonable de tiempo.

2. La sola autosujeción del poder estatal a las normas jurídicas y, en especial, a los derechos fundamentales, e, igualmente, la defensa “desnuda” serían, sin embargo, una espada sin filo si esta autosujeción material y la defensa material no pudiesen ser realizadas también *formalmente*. Como “coronación del Estado de derecho”, la facultad otorgada por el art. 19 párr. 4 de la Constitución alemana de hacer revisar judicialmente todo menoscabo al derecho se denomina con acierto “derecho fundamental principal formal”.<sup>35</sup> La autosujeción del poder estatal al orden jurídico incluye, con ello, también el derecho del individuo a la revisión de todos los actos de autoridad.<sup>36</sup> Lo mismo rige, también, por supuesto para el procedimiento penal, y por eso la posición del inculcado como sujeto pleno se garantiza plenamente cuando este puede hacer revisar el cumplimiento de los derechos fundamentales que le fueron concedidos en el procedimiento penal. Por ello, el respeto de la dignidad humana del inculcado exige también la asistencia letrada de un defensor, especialmente con el fin de controlar y revisar los actos mediante los cuales el Estado ejerce su poder penal. Tales derechos de control y revisión son efectivamente otorgados por el Código Procesal Penal tanto al inculcado como a su defensor, en un sistema de posibilidades de impugnación o de recursos amplio y casi sin lagunas.

#### *D. El principio del juez legal*

Los dictadores omnipotentes han intentado, desde siempre, asegurar sus arbitrarias decisiones mediante una justicia dócil y reservarse para ellos la apariencia de la legitimidad. Materialmente ello puede suceder, por ejemplo, mediante la obligación por parte de la justicia a legitimidades que son presuntamente conocidas por los gobernantes de un socialismo nacionalista o marxista (científico), unido a la obligación de la parcialidad; de otro lado, formalmente puede suceder mediante la delegación de la competencia de decisión en manos de jueces serviles a los gobernantes.

<sup>35</sup> Hendrichs en: Münch, *Grundgesetz*, tomo 1, 1985, art. 19, glosa 40; Maunz / Zippelius, *Deutsches...*, *op. cit.*, pág. 94.

<sup>36</sup> Hendrichs en: Münch, *Grundgesetz*, *op. cit.*, art. 19, glosa 41.

Mientras la primera posibilidad es contrarrestada, en todo sistema de Estado de derecho, mediante el principio de única sujeción a la ley y al Derecho, y –por lo demás– por el principio de independencia judicial (art. 97, párrafo 1; art. 20, párrafo 3 GG), la segunda se contrarresta mediante el principio del *juez legal* (predeterminado por la ley), consagrado en el art. 101, párrafo 1, GG: “Se prohíben los tribunales de excepción. Nadie puede remover a su juez legal”. Con este principio, “debe evitarse el peligro de que la justicia se exponga a una manipulación de los órganos jurisdiccionales mediante influencias ajenas, y especialmente debe evitarse que, en el caso concreto, el resultado de la decisión pueda verse influido por la elección de jueces *ad hoc* designados para una resolución determinada, con independencia de cuál sea la parte que realice la manipulación”. De ello resulta “que las regulaciones relativas a la designación del juez legal han de determinar, desde el principio, y de la manera más clara posible, qué tribunal, qué cámara y qué jueces están llamados a la resolución del caso concreto”.<sup>37</sup>

#### *E. La aptitud funcional del ejercicio del Derecho Penal*

La primacía del Derecho, característica del Estado de derecho, especialmente en la forma de la autosujeción estatal, no está, sin embargo, limitada a la sola salvaguarda de la dignidad personal y, particularmente, al resguardo de los derechos del inculcado en el proceso penal. Dicha primacía obliga también al poder estatal a la aplicación y ejecución de las leyes en el marco del orden jurídico en su integridad frente a cualquiera: En la época nazi, por ejemplo, no se aplicaban las leyes penales vigentes en algunos supuestos como la eutanasia u otros que tenían a judíos como víctimas. La razón es bien conocida: el Führer, Hitler, creía que los judíos eran enemigos del pueblo alemán y habían de ser destruidos. Ese trágico episodio es el mejor ejemplo de la necesidad de primacía legal y limitada del Derecho.

a. Esta exigencia del principio de Estado de derecho fue expresamente reconocida por primera vez, por lo que alcanzo a ver, por el Tribunal Constitucional Federal en su decisión del 15 de diciembre de 1965. En dicha sentencia, consideró el respeto del derecho individual a la libertad personal y la necesidad de “una persecución penal efectiva” como dos principios de igual importancia para el Estado de derecho.<sup>38</sup> Más tarde, el mismo tribunal precisó nuevamente esta jurisprudencia (que posteriormente devino constante<sup>39</sup>) del reconocimiento –exigido por el Estado de derecho– de un ejercicio funcional del Derecho Penal en los términos de reconocer que un ejercicio funcional del Derecho Penal es exigido por el Estado de derecho: “Hasta tanto el principio de Estado de derecho abarca la idea de la justicia como componente esencial...

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 17, 294, 299.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 19, 342, 347.

<sup>39</sup> Por ejemplo, sentencias del Tribunal Constitucional Federal 20, 45,49; 144, 147; 34 238, 239.

también exige el mantenimiento de un ejercicio funcional idóneo de la jurisdicción, sin la cual la justicia no puede conseguirse por su quebrantamiento. Reiteradamente ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal la innegable necesidad de una eficaz persecución penal, enfatizado el interés público en la más completa posible averiguación de la verdad en el proceso penal (Sentencia 32 373, 381 del Tribunal Constitucional Federal) y señalado el esclarecimiento de delitos graves como un mandato esencial de una comunidad fundada en el Estado de derecho (Sentencia 29, 183, 194 del Tribunal Constitucional Federal).<sup>40</sup> Esta interpretación puede ser señalada en adelante como jurisprudencia constante.<sup>41</sup>

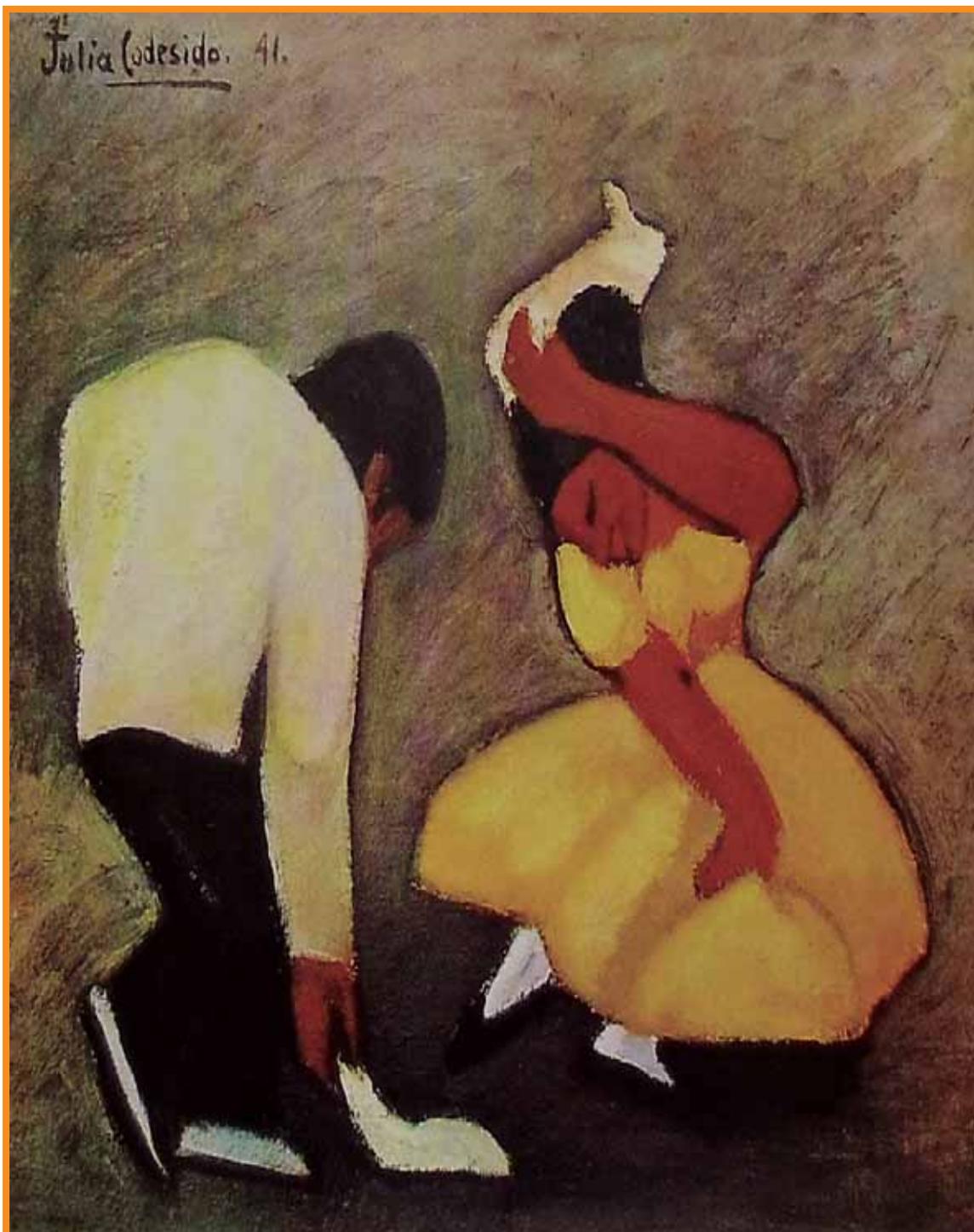
Esto ha sido, sin embargo, aisladamente objetado con fundamento en que “los tradicionales principios de Estado de derecho del proceso penal” serían relativizados hasta la perversión, y se pasaría por alto que el principio de Estado de derecho sería comparable a una “muralla protectora, ante la cual se quiebran los intereses de la persecución penal”.<sup>42</sup> No obstante, esta crítica yerra el camino. Ante todo ignora que ambos institutos exigidos por el principio del Estado de derecho son ponderados uno con otro en el caso de conflicto. Además, pasa por alto la obligación de justicia del poder penal mencionada anteriormente –en B–, y desconoce, además, no solo que al poder de persecución penal del Estado se le permite entrar en acción únicamente dentro del orden constitucional, sino también el rechazo de tal poder por parte de la defensa. Los derechos a la libertad garantizados por el Estado de derecho no autorizan a oponerse al poder punitivo mediante la quiebra de las leyes y del orden jurídico vigentes. Quien considera que la ley o el orden jurídico son injustos, solo puede aspirar a imponer sus ideas de justicia o las de su grupo en el marco del orden constitucional; si esto no resultara, tendrá que aceptar igualmente las normas jurídicas (aunque las considere injustas) en cuanto decisiones de la mayoría surgidas democráticamente.

<sup>40</sup> Sentencia 33 367,383 del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>41</sup> *Cfr.*, por ejemplo, las Sentencias 34 238,249; 38 105, 118; 39 156,163; 41 246, 250 del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>42</sup> Grünwald, *JZ*, 1976, p. 773; asintiendo al mismo Ingo Müller, *Rechtsstaat...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.





*Marinera. Colección particular.*