

El principio del proceso debido

principio del "fair trial" no debe circunscribirse al proceso penal, como en la práctica ocurre en USA, sino que deberá hacerse extensivo también al proceso civil, con todas las consecuencias que de ello derivan y en la medida en que se ajuste a la estructura y exigencias de dicho proceso, como más adelante veremos. Retomando el objetivo de aclarar la expresión inglesa "fair trial" consideramos oportuno analizar los trabajos previos, en su versión inglesa, a la elaboración del mencionado artículo. Se aprecia, siguiendo un orden cronológico, que en las primeras sesiones no existe referencia alguna a la expresión "fair hearing" ni en el art. 6 ni en los arts. adyacentes, se enumeran objetivos de carácter más general²⁹¹.

La incorporación de la expresión "fair hearing" se produce a través del informe TEITGEN que en su apéndice hace referencia al art. 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10.12.1948 (Resolución 217/III de la Asamblea General de Naciones Unidas)²⁹², que curiosamente presenta en su versión española una traducción diferente de la empleada en el caso del Convenio Europeo para la misma expresión "fair hearing" que según se ha dicho ya fué "equitativamente"²⁹³, mientras que en el caso de la

291 Primera sesión de la Asamblea Consultiva, Strasbourg, 10.08 a 08.09 de 1949. "...just requirements of public morality, order and security in a democratic society" art. 6.

292 Informe TEITGEN presentado a petición del Comité para cuestiones Legales y Administrativas para el establecimiento de una garantía colectiva de los derechos fundamentales y de las libertades esenciales. Doc. 77, pp. 105, 107.

293 Vid. nota correspondiente.

Iñaki Esparza Leibar

Declaración Universal, la expresión utilizada es "con justicia"²⁹⁴.

Una vez producida la mencionada incorporación, la expresión "fair hearing" se consolida y es utilizada en las dos alternativas propuestas como borradores (marzo 1950) aunque por el momento bajo el art. nº 7. Posteriormente aparece como una cuestión pacífica ya que no es objeto de enmienda alguna a lo largo de toda la tramitación posterior y hasta su definitiva aprobación dentro del art. 6.1 CEDH²⁹⁵.

Con los antecedentes citados tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas se han esforzado en estructurar el principio procesal del "fair trial", sus derivaciones y sus consecuencias prácticas que le confieren un valor generalizado sobre la dogmática, y que sea preciso tener en cuenta para la formación del proceso penal. El objetivo final de todo ello es el de perfeccionar la situación del acusado en el proceso y por lo tanto el propio proceso, aunque de ello derive algún solapamiento o modificación de la StPO²⁹⁶.

294 ESPULGUES MOTA/BOQUERA MATARREDONA/SANCHEZ GARCIA Código de Derecho Internacional Privado español, Madrid 1989, p. 727.

295 Report of the Conference of Senior Officials, Strasbourg 08-17.06.1950. Fifth Session of the Committee of Ministers, Strasbourg 03-09.08.1950. Recommendation nº 24, adopted 25th August 1950. Documents prepared by the Secretariat General, september-october.1950. Meeting of the Committee of experts on human rights, Paris 21-24.02.1951 y Strasbourg 18-19.04.1951. Y finalmente el Informe preparado por la Comisión para cuestiones Legales y Administrativas, de 02.10.1951, en el que se recomienda la "no alteration" con respecto al art. 6.1 MRK.

296 HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. pp. 143 y ss.

El principio del proceso debido

Uno de los problemas fundamentales del principio "fair trial" es que adolece de la falta de un concepto meridianamente claro, lo que inevitablemente lleva a la existencia de versiones que en definitiva impiden sacar el concepto de la oscuridad en la que sus contornos se mantienen, siempre con respecto al derecho alemán²⁹⁷.

Para que el "fair trial" pueda ser válido como principio del proceso penal no basta, entiende HEUBEL²⁹⁸, con una fundamentación referida en exclusiva al art. 6.1 MKR, y ello por que atentaría contra lo pretendido por los estados contratantes que quisieron lograr, y el estudio realizado de los trabajos previos a la redacción del MKR confirma este punto de vista, un mínimo estándar de garantías efectivas, no un suplemento dirigido a completar normas internas procesales allí donde, como era el caso de Alemania con la StPO, el mínimo estándar al que hacíamos referencia estaba amplia y efectivamente garantizado²⁹⁹.

Concluye HEUBEL su argumentación afirmando que no es aceptable con respecto al proceso penal actual en Alemania, un "fair trial" formulado como principio o máxima procesal dominante. Si cabría por contra su admisión como principio general de equidad en manos de los OJJ³⁰⁰.

297 HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. pp. 143 y ss.

298 HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. pp. 143 y ss.

299 PFEIFFER G. en Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 13, nº 28. "El derecho del inculpado a un "fares Verfahren" está básicamente regulado en la StPO."

300 HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. pp. 144 y 145. PFEIFFER G. en Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 13, nº 28. "Para el Juez de lo Penal la oferta de un "fair trial" supone una

Iñaki Esparza Leibar

Establecida la existencia del principio informador del Derecho Jurisdiccional alemán, "fair trial/faires Verfahren", y una vez referidas las diferentes concepciones sobre su fundamentación - GG, CEDH y StPO - y virtualidad, como principio supremo del ordenamiento procesal por tanto inmediatamente exigible, o como mero principio general interpretativo, realizadas principalmente por la doctrina, pasaremos a continuación - tal y como anunciábamos en páginas anteriores como tercera cuestión a plantearse - al análisis del alcance concreto del principio, allí donde ha sido establecido, principalmente por la jurisprudencia que se ha decantado por una acepción más próxima a quienes consideran el principio como supremo del ordenamiento³⁰¹.

**III. CONTENIDO Y ELEMENTOS ESENCIALES CONSTITUTIVOS DEL
"FAIR TRIAL/FAIRES VERFAHREN" EN EL PROCESO ALEMAN**

Ya se avanzó en páginas anteriores la intención de explorar el alcance del "fares Verfahren" no exclusivamente en lo concerniente al proceso penal, y ello fundamentado en que el art. 6.1 CEDH del que, según se ha visto ya, surge para el Derecho Procesal alemán la garantía que nos ocupa no se limita al proceso

primera pauta interpretativa;... en relación con un proceso presidido por los principios de justicia y equidad".

³⁰¹ ROXIN c. Strafverfahrensrecht, op. cit.

El principio del proceso debido

penal sino que también hace referencia al proceso civil³⁰², y aunque no se diga expresamente en el mencionado art. 6.1, determinada jurisprudencia entiende que su exigibilidad debe alcanzar a todos los procesos, incluido el equivalente a nuestro contencioso-administrativo³⁰³. En cualquier caso en las páginas que siguen haremos referencia únicamente al proceso penal sin ocuparnos de otro tipo de proceso con el objetivo de no ampliar excesivamente el campo de estudio.

Una vez delimitado el objeto de nuestra investigación para las páginas siguientes, nos centraremos nuevamente en el principio del "fares Verfahren" cuyo origen y arraigo respecto al derecho procesal alemán ya han sido objeto de comentario. Lo que a continuación pretendemos es analizar el contenido mismo del principio, sus manifestaciones y sus límites, para ello deberemos en primer lugar determinar el rango normativo que al CEDH - donde se contiene el principio que nos ocupa - corresponde en el derecho interno alemán³⁰⁴.

302 VOLLKOMMER M. Der Anspruch der Parteien auf ein fares Verfahren im Zivilprozeß, en Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, pp. 195 y ss. BRUNS R. Zivilprozeßrecht, München 1979, rdn. 17b. DÖRR D. Faires Verfahren..., op. cit. p. 71.

303 EuGRZ 1978, 405 y ss. (Caso König) y EuGRZ 1979, 650 y ss. (Caso Winterwerp). La referencia española en BJC Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983, Caso König, Sentencia de 28 de junio de 1978, TEDH 21, pp. 449-467. Caso Winterwerp, Sentencia de 24 de octubre de 1979, TEDH 27, pp. 579-595.

304 A este respecto existen dos posibilidades de incorporación de los convenios internacionales suscritos por Alemania al derecho interno alemán, la primera de ellas a través del art. 25 GG que opera como una disposición general de incorporación de algunas de aquellas normas, "Generelle Transformation" que supone que las mismas tengan primacía sobre las leyes federales, es decir y a los efectos que ahora nos interesan, rango

Iñaki Esparza Leibar

La cuestión del rango normativo del CEDH no es pacífica, ni como veremos intrascendente, y existen dos opciones principales al respecto:

1) Para la primera de ellas, sustentada por la jurisprudencia y parte de la doctrina, el rango del CEDH dentro del derecho alemán es el de una ley federal ordinaria, siendo el principal argumento en el que se apoyan el de la "Transformationstheorie" que explica el cambio que experimenta la CEDH al incorporarse al derecho interno a través de una ley federal ordinaria³⁰⁵.

2) La otra opinión principal sustentada únicamente por un sector de la doctrina, entiende que el CEDH tiene dentro del derecho alemán el mismo rango normativo que la GG, y fundamentan su postura precisamente en el art. 25 de la misma³⁰⁶.

constitucional. La segunda posibilidad es la contemplada en el art. 59.2 GG según el cuál será preciso un acto especial - una ley federal - "Spezielle Transformation" para su incorporación al derecho interno alemán, con valor de ley ordinaria federal.

305 BVerfGE 1, 396. BVerfGE 4, 157. BVerfGE 6, 290. BVerfGE 10, 271. BVerfGE 30, 272. BVerfGE 34, 384. BVerfGE 41, 88. BVerfGE 47, 365. BVerfGE 52, 313. BGHSt 21 81, 84. RESS G. Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht un vor innerstaatlichen Gerichten, Informe presentado en el Quinto Coloquio Internacional sobre el MRK, Frankfurt a. M. 9 - 12 Abril de 1980, p. 32. BLECKMANN A. Allgemeine Grundrechtslehren, Köln 1979, p. 24. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ Grundgesetz, München 1982, T.I, art. 1, Rdnr. 58 f. TIEDEMANN K. Rechtsgrundlagen..., op. cit. p. 5.

306 ECHTERHÖLTER R. Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 1955, pp. 689 y ss. WÄSCHE L. Die innerstaatliche Bindung des deutschen Gesetzgebers an die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Köln 1961, pp. 32 y ss. SCHORN H. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Frankfurt a. M. 1965, pp. 44 y ss. PIECK W. Der

El principio del proceso debido

Parece finalmente predominar la postura citada en primer lugar y por tanto decisivo el hecho de que la aprobación de la CEDH se produzca para el Derecho alemán a través de una ley federal ordinaria - Ley de aprobación de 7. agosto. 1952 (BGBl 1952 II S 685, 953), la posterior ratificación es de 5. diciembre. 1952, y finalmente entra en vigor con fecha 3. septiembre. 1953 (BGBl 1954 II S 14) - hecho éste que determinará su rango normativo posterior, ley federal ordinaria³⁰⁷. Otro argumento que fortalece la postura adoptada es que el recurso de queja constitucional "Verfassungsbeschwerde" no puede interponerse fundándolo en una lesión del CEDH³⁰⁸.

En lo que sí parece haber acuerdo entre la doctrina alemana es en considerar como un principio fundamental que el proceso debe de estar diseñado y posteriormente desarrollarse "fair rechtsstaatlich"- en una traducción aproximada, adecuado a las exigencias de un Estado de Derecho - y que dicho principio es el resultado de un largo desarrollo a cargo tanto de la doctrina

Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren, Berlin 1966, pp. 3 y ss. GUARADZE H. Die Europäische Menschenrechtskonvention, Berlin y Frankfurt a. M. 1968, pp. 17 y ss. Art. 25 GG: "Las normas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".

³⁰⁷ DÖRR D. Faires Verfahren..., op. cit. p. 91. Sería por tanto equiparable en rango a la StPO y por tanto inferior a la GG.

³⁰⁸ Si cabrá el recurso ante el EuKomMR tal y como los arts. 24 y 25 del propio MRK establecen.

como de la jurisprudencia³⁰⁹. Este principio regirá la actuación de los órganos estatales a quienes corresponde el desarrollo de la normativa procesal, especialmente en lo relativo al establecimiento de la autolimitación de los instrumentos de poder que deberá hacerse en forma no sólo correcta, sino también limpia - "fair" -³¹⁰.

En cuanto al alcance del concepto podemos extraer los siguientes aspectos procedentes de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán:

1º) El derecho a un "fair trial" no comprende por sí ninguna exigencia o prohibición concretas, el detallar su contenido preciso es tarea del legislador, que tras determinar los límites del derecho permitirá y obligará a los Tribunales a su aplicación³¹¹.

2º) La limpieza/equidad/fairness es un elemento integrante y que caracteriza al estado de derecho³¹².

3º) Como un derecho subjetivo del inculcado que no podrá ser violado en aras de la búsqueda de la verdad que persigue el proceso penal³¹³.

309 BVerfGE 26, 66 = NJW 1969, p. 1423. BVerfGE 46, 206 = NJW 1978, p. 151. BVerfGE 63, 45 = NJW 1984, p. 113. HEUBEL H. Das "fair trial"..., op. cit. DÖRR D. Faires Verfahren..., op. cit. LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit.

310 BVerfGE 30, 1, 27 = NJW 1975, p. 103.

311 BVerfGE 57, 250, 275.

312 BVerfGE 63, 45.

313 BVerfGE 57, 275.

El principio del proceso debido

4º) En un estado constitucional de derecho no podrá ser el acusado objeto de cualquier proceso, sino precisamente de un proceso que le permita a lo largo de su tramitación la defensa de sus derechos lo que enlaza con el derecho al nombramiento de un defensor de oficio cuando ello fuere necesario³¹⁴.

5º) Un proceso podrá ser considerado limpio/equitativo cuando exista en él la certeza procesal "gewisse verfahrensrechtliche" de la igualdad de armas entre el MF y el inculcado en el proceso penal³¹⁵.

Debe ser resaltada la labor de la jurisprudencia del BVerfG empleando el "fairen Verfahren" no sólo como principio general interpretativo de las leyes - dado que no se han prodigado al respecto - sino como instrumento para la deducción de otros principios independientes en el ámbito del Derecho Procesal, v. gr. "Waffengleichheit"/igualdad de armas, o "Fürsorgepflicht"/obligación de asistencia³¹⁶.

Otra de las situaciones que la jurisprudencia ha catalogado como contraria al "fairen Verfahren" es aquella en la que los órganos que legalmente tienen atribuida la competencia para realizar la persecución penal actúen de forma abusiva³¹⁷. La prohibición del abuso al que nos referimos se ha materializado

314 BVerfGE 46, 202 210. BVerfGE 57, 250, 275.

315 BVerfGE 38, 105, 111.

316 SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung, Kap 6, Rdn. 19 a.

317 BGHSt 15, 11. BGHSt 21, 236. BGHSt 29, 396.

Iñaki Esparza Leibar

en normas concretas como el § 154a StPO, que determina las limitaciones de la persecución penal³¹⁸.

Una de las cuestiones que no por obvia debemos de dejar de mencionar es que el derecho a un "fares Verfahren"/proceso equitativo, es predicable de todos los participantes en el proceso - actor privado, testigos, víctimas del delito³¹⁹ - no solamente de la parte procesal más débil, es decir el inculpado³²⁰. También se pueden apreciar en el texto de la StPO parágrafos en los que se materializa esa extensión del "fares Verfahren" a otros sujetos del proceso distintos del inculpado, lo que supone en definitiva una facilitación de los derechos procesales, v. gr. §§ 378, 397, sobre la posibilidad para el acusador privado de servirse de la asistencia de un defensor. Con respecto a las víctimas del delito y también respecto a los testigos §§ 406d - 406h, StPO.

IV. MANIFESTACIONES DEL "FAIR TRIAL/FAIRES VERFAHREN" EN EL PROCESO PENAL ALEMAN

Podría pensarse, y quizá haya sido así originariamente, que la estructura a la que fundamentalmente responde cada sistema procesal, acusatorio o inquisitivo, determinará los medios que

318 Sobre este punto en general vid. WEBER F. Der Mißbrauch Prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975. RÜPING/DORNSEIFER Dysfunktionales Verhalten im Prozeß, JZ 1977. WEIB J. Mißbrauch von Anwaltsrechten zur Prozeßsabotage, AnwBL 1981.

319 Vid. Ley de protección de las víctimas de delitos/"OpferschutzG" de 18.12.1986, (BGBl. I 2496).

320 BVerfGE 38, 105. BVerfGE 58, 105.

El principio del proceso debido

puedan arbitrarse para alcanzar el grado óptimo en la protección de los derechos "jurisdiccionales" del hombre o lo que sería lo mismo, para alcanzar el "fair trial", así corresponderá al sistema procesal continental -en su raíz inquisitivo v. gr. España o Alemania, en el que se parte de la esencial desigualdad entre los sujetos intervinientes en el proceso - un conjunto de medios, de alguna manera compensatorios de dicha desigualdad, que obligen a la objetividad y el deber de asistencia de los órganos procesales (MF y OJ) con respecto al sujeto pasivo y en principio más débil del proceso ("Fürsorgepflicht"), medios que en principio parecerían inadecuados por innecesarios en un proceso en el que las partes tienen garantizada "ab initio" una absoluta igualdad. El equivalente en el modelo acusatorio - proceso de partes, v. gr. USA - deberá para garantizar el "fair trial" velar por la efectividad y mantenimiento a lo largo de todo el proceso de esa igualdad de de posibilidades ("Waffengleichheit")³²¹, cuyo uso estaría originariamente excluido en un proceso en el que como se ha dicho se parte de la desigualdad entre los sujetos del proceso.

Lo anterior sería únicamente defendible de modo absoluto desde un punto de vista teórico-dogmático puro, pero supondría simultáneamente un olvido de la situación real que no es otra que la existencia de sistemas procesales híbridos o mixtos que participan, aún partiendo de uno de los dos sistemas clásicos

321 Vid. comentario al respecto en TIEDEMANN K. Los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos humanos, Introducción y cuestionario concerniente al Tema nº 3 del XXV Congreso de la AIDP, Toledo 1992.

Iñaki Esparza Leibar

acusatorio o inquisitivo, de las características de ambos³²², siendo su resultado el fruto de la combinación de manifestaciones privativas de los sistemas considerados en su pureza, y por tanto, en principio, incompatibles (v. gr. proceso inquisitivo con posibilidad de actuación del principio de oportunidad, cuando sería el principio de legalidad el que correspondería en una concepción estricta³²³) con la única finalidad y límite de lograr una protección y un respeto más perfectos de los derechos humanos en el proceso, un "fair trial"³²⁴.

Entendido así vemos que en un proceso en el que se combinen manifestaciones de los sistemas inquisitivo y acusatorio (la práctica totalidad de los sistemas continentales), habrá lugar para compaginar los instrumentos que, en la búsqueda de la igualdad de armas "Waffengleichheit" y del deber de objetividad y asistencia "Fürsorgepflicht", han sido desarrollados con el objeto de garantizar la finalidad ya dicha, el "fair trial". Una técnica procesal correctamente entendida debería permitir extender el uso de los mencionados instrumentos, en la medida de la realidad y las posibilidades de cada uno de ellos, a otros procesos además del proceso penal, cuestión que más adelante retomaremos.

322 MONTERO/ORTELLS/GOMEZ/MONTON Derecho Jurisdiccional III, proceso penal, Barcelona 1991, pp. 16 y ss.

323 GIMENO/MORENO/ALMAGRO/CORTES Proceso penal, Valencia 1990, pp. 62 y ss.

324 FAIREN GUILLEN V. Doctrina general del Derecho Procesal, hacia una teoría y ley procesal generales, Barcelona 1990, p. 38. En lo relativo al principio del respeto a los "Derechos Fundamentales".

El principio del proceso debido

Entendemos que el descrito es el caso del proceso penal actual en Alemania y avanzamos que posiblemente sea también el caso del proceso penal en España.

A. El principio de la igualdad de armas/

"Waffengleichheit"³²⁵

Este es el momento de desarrollar algo que ya se apuntó en páginas anteriores, nos referimos al principio de la igualdad de armas "Waffengleichheit"³²⁶. Cuyo origen se sitúa en la interpretación del art. 6.1 CEDH, siendo su fundamento último el principio "audiatur et altera pars"³²⁷, y guarda relación con la garantía, procedente del derecho anglosajón, del "natural justice". El significado del "Waffengleichheit" se concreta en que "cada parte procesal dispondrá de iguales y suficientes oportunidades para manifestar su pretensión", y significa también

325 BVerfG NJW 75, 103. Según la cuál el derecho a un "fair trial"/juicio justo, contiene específicamente la exigencia de una igualdad de armas procesal entre la parte acusadora y la parte inculpada - acusada. MÜLLER E. Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, NJW 1976, pp. 1063 y ss.

326 Vid. en general TETTINGER P. J. Fairneß und Waffengleichheit. Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren, München 1984, con respecto a los procesos penal, civil y administrativo.

327 PEUKERT W. Die Garantie des "fair trial" in der Straßburger Rechtsprechung, en EuGRZ 1980, p. 254. Existe también la postura de fundamentar el principio de la igualdad de armas en el art. 3 GG, así BGHSt 12, 136, 139. ARNDT A. Eröffnungsbeschuß, rechtliches Gehör und Menschenrechts Konvention; Erschöpfung des Rechtswegs; die Wahrheitsfrage und das demokratische Rechtsstaatsprinzip, NJW 1960, pp. 1191 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

que "ninguna de las partes será discriminada frente a las demás"³²⁸.

La necesidad de un principio procesal que actúe en el sentido que acabamos de manifestar, se hace patente cuando nos encontramos con ordenamientos, como es el caso del alemán, en donde el poder y los medios con los que cuenta el estado titular del "ius puniendi" para el esclarecimiento y persecución de los hechos delictivos son - incluso después de racionalizadas y limitadas las atribuciones de sus propios órganos - desproporcionadamente mayores a los medios que el inculpado puede utilizar en su defensa³²⁹. Así por ejemplo el MF podrá dentro del procedimiento preliminar, "Vorverfahren", citar testigos para su interrogatorio (§ 161a StPO), pudiendo incluso forzar la efectividad de la comparecencia (§ 51 StPO). Puede también el MF y en todo momento servirse de la ayuda oficial de la autoridad pública (§ 161 StPO), especialmente policía judicial (§ 163 StPO), e igualmente puede permitirse sufragar el alto costo que determinada investigación puede suponer imputándolo a la hacienda pública. Estos son sólo ejemplos a través de los que se puede apreciar la abismal diferencia en cuanto a medios, al menos materiales, entre el MF y el imputado en general cuyas prerrogativas no son en modo alguno comparables.

El concepto se basa en la consideración, para el proceso penal, de la acusadora y la inculpada como posiciones procesales

³²⁸ DÖRR D. Faires Verfahren..., op. cit. p. 74.

³²⁹ SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung, Kap. 6, Rdn. 14.

El principio del proceso debido

opuestas igualmente legitimadas, y que en consecuencia deberán ser dotadas de iguales armas para la consecución de sus fines procesales. Pero los "roles" procesales de acusador e inculpado son tan diferentes que no será posible hablar de una igualdad de armas absoluta entre la posición acusadora, obligada a la investigación de los hechos y los inculpados facultados para la negación y el silencio sobre los mismos³³⁰. La situación descrita requerirá no una igualdad de "armas", sino una igualdad de oportunidades ("Chancengleichheit") en el sentido de un equilibrio del derecho de ambas partes en la medida de las diferentes necesidades que para cada rol procesal deben ser satisfechas, esto garantizaría igualmente un "fair trial" superando una consideración de la igualdad de armas como absoluta³³¹.

Consciente de esta situación la ley alemana busca compensar o equilibrar la situación, y para ello se sirve de dos vías principalmente: La primera de ellas a través del instituto de la defensa necesaria, tratando de extenderla al máximo a todo lo largo de la actividad procesal, (vid. §§ 140 y ss. StPO).

La segunda línea de actuación tiene como objetivo garantizar la objetividad en la actuación del MF (§ 160, ap. (2) StPO),

330 Vid. referencia jurisprudencial en nota nº 32 de **SCHÄFER K.** en **LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung...**, op. cit., Einl. Kap. 6, Rdn. 15, p. 128.

331 **MÜLLER E.** Der Grundsatz der Waffengleichheit..., cit. NJW 1976, 1063. **KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung**, op. cit., Einl. Rdn. 88, pp. 18 y 19.

Iñaki Esparza Leibar

habilitando los medios que permitan su sustitución cuando existan indicios que permitan dudar de su objetividad³³².

Se considera al principio del que ahora nos ocupamos como una parte esencial del "fair hearing" al que se refiere la versión en lengua inglesa del art. 6.1 CEDH³³³.

Es perfectamente comprensible a tenor del contenido del principio de la igualdad de armas que su ámbito de aplicación pueda extenderse al proceso civil donde la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las partes es, al igual que en caso del proceso penal, perfectamente exigible³³⁴.

En la sentencia del asunto NEUMEISTER de 27.06.1968, el Tribunal es de la opinión y así lo pone de relieve, que el principio del "Waffengleichheit" es un elemento esencial para que se dé un "fairen Verfahren"³³⁵.

Existen sin embargo opiniones contrarias a la consideración del principio de la igualdad de armas como integrante de los principios que rigen el proceso penal alemán, y ello fundamentado en que dicho proceso no es un proceso de partes, v. gr. posición

332 OLG Stuttgart, MDR 1974, 688. Vid. en esta tesis doctoral y dentro de la parte dedicada a los Estados Unidos el punto 3.i Objetividad en la conducta del MF-Deber-Control/"Conduct of the Prosecutor-Duty".

333 SANDERMANN A. "Waffengleichheit" im Strafprozeß. Zu den rechtlichen Grundlagen dieses Rechtstituts, (tesis doctoral), Köln 1975, pp. 11 y ss. Kommissionsbericht Nr. 524/59 y 617/59, Ybk 6, 676, p. 696.

334 Kommissionsbericht Nr. 434/59, Ybk 2, 354, pp. 360 y ss.

335 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, T. I, 143 fundamento nº 22, BJC Tribunal Europeo de Derechos Humanos..., op. cit., Caso Neumeister, Sentencia de 27 de junio de 1968, TEDH 5, pp. 67-87. SANDERMANN A. "Waffengleichheit"..., op. cit. pp. 20 y ss.

El principio del proceso debido

del MF en la vista principal del proceso, lo que imposibilitaría la igualdad, al menos entendida absolutamente³³⁶.

1. Manifestaciones del principio "Waffengleichheit"/
Igualdad de armas en el proceso penal alemán:
 - a. Presunción de inocencia/"Unschuldsvermutung"

La presunción de inocencia se incorpora al derecho alemán a través del CEDH, y más concretamente se explicita en su art. 6.2 que a su vez la jurisprudencia constitucional alemana incardina dentro del Principio del Estado de Derecho/"Rechtsstaatsprinzip"³³⁷. Lo que se pretende conseguir a través de la presunción de inocencia es que aquellas personas cuya culpabilidad todavía no ha sido probada sean consideradas en el proceso como inocentes, siendo así que es precisamente la prueba practicada con todas las garantías y dentro de la

336 MÜLLER E. Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, en NJW 1976, pp. 1063 y ss. Debemos, sin embargo, recordar que el proceso penal USA no es tampoco un proceso puro de partes, pero existen mecanismos que ante cada situación, v. gr. la posición mencionada del MF en la vista del proceso, permiten adaptarla a las exigencias del principio de la igualdad de armas, en este caso mediante el deber de objetividad que se predica del MF, vid. parte dedicada al proceso penal USA, apartado 3.i Objetividad en la conducta del MF-Deber-Control/"Conduct of the Prosecutor-Duty", la situación se adaptaría a las exigencias del "Waffengleichheit".

337 "Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, daß der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist". BVerfGE 22, 254, 265.

correspondiente fase procesal la que será capaz de destruir dicha presunción³³⁸.

La efectividad de la ficción que supone la presunción de inocencia se extiende a todo lo largo de las diversas fases del proceso penal, hasta la eventual convicción de la culpabilidad del imputado³³⁹. Si al final del proceso subsistieren las dudas respecto a la culpabilidad del acusado, procederá una sentencia absolutoria, sin que sea posible mantener el proceso en suspenso en tanto en cuanto las mencionadas dudas sean resueltas.

b. Derecho de Audiencia/"Rechtlichen Gehörs"

Se encuentra recogido en el art. 103.1 GG - Todos tienen el derecho a ser oídos legalmente ante los Tribunales - y constituye un presupuesto imprescindible para la producción de una sentencia que sea ajustada a derecho. El fundamento último del derecho de audiencia es el de dar a la persona, cuyos derechos se van a ver previsiblemente afectados por un proceso, la posibilidad de pronunciarse al respecto de un modo relevante de cara al resultado del mismo³⁴⁰.

c. Derecho a la información/"Umfassende Belehrung über die Beschuldigtenrechte"

338 BGH NJW 75, 1829, 1831.

339 BVerfGE 35 202, 232.

340 BVerfGE 9 89, 95. BVerfGE 34 1, 7. VOLLKOMMER M. Der Anspruch der Parteien..., op. cit., p. 200 y ss.

El principio del proceso debido

Establecen los §§ 136.1.1 y 243.4.1 StPO que desde el primer interrogatorio el inculpaado recibirá una completa información sobre sus derechos, participándole de la posibilidad de pronunciarse sobre la acusación contra el formulada, o de no declarar sobre la causa³⁴¹.

En el caso de que el Presidente de la Sala omita su deber de informar al acusado tal como establece el § 243.4.1 StPO, lesionando el derecho a la información del mismo, será de aplicación la prohibición de emplear la declaración así obtenida como prueba en el proceso, ya que el acusado debe ser consciente de su derecho a no actuar como testigo contra sí mismo³⁴².

Si la omisión del deber de informar al acusado de sus derechos se produce en el procedimiento preliminar y es atribuible bien al MF bien a la policía, § 136.1 StPO, no se produce el efecto ya visto de inutilizar dicha declaración como fuente de prueba en el proceso subsiguiente, sino que se considera según reiterada jurisprudencia como un mero error

341 § 136.1.1 StPO "Al comienzo del primer interrogatorio se comunicará al inculpaado el hecho que se le imputa y las disposiciones penales que sean de aplicación. Se le advertirá que es libre según la Ley de declarar sobre la inculpaación o no, de declarar sobre la causa, y siempre, también antes del interrogatorio, de consultar a un defensor por él elegido..." § 243.4.1 StPO "A continuación será advertido el acusado de que es libre de pronunciarse sobre la acusación, o de no declarar sobre la causa..." La traducción de los preceptos de la StPO es de GOMEZ COLOMER J. L. El proceso penal alemán..., op. cit., pp. 264-434.

342 BGHSt 25 325, 331.

Iñaki Esparza Leibar

procedimental no perseguible o sancionable, es decir a efectos procesales intrascendente³⁴³.

d. Derecho a un proceso rápido/"Speedy trial" -
"Konzentrationsmaxime"

A pesar de la relación causa-efecto entre la excesiva duración del pleito y la consiguiente disminución de las posibilidades de mantener una correcta defensa por parte del sujeto pasivo del mismo y por tanto siendo patente la necesidad de sustraer la duración del proceso de los intereses partidistas, por razones de economía procesal pero también de justicia, nos encontramos con que no existe dentro del derecho alemán otro mandato expreso de agilización del proceso que el recogido en el art. 6.1 CEDH. Sin embargo la StPO contiene algunas disposiciones cuyo contenido, aunque no de forma expresa, contempla la cuestión que nos ocupa. A dicho conjunto de normas es al que la doctrina alemana se refiere como "Konzentrationsmaxime"³⁴⁴.

343 BGHSt 22, 170, 173. BGHSt 25, 325, 331. BGHSt 31, 395. Sin embargo existe alguna jurisprudencia reciente BGHSt 38, 214, 231, (27.02.1992) según la cuál no será posible el aprovechamiento de las declaraciones realizadas por el imputado en el primer interrogatorio ante la policía, si previamente no ha sido instruido sobre sus derechos por los funcionarios de dicho cuerpo.

344 § 228 StPO Sobre la suspensión o interrupción de la vista principal, decisión que corresponde al Tribunal y que será aplicada con un criterio restrictivo. § 229 StPO Sobre la duración máxima de la interrupción o la reiniciación de la vista principal si se supera el plazo previsto para la misma. § 268.3.1 StPO Publicación de la Sentencia, plazo máximo y de no respetarse el plazo para la publicación, deberá volverse a iniciar la vista principal. § 275.1.2 StPO Plazo de la ejecutoria. Cabe resaltar la preocupación que en Alemania, como en otros muchos lugares,

El principio del proceso debido

En general cabe afirmar que la excesiva duración del proceso no supone, a decir de la más amplia jurisprudencia³⁴⁵, un impedimento procesal para la continuación del mismo. Sin embargo existen opiniones en el sentido de que los retrasos, al menos aquellos imputables a las autoridades encargadas de la persecución penal (MF y policía), deberían poder ser controlados asignándoseles consecuencias relevantes para el proceso³⁴⁶, pues es precisamente a aquellas autoridades a quienes corresponde vigilar por el escrupuloso cumplimiento de los derechos del acusado.

Sin embargo hay casos en los que el excesivo alargamiento del proceso perjudica de manera especialmente intensa los derechos del sujeto pasivo del proceso, para estos supuestos la jurisprudencia permite la adopción de medidas de mitigación que compensen de alguna manera la lesión descrita³⁴⁷. Puede así permitirse una reducción de la responsabilidad penal del acusado

despierta la saturación de los órganos encargados de ejercitar la función jurisdiccional que es una de las principales causas de excesiva y anormal duración de los procesos, por ello se ha elaborado una ley para la descongestión de la administración de justicia "Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege" de 11 de enero de 1993, (BGBl. I, 50) que afecta principalmente a los procesos penales y civiles.

345 BGHSt 21, 81. BGHSt 24, 239. BGHSt 27, 274. BGHSt 35, 137.

346 BVerfG NSTZ 1984, 128. BVerfG NJW 84, 967. BGH NSTZ 82, 291. OLG Stuttgart, JZ 1974, 268. SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einl. Kap. 12, Rdn. 92, p. 264.

347 BGHSt 35 137, 141.

Iñaki Esparza Leibar

(§ 46.2 StGB) o la desaparición del interés público en determinada persecución penal (§ 153 StPO)³⁴⁸.

e. Medios de prueba - Prueba ilícitamente obtenida/
"Beweismethoden - Gesetzeswidrig erhobene Beweise"

La argumentación empleada para hacer frente a los medios probatorios que surgen paralelamente al desarrollo general, y que lógicamente no contempla la StPO en su redacción original, con más de un siglo de antigüedad, es la siguiente: Dado que según la GG cualquier restricción de las libertades fundamentales precisa de una base legal (art. 19.1 GG³⁴⁹), entonces también cualquier restricción en los derechos fundamentales que provenga de la necesidad de obtener y asegurar la prueba para el proceso, de acuerdo con las nuevas posibilidades, precisará de un apoyo legal expreso. De esta manera el legislador viene regulando progresivamente en la StPO nuevas posibilidades tendentes a la incorporación al proceso de fuentes de prueba (v. gr. § 81 StPO) sobre el internamiento para dictaminar sobre el estado psíquico del inculpado o sobre la investigación corporal que permite las extracciones de sangre "...para la constatación de los hechos que

348 BGH NStZ 1990, 94.

349 Art. 19.1 GG "Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual".

El principio del proceso debido

fueran de importancia para el proceso³⁵⁰, o el § 100 a Sobre el control de las telecomunicaciones)³⁵¹

A la vista de las disposiciones existentes hay autores que estiman, desde una interpretación restrictiva, que no existen bases legales suficientes para permitir la lesión de los derechos fundamentales que la interceptación electrónica o la investigación genética suponen³⁵².

Existen también, vid. § 136.a StPO, determinadas prohibiciones respecto al uso de medios para la obtención de pruebas ya que menoscaban directamente la libertad de decisión y de actuación del inculpado. Así la hipnosis, el llamado detector de mentiras o el empleo de narcóticos³⁵³.

Por lo que afecta al control del respeto a las reglas legales en la búsqueda y obtención de pruebas tanto por funcionarios de policía como por miembros del MF, existen dos posibilidades complementarias:

350 BGHSt 11, 213, 214. BGHSt 24, 125, 129. StPO § 81 a.

351 BGH NJW 76, 1462.

352 No existe un desarrollo sistemático preponderante sobre la prohibición de la prueba, lo que provoca la existencia de discrepancias doctrinales y jurisprudenciales al respecto, GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, T. II, op. cit. pp. 94 y ss. GÖSSEL K. H. Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, p. 121.

353 Con respecto al detector de mentiras, KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung, op. cit. § 136.a Rdn. 24. SCHWABE J. Rechtsprobleme des Lügendetektors, NJW 1979, 576. SCHWABE J. Der Lügendetektor vor dem Bundesverfassungsgericht, NJW 1982, 367. BVerfG NSTZ 1981, 446. BVerfGE 49, 89, 141. BGHSt 5, 535. Y en relación con la hipnosis, SCHLÜCHTER E. Das Strafverfahren, Rdn. 91, 1983. Respecto al detector de mentiras no existe obstáculo a que el interrogatorio se practique mediante su empleo siempre que lo acepte voluntariamente el inculpado, BVerfGE 49, 286, 298.

Iñaki Esparza Leibar

a). Control inmediato de la legalidad de las investigaciones realizadas a cargo de los Tribunales, que autorizarán o no su práctica (v. gr. §§ StPO 100.b.1, respecto al control de las telecomunicaciones, ó 105.1, respecto a los registros).

b). Control mediato a través de la prohibición de plantear ante los Tribunales pruebas ilegalmente obtenidas, que deberán ser rechazadas (vid. § 136.a.3 StPO, en referencia a los métodos de interrogatorio prohibidos)³⁵⁴.

f. Derecho a guardar silencio - Derecho a no declarar contra sí mismo/"Schweigerecht" - "Nemo tenetur se ipsum accusare"

El principio según el que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, puede deducirse de la obligación constitucional de protección de la dignidad humana, art. 1 GG.

La finalidad de dicho principio es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado a cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo, y la forma de conseguirlo es mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del imputado que haya sido conseguida mediante la violación del principio del que nos ocupamos³⁵⁵.

El acusado puede utilizar este derecho de la forma que estime oportuna, no necesariamente deberá hacerlo de forma

354 GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, op. cit., pp. 187 y ss.

355 BVerfGE 56 37, 44.

El principio del proceso debido

absoluta, es decir puede pronunciarse sobre todas las cuestiones que se le planteen o solamente sobre algunas de ellas. En el caso de que el acusado haga pleno uso de su derecho a guardar silencio, no podrá por ello derivarse para él ninguna consecuencia desfavorable³⁵⁶. Por el contrario puede el silencio parcial del acusado reportarle consecuencias desfavorables, ya que la libre apreciación de la prueba, § 261 StPO, permitiría al Tribunal valorar esos silencios parciales por haberse, las declaraciones del acusado, constituido en medio de prueba³⁵⁷.

g. Derecho a la defensa/"Verteidigung"

"La participación de un defensor, incluso contra los deseos del acusado, es considerada como primordial para el interés público: Su concurrencia determinará la efectividad del principio de igualdad de armas/ "Waffengleichheit" (Y por tanto del "fair-trial"), la transparencia del proceso, la estructura dialéctica en la búsqueda de la verdad, y la autolimitación y autocontrol de los poderes públicos, asimismo garantizará la atención a los intereses individuales del imputado"³⁵⁸.

El derecho a la elección del defensor está recogido en el § 137.1 StPO, que permite la elección de un defensor para cada

356 BGHSt 25 365, 368.

357 HANACK E. W. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. § 136 Rdn. 27, pp. 363, 364. En general sobre esta materia, ROGALL K. Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977. BGHSt 20 298, 299.

358 HESS CH. Die Zulässigkeit aufgedrängter Fürsorge gegenüber dem Beschuldigten im Strafprozeß, Frankfurt am Main 1989, p. 6.

Iñaki Esparza Leibar

fase procesal, con un máximo de tres, y con la limitación recogida en el § 146 StPO sobre la inadmisibilidad de un defensor común para varios inculcados³⁵⁹. La defensa será necesaria únicamente en los supuestos recogidos en el § 140, StPO³⁶⁰.

A través del § 147 StPO, se autoriza al defensor al examen de la causa, en principio, a todo lo largo del proceso³⁶¹.

En los casos en los que exista la sospecha suficientemente fundada de que el defensor ha incurrido en alguno de los supuestos de los §§ 138.a o 138.b StPO³⁶², podrá el mismo ser excluido del proceso de que se trate; Exclusión que podrá ser

359 BVerfGE 39, 156, 165. BVerfGE 45, 354, 358. NSTZ 1982, 294.

360 Es especialmente llamativo que en la lista de supuestos, § 140 StPO, en los que será la defensa necesaria, no figure expresamente el de falta de recursos económicos del imputado, si bien el nº 2 del párrafo 8º de dicho § 140 StPO, permite al presidente cierto margen, en base a supuestos genéricos que la jurisprudencia va perfilando, para el nombramiento de defensor. V. gr. para el caso concreto de falta de recursos económicos que permitan costear un defensor de elección surge, como exigencia del "fairen Verfahren", el derecho al nombramiento de un defensor por parte del Tribunal, también en casos especialmente complejos para la casación, BVerfGE 46, 202, 213. Vid. BVerfGE 9, 35, 38. BVerfGE 39, 238. BGHSt 15, 306. En general vid. SCHMIDT H. Die Pflichtverteidigung, München 1967. HAHN M. Die notwendige Verteidigung im Strafprozeß. Schriften zum Prozeßrecht, Berlin 1975.

361 LÜDERSSEN K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. § 147 Rdn. 119, p. 272. BGHSt 30 131, 139. BVerfGE 63 45, 59.

362 La última redacción de ambos párrafos corresponde a la Ley de 14 de abril de 1978 (BGBl I, S 497). DÜNNEBIER H. Ausschließung des Verteidigers und Beschränkung der Verteidigung, NJW 1976. BVerfGE 9, 124, 132. BVerfGE 31, 306, 308. BVerfGE 38, 105, 118. BVerfGE 39, 156, 168.

El principio del proceso debido

revocada tan pronto como se cumpla alguno los supuestos contemplados en el § 138.a.3 StPO³⁶³.

"Se permitirá al inculpado la comunicación escrita y oral con su defensor, incluso cuando no se encontrara libre". Establece como norma general el § 148.1 StPO, pero a continuación y para determinados supuestos considerados especialmente graves el nº 2 del mismo parágrafo autoriza el control judicial de dichas comunicaciones.

Respecto a los interrogatorios judiciales, tanto el imputado como su defensor tienen el derecho a estar presentes en el interrogatorio de testigos o peritos, §§ 168.c.2 y 247 StPO, así como también tienen derecho a que se les comuniquen previamente las fechas de los interrogatorios, salvo que con ello hicieran peligrar el éxito de la investigación, § 168.c.5³⁶⁴.

Dentro del proceso puede el acusado desempeñar un papel activo en su propia defensa - Una de las finalidades del "Rechtsstaatsprinzip" en su vertiente jurisdiccional, que se manifiesta con especial intensidad en el apartado relativo al derecho a la defensa del que nos ocupamos, consiste en garantizar un ámbito de autonomía que permita al acusado no ser un mero objeto del proceso. Se pretende lograr un equilibrio entre dicha

363 En general sobre la exclusión, vid., GOMEZ COLOMER J. L. La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal, Barcelona 1988, pp. 21-51, y en particular sobre la revocación, pp. 47-49.

364 Los mismos derechos les asistirán cuando el interrogatorio se lleve a cabo por medio de Juez comisionado o requerido de auxilio, §§ 223 y 224 StPO. En el caso del § 247 StPO, desalojo del acusado durante los interrogatorios, se deberá comunicar al mismo la declaración realizada en su ausencia. BGHSt 1, 346.

Iñaki Esparza Leibar

autonomía y una genérica obligación de asistencia de los poderes públicos que se manifiesta a través de medidas protectoras - "Waffengleichheit", "Fürsorgepflicht" - irrenunciables para el acusado. Alcanzado el mencionado equilibrio dentro del proceso, tendrá el acusado los instrumentos que le permitan influir en el devenir y en el resultado final del mismo³⁶⁵.

Así por ejemplo tendrá derecho, él o su defensor, a preguntar a testigos y peritos, siempre y cuando sea autorizado para ello por el Presidente, § 240.2 StPO³⁶⁶.

Existe también la posibilidad para el defensor de realizar, junto con el MF, un interrogatorio cruzado con los testigos y peritos presentados por el acusado y con aquellos presentados por el MF, § 239.1 StPO.

Finalmente podrá el acusado declarar después del interrogatorio de cada uno de los testigos, peritos o coacusados, así como después de la lectura de cada uno de los escritos, y dispondrá del derecho a pronunciar la última palabra, incluso aunque el defensor hubiera hablado ya por él, §§ 257.1 y 258.2 y 3, StPO³⁶⁷.

Cabe hacer en este punto una referencia a la cuestión del delator o gente de confianza, "V-Mann" o "V-Leute", cuya identidad podrá excepcionalmente mantenerse en secreto a lo largo del proceso siempre que concurren circunstancias de especial

365 BVerfGE 9, 89, 95. BVerfGE 26, 66, 71. BVerfGE 46, 202, 210. BVerfGE 63, 380, 390. BVerfGE 65, 171, 174. HESS CH. Die Zulässigkeit..., op. cit., Einl.

366 BGHSt 9, 363. BGHSt 16, 67. BGHSt 7, 281. BGHSt 8, 155.

367 BGHSt 3, 368. BGHSt 9, 77.

El principio del proceso debido

gravedad que así lo aconsejen, v. gr. riesgo para la vida del testigo³⁶⁸.

h. Derecho a un intérprete gratuito/"Anspruch auf ein Unentgeltlich Dolmetscher"

Según el art. 6.III.e CEDH³⁶⁹, el imputado extranjero - que tiene los mismos derechos procesales fundamentales o lo que es lo mismo el mismo derecho a un "fair trial" (proceso con todas las garantías) que un imputado alemán³⁷⁰ - siempre y cuando desconozca la lengua de trabajo del Tribunal o no pueda expresarse en aquélla, en el caso de un proceso ante la justicia, tendrá derecho a la asistencia gratuita de un intérprete³⁷¹.

368 BGHSt 33, 83, 88. En general sobre esta cuestión, TIEDEMANN/SIEBER Die Verwertung des Wissens von V - Leuten im Strafverfahren. Analyse und Konsequenzen der Entscheidung des Großen Senats des BGH (Beschl. v. 17.10.1983 - GSSt 1/83 = NJW 1984, 247 y ss.) NJW 1984, pp. 753 y ss.

369 Art. 6.III. "Jeder Angeklagte hat mindestens die folgenden Rechte:" e) "Die unentgeltliche Beziehung eines Dolmetschers zu verlangen, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichtts nicht versteht oder sich nicht darin ausdrücken kann". "Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia", La traducción española se recoge en RAMOS MENDEZ F. Código procesal civil internacional, op. cit., pp. 189-191.

370 BVerfGE 40, 95.

371 EGMR NJW 1985, 1273. EuKomMR NJW 78, 477. § 185 GVG. ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit., p. 96 j).

B. El principio del deber de asistencia/

"Fürsorgepflicht"³⁷²

1. Introducción

En la misma idea en la que descansa el principio de igualdad de armas, es decir la constatación del mayor peso de los instrumentos de los que se sirve el Estado para la persecución penal frente a aquellos que el sujeto pasivo de la misma dispone para su defensa, y con el propósito de atenuar el exceso de fuerza de la posición del Estado en el proceso penal - que recordemos no es un proceso de partes en el caso alemán -, aparece el principio del deber de asistencia ("Fürsorgepflicht", en lo sucesivo FP) como modulador de las relaciones entre los sujetos procesales públicos (OOJJ, MF, funcionarios judiciales, funcionarios policiales), y los sujetos procesales que no tienen

372 Ya a finales del siglo pasado encontramos en la doctrina alemana una inequívoca referencia al FP, "Junto al derecho de las partes aparece la obligación del Tribunal de preocuparse de la aplicación de los principios procesales en cada proceso." GLASER J. Handbuch des Strafprozesses, T. II, Leipzig 1885, p. 504. Si bien no es hasta tiempos más recientes cuando tras un mayor desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial puede afirmarse que el principio del "Fürsorgepflicht" se deriva, o mejor es una concreción del principio del "fair trial" (junto con el principio de la igualdad de armas/"Waffengleichheit, el principio "in dubio pro reo" y el derecho a la defensa a lo largo de todo el proceso) que a su vez es un componente esencial del principio del estado de derecho de los arts. 1.1.1 y 28 GG, en su vertiente jurisdiccional, vid. GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, T. II, op. cit., pp. 61 y 62. Sobre su naturaleza jurídica como principio general procesal, SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung Kap. 6, Rdn. 26. El significado de la palabra "Fürsorge" en lengua alemana sería "la ayuda/asistencia que alguien necesita" ("die jemand umsorgende Hilfe"), AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache.

El principio del proceso debido

tal carácter y para los que sería impensable establecer una obligación de conocer las normas procesales y de atenerse a ellas. Especialmente se hace referencia al imputado/acusado³⁷³.

Originariamente el FP actúa una vez que el proceso, en abstracto, para el que se han establecido determinadas garantías como las que integran el principio que ya conocemos de la igualdad de armas, pasa a ser un proceso real entre partes con sustantividad propia. Su función, llegados a este punto, es la habilitar los canales que permitan la mayor fluidez en la información que a su vez será determinante a la hora de preparar la defensa del sujeto pasivo del proceso, y su actividad a todo lo largo del mismo de la forma que más favorezca a sus intereses. Se pretende en definitiva mediante el FP ayudar a los sujetos procesales que lo precisen, especialmente a la parte más débil, de tal manera que sean perfectamente conscientes de su situación procesal, sus derechos, sus posibilidades, las consecuencias que para ellas se pueden derivar del proceso. El FP actuará con especial intensidad en los casos en los que el acusado se sitúe en una posición de duda o desconocimiento con alcance procesal

373 VON LÖBBECKE B. Fürsorgepflicht im Strafprozeß?, GA 1973, p. 200. KUMLEHN R. Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren. Darstellung der nicht normierten Prozeßpflichten insbesondere des Strafrichters gegenüber den Angeklagten, Göttingen 1976. PLÖTZ W. Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, Lübeck 1980. HEGMANN J. Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, Bochum 1981. KÜHLWEIN Die prozessuale Fürsorgepflicht im Strafverfahren, 1985. SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung, Kap. 6, Rdn 23. KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung, nr. 155 y ss. ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit. § 43 DV, pp. 32 y ss. HESS CH. Die Zulässigkeit..., op. cit., pp. 51 y ss.

práctico³⁷⁴. Con respecto a los demás sujetos procesales el FP tiende a garantizar el correcto desarrollo del proceso en todas sus fases.

Podríamos, siguiendo a la jurisprudencia, distinguir entre un FP entendido en sentido amplio, como principio procesal fundamental y universal³⁷⁵, y un FP entendido en sentido estricto, en relación con casos concretos, como un auténtico derecho subjetivo del acusado, fuente de derechos y obligaciones para los sujetos del proceso y cuya lesión abrirá la posibilidad del recurso de casación (§ 337 StPO) o provocará la ineficacia ("Unwirksamkeit") del proceso³⁷⁶.

La obligación de asistencia no corresponde únicamente al OJ, si bien le es propia la parte más extensa e importante de la misma, así alcanza también a los miembros del MF en cuanto curadores del derecho en la medida en que resulte compatible con su tarea, alcanza también a los funcionarios de policía e igualmente a los funcionarios del Juzgado³⁷⁷.

No es sencilla la clasificación dogmática del FP y su delimitación respecto a otros principios e instituciones fundamentales del proceso penal (v. gr. la defensa necesaria, el

374 BGHSt, NJW 1951, 83. BGHSt, MDR 1973, 388. HansOLG Hamburg JR 1956, 28.

375 OLG Düsseldorf GA 1958, 54. BGH NJW 1973, 154. BayObLG NJW 1959, 2273. HansOLG Hamburg MDR 1964, 524.

376 HansOLG Hamburg NJW 1967, 1577. OLG Celle NJW 1961, 1319. OLG Celle NJW 1974, 1258. OLG Köln NJW 1970, 720. PLÖTZ W. Die gerichtliche..., op. cit. p. 69.

377 LG Aachen, NJW 1961, 86. KLEINKNECHT T. Anm. zu LG Aachen, B. v. 11.6.1960, NJW 1961, pp. 86 y ss. KOHLHAAS M. Persönlichkeitsschutz im Strafverfahren, ZRP 1972, pp. 52 y ss.

El principio del proceso debido

principio de inmediación, el principio de celeridad, incluso con el principio de la igualdad de armas/ "Waffengleichheit"³⁷⁸), si bien la mayor parte de la doctrina consigue, desligándolo del principio del "fairen Verfahren" del que depende³⁷⁹, dotarlo de un significado independiente en el sentido que ya hemos adelantado, cuyo desarrollo corresponderá en todo caso, como viene siendo habitual en el tema del que nos estamos ocupando, a la doctrina y más específicamente a la jurisprudencia³⁸⁰. Todo ello supone la inexistencia de un concepto propiamente dicho o de una normativización precisa al respecto. Dicha situación, aunque en progresivo retroceso, no contribuye a alejar la sensación de imprecisión sobre el contenido y los límites del FP. Aunque es precisamente esa falta de normativización precisa la que permite una constante redefinición del FP por la doctrina y

378 ULSENHEIMER K. Zur Regelung des Verteidigerausschlusses in §§ 138 a-d, 146 n. F. StPO, GA 1975, pp. 109 y ss. SANDERMANN A. "Waffengleichheit" in Strafprozeß..., op. cit., pp. 165 y ss.

379 Es impensable el desarrollo del FP fuera de un proceso presidido por el principio del "Faires Verfahren". OLG Saarbrücken VRS, T 25, p. 66.

380 ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit. Einl. § 2 B, pp. 11 y 12. PLÖTZ W. Die gerichtliche FP..., op. cit., pp. 49 y ss. y 333. MAIWALD M. Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozeß und ihren Grenzen, en Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin y New York 1976, p. 764. La primera referencia al FP por parte de la jurisprudencia la hallamos en la Sentencia de 17.08.1955 del HansOLG Hamburg, NJW 1955, 1938, en uno de cuyos fundamentos se hace referencia a la lesión que supone la supresión de la asistencia debida por el Tribunal hacia el acusado.

Iñaki Esparza Leibar

la jurisprudencia, y la consiguiente adaptación y renovación del principio del "fair trial"³⁸¹.

A la meta final expuesta de igualar en la práctica las posibilidades y medios de la parte acusadora con respecto a la parte acusada sirve como objetivo parcial, y ello nos permitirá adentrarnos en lo que el FP supone, la pretensión de reducir las inevitables y perjudiciales consecuencias que se derivan necesariamente de la intervención pública en la esfera privada de los derechos del sujeto pasivo y de otros participantes en el proceso, para lo cual la normalidad en el desarrollo del mismo lo que implica entre otras cosas celeridad y objetividad, es una de las metas que con el FP se pretende alcanzar.

Esta inicial aproximación al FP nos permite percibir que el principio está presente en todas las fases del proceso, desde la investigación previa a la fase preliminar, hasta el recurso de casación (que como veremos cabe por la lesión del FP). Podemos también deducir que los sujetos implicados en el FP son desde luego todos aquellos participantes en el proceso³⁸², pero es que

381 PLÖTZ W. Die gerichtliche FP... op. cit., p. 339. La constante incidencia de la jurisprudencia sobre el concepto "Fürsorge"/ asistencia, ha llevado en los últimos tiempos a la necesidad de distinguir un concepto nuevo "Vorsorge"/ previsión que si bien tiene relación con la asistencia, pues se desgaja de la misma, hace referencia a una función más general con respecto - en principio - al proceso penal, la función de previsión. BGHSt 25, 325, 330.

382 La estructura del proceso penal no se acomoda a un FP simple entre el Tribunal y el acusado en favor de éste, sino que las relaciones son múltiples e interdependientes, afectando a una pluralidad de sujetos, en beneficio del conjunto del proceso. Vid. SAX W. en KLEINKNECHT/MÜLLER/REITBERGER Loseblattkommentar zur Strafprozeßordnung, Darmstadt 1980, Einl. 13 y § 244.3.

El principio del proceso debido

además sujetos ajenos al mismo pueden estar obligados por el deber de asistencia, dada la multiplicidad y variedad de relaciones que preside³⁸³.

Debemos también tener presente que la redefinición y adaptación a la realidad del contenido del FP es constante sobre todo por la jurisprudencia, a lo que añadiremos que la tendencia del legislador contemporáneo es la de desarrollar el ámbito de la obligación de asistencia³⁸⁴, de todo lo cual podemos fácilmente concluir que si bien la aprehensión del concepto no reviste especial dificultad, no ocurre lo mismo a la hora de fijar sus exactos alcance y límites, y ello no sólo por lo vasto sino además por lo variable del contenido del principio del FP.

2. Deber de asistencia procesal de los Tribunales/"Gerichtliche-Prozessuale Fürsorgepflicht"

El anclaje constitucional del FP se obtiene a través de los arts. 19.4 y 103.1 GG, que consagran el derecho de acceso a los Tribunales, precisamente expedito el acceso actuará el FP como

383 Es el caso del § 161 StPO, donde y para llevar a término el procedimiento de averiguación, el MF podrá exigir información de todas las autoridades públicas, las cuales - aún no siendo sujetos realacionados, a veces en absoluto, con el proceso - "...quedarán obligadas a atender la petición o solicitud de la Fiscalía".

384 SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung, Kap. 6, Rdn. 26.

Iñaki Esparza Leibar

principio ordenador dominante con la finalidad de conseguir una efectiva protección de los derechos³⁸⁵.

Aunque existen diferencias en cuanto a la denominación del instituto del que nos ocupamos³⁸⁶, la posición en cuanto al contenido, al menos en lo fundamental - sujetos obligados, sujetos sobre los que la asistencia recae, finalidad de la asistencia, es la de acuerdo prácticamente unánime; Así, estarán obligados a prestar la asistencia, cada uno en su respectivo ámbito de actuación, todas las autoridades encargadas de la persecución penal, OJ, MF, policía judicial y los funcionarios de la oficina judicial - también entre ellos³⁸⁷ -. En cuanto al defensor, no está obligado a la asistencia en el proceso penal. Finalmente, hay autores que entienden que los peritos en tanto desarrollan una función de auxilio en la dirección del proceso,

385 Art. 19.4 GG "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial." Art. 103.1 GG "Todos tienen el derecho de ser oídos legalmente ante los Tribunales." PLÖTZ W. Die gerichtliche FP..., op. cit., p. 333.

386 "Prozessuale Fürsorgepflicht" (FP procesal), KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung, op. cit. Einl. Rdn. 155 y ss. KÜHLWEIN H. P. Prozessuale Fürsorgepflicht, op. cit. Otros autores emplean la expresión "Gerichtliche Fürsorgepflicht" (FP de los Tribunales), PLÖTZ W. Die gerichtliche FP... op. cit. MAIWALD M. Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht..., op. cit. pp. 745 y ss. GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, T. II, op. cit. p. 61. En alguna ocasión también "Richterliche Fürsorgepflicht" (FP de los Jueces), PLÖTZ W. Die gerichtliche FP... op. cit., p. 31.

387 En el caso de los funcionarios, existe un deber general de asistencia a los ciudadanos como consecuencia del Estado de Derecho, que tiene un reflejo procesal a través del FP. KRIEGER K. Das Recht des Bürgers auf die behördliche Auskunft, en Schriften zum öffentlichen Recht, T 18, Berlin 1971, pp. 50 y ss. BEYER H. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Amtshaftung für behördliche Auskunft, DVBl 1962, pp. 613 y ss.

El principio del proceso debido

podrían - potencialmente - también estar obligados a la prestación de asistencia³⁸⁸.

En cuanto a los sujetos sobre los que la asistencia recae, no se limita al acusado que, circunstancialmente carece de defensor, sino que abarca también a aquél acusado que efectivamente dispone de un defensor³⁸⁹, sea este de elección o de oficio. También recaerá la asistencia sobre acusados a los que se considere doctos en derecho ya que no existe la presunción de que efectivamente conozcan los derechos que en un proceso les corresponden³⁹⁰.

Los demás sujetos participantes en el proceso sobre los que recae el deber de asistencia son los testigos, el actor privado y el actor accesorio.

Por lo que a las finalidades que corresponden al FP se refiere, las cuales nos darán una idea más exacta de su contenido y de su capital importancia dentro del proceso, podríamos inicialmente clasificarlas en tres grandes grupos de objetivos generales:

- a. Instrucción sobre las posibilidades de actuación y defensa, en especial la "Belehrungspflicht"

388 MAIWALD M. Zur gerichtlichen...cit. en Festschrift...op. cit. p. 747.

389 PLÖTZ W. Die gerichtliche FP..., op. cit. p. 338. Bay NJW 59, 2274.

390 OLG Köln, NJW 1961, 933.

Iñaki Esparza Leibar

Se pretende la potenciación de las posibilidades de defensa a través de la información, exhaustiva e inequívoca de las mismas a los sujetos procesales que, sobre cualquier hecho digno de consideración hayan sido pertinentemente planteadas³⁹¹. Así el OJ estará obligado a indicar al acusado las posibilidades jurídicas de defensa de las que dispone, v. gr. § 35.a StPO, acerca de la instrucción sobre recursos, o los §§ 115.3.4 y 115.a.3 StPO, en los casos de prisión y detención provisional una vez que el inculpado ha sido conducido ante el Juez competente. Igualmente en el caso de los §§ 136.1 y 243.4.1 StPO, instrucción previa al primer interrogatorio e instrucción del acusado durante la vista principal respectivamente.

También se garantiza la presencia tanto del inculpado, como de su defensor y del MF, en el interrogatorio judicial de un testigo o perito, y para ello se les comunicarán previamente las fechas del mismo, salvo supuestos excepcionales, § 168.c StPO. También cabe reseñar que dentro del derecho a intérprete gratuito que veíamos en el capítulo anterior como integrante del principio de "Waffengleichheit", existe una manifestación del FP, en tanto en cuanto el Juez puede, si lo estima necesario, modular la mayor o menor extensión de la traducción del acta u ordenar la inclusión de declaraciones y explicaciones en el idioma extranjero, en función de criterios subjetivos, § 185 GVG.

391 Vid. § 139 ZPO, para el proceso civil. BGH 6, 282, 284. BGH MDR 72, 925. La ilustración o información debe proporcionarse de forma equilibrada y adecuada a cada situación para evitar un exceso "überschießenden Aufklärung", que podría causar confusión, BayObLG NJW 1959, 2273. Sobre la preparación de una correcta defensa para el acusado como elemento integrante del concepto de FP, OLG Hamburg MDR 1964, 524. BGH NJW 1963, 1114.

El principio del proceso debido

En definitiva la obligación de asistencia se impone al Tribunal para todas aquellas situaciones de las que pueda derivarse algún efecto favorable para el acusado u otros sujetos procesales interesados³⁹². La lesión de la citada obligación de instrucción y facilitación de la defensa al acusado, elemento necesario del "fair trial" - también imprescindible a lo largo del procedimiento preliminar - abrirá la posibilidad de recurso - incluido el de casación - ³⁹³, pudiendo producirse la ineficacia del proceso, ya que aunque los errores de la voluntad no pueden de ordinario causarla se produce una excepción cuando el error haya sido provocado por una lesión del FP, v. gr. casos de renuncia a recursos como consecuencia del incumplimiento del FP³⁹⁴.

El FP faculta al OJ, §§ 228, 229, 265.4 StPO, a decretar la suspensión o interrupción de la vista principal y a establecer la duración de la misma dentro de los límites que la ley permite. Los supuestos en los que ello será preciso harán referencia en general a todas aquellas situaciones en las que se produzca

392 MAIWALD M. Zur gerichtlichen FP..., op. cit., p. 745.

393 DENCKER F. Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme im Strafprozeß, MDR 75, 371, 1972. GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht op. cit., pp. 161 y 189. Vid. § 338 StPO, sobre los motivos de Casación absolutos, nº 8, "Cuando la defensa hubiera sido limitada inadmisiblemente por auto del Tribunal, en un punto esencial para la resolución".

394 KOCH H. J. Probleme des Rechtsmittelverzichts, JR 1964, pp. 255 y ss. JOACHIM H. Die Berücksichtigung von Willensmängeln bei nichtrichterlichen Prozeßhandlungen im Strafprozeß, Erlangen - Nürnberg, 1970. BGHSt 18, 257, 261. BGHSt 21, 38.

Iñaki Esparza Leibar

cualquier circunstancia que afecte a la presencia del defensor en la vista principal o a la preparación de la defensa³⁹⁵.

El FP obliga al Tribunal a un aplazamiento del juicio oral cuando pretenda legítimamente el acusado sustituir al defensor de elección que previamente ha sido rechazado como tal por el propio Tribunal³⁹⁶.

También se ve obligado el Tribunal, como consecuencia del FP y a fin de permitir al acusado una mejor defensa, a facilitar el interrogatorio de testigos que se hallen en el extranjero y cuyo testimonio se considere útil para la defensa, y en general el Tribunal deberá permitir - el § 245.2 StPO le obliga a ello - la práctica de las pruebas propuestas por el acusado en su

395 V. gr. por enfermedad del defensor participante, OLG Düsseldorf GA 1958, 54. OLG Celle NJW 1965, 2264. Por retraso del defensor a causa de la desfavorable climatología o del estado de las vías públicas, OLG Hamm GA 1974, 346. Como consecuencia de la insuficiencia del mandato, OLG Celle NdsRpfl 1964, 234. Por la colisión o superposición en las fechas del defensor participante, OLG Hamburg MDR 1964, 524. OLG Hamburg NJW 1967, 1577. OLG Hamm NJW 1969, 943. Por la sorpresiva readmisión para la práctica de pruebas en el plazo establecido para dictar sentencia, BayObLGSt 1962, 226. OLG Saarbrücken VRS 25, 66. En el caso de asuntos especialmente complejos que precisen de más tiempo del ordinariamente asignado para su preparación, BGH NSTZ, 1983 281.

396 OLG Köln, NJW 1970, 720. Vid. § 145.1 StPO, sobre incomparecencia del defensor y correlativa obligación del Presidente del Tribunal de nombramiento de otro defensor para el inculcado o, alternativamente, suspensión de la vista. BGHSt 15, 306, sobre la posibilidad de nombrar por el Tribunal, un defensor necesario paralelo al de elección cuando sea previsible que con ello se evitarán problemas en el futuro desarrollo normal del proceso. También se producirá el aplazamiento o la interrupción de la vista principal en los siguientes casos: Por cambio del defensor necesario durante la vista principal, BGH VRS 26, 46. BGH NJW 1965, 2164. En los casos de excesiva brevedad del plazo para designación de un defensor necesario previamente a la vista principal, BGH NJW 1963, 1114. Por el tardío conocimiento de la citación por el acusado, OLG Celle NJW 1961, 1319.

El principio del proceso debido

solicitud de prueba, salvo que las mismas fueran inadmisibles, impertinentes, interpuestas con finalidad dilatoria, etc. El rechazo de una solicitud de prueba requerirá un auto del Tribunal (§ 244.6 StPO). La lesión del FP en este punto crea un motivo que permitirá la interposición del recurso de casación³⁹⁷".

Aún siendo evidente que es el acusado el principal sujeto sobre el que el FP recae, existen supuestos, como ya se anunció, en los que son otros los participantes en el proceso que precisan de la asistencia, v. gr. §§ 55 y 57 StPO, sobre instrucción por el Tribunal a los testigos sobre sus derechos y significado y alcance de sus declaraciones³⁹⁸.

Pero no es el OJ el único sujeto obligado a prestar asistencia, ni es siempre sujeto activo de la misma, en la propia StPO encontramos ejemplos en los que el FP obliga a otros sujetos procesales diferentes a la realización de determinadas actuaciones encuadrables bajo este título³⁹⁹.

397 BGHSt 22, 118. Un caso llamativo de limitación del derecho a la solicitud de prueba - se restringe a las solicitudes que presente a través de su defensor - se recoge en BGHSt 38, 111, 115, donde se produce un abuso por parte del acusado, (presenta aproximadamente 8.500 solicitudes escritas de prueba), con fines evidentemente reprobables, la limitación será aquí legítima. OLG Hamburg NJW 1955, 1938. OLG Celle MDR 1962, 236. HansOLG Bremen MDR 1959, 779. PLÖTZ W. Die gerichtliche FP..., op. cit., pp. 46 - 47. TRAUB F. Die Behandlung Übergangener, nach § 219 gestellter Beweisanträge, NJW 1957, 1095 y ss. NIETHAMMER E. Anmerkung zu OLG Bremen, Urteil v. 6.8.1952, JZ 1953, 471 y ss.

398 La exclusión del letrado de un testigo durante la declaración del mismo lesiona su derecho a un "faïres Verfahren", BVerfGE 38, 105, 120.

399 § 320.2 StPO, FP del MF con respecto al acusado, "La Fiscalía notificará al acusado, cuando la apelación fuera interpuesta por ella, los escritos sobre interposición y justificación de la apelación". § 321 StPO, FP del MF con respecto al OJ, "La

Iñaki Esparza Leibar

Como puede apreciarse a tenor de las líneas anteriores el FP consiste en gran medida, en estos supuestos de potenciación de las posibilidades de defensa, en instruir al acusado sobre sus derechos en el proceso, "Belehrungspflicht"⁴⁰⁰.

Dentro de lo que llamamos potenciación de las posibilidades de defensa y además de la obligación de información, existirá paralelamente otro deber del OJ para con las partes procesales consistente en la no adopción de resoluciones sorpresivas o esencialmente indiferentes, incongruentes, respecto de la actividad defensiva desarrollada por las mismas⁴⁰¹.

Fiscalía enviará los autos a la Fiscalía del Tribunal que conozca de la apelación. Esta entregará los autos al Presidente del Tribunal dentro de una semana". § 163.a.4 StPO, FP de los funcionarios de policía con respecto al inculpado, "En el primer interrogatorio del inculpado por el funcionario de policía, se comunicará al inculpado qué hechos le son imputados. En lo restante, se aplicarán en el interrogatorio del inculpado por el funcionario de policía el § 136, sobre información de derechos al inculpado al comienzo del primer interrogatorio, y § 136.a, ambos StPO, sobre métodos de interrogatorio prohibidos.

400 Vid. § 3 StPO Austriaca, 1975. PLÖTZ W. Die gerichtliche FP..., op. cit. 333, el FP se manifiesta en la StPO especialmente en la forma del "Belehrungsprinzip"/Principio de Instrucción. SCHORN H. Belehrungen und belehrende Hinweise im Strafprozeß, JR 1967, pp. 203 y ss. SCHÜNEMANN B. Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n. F. StPO und der BGH, MDR 1969, 101 y ss. SEELMANN K. Revision wegen des Unterlassens der Belehrung über das Recht zur Aussageverweigerung, JuS 1976, 157 y ss. GOLLWITZER W. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit., § 226, Rdn. 12. SCHORN H. Die Fürsorgepflicht im Strafverfahren, MDR 1966, p. 640. BAUER G. Die Aussage des über das Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten, Göttingen 1972, pp. 90 y ss.

401 GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, op. cit., p. 166. Vid. § 265.1 StPO, sobre modificación de los puntos de vista jurídicos. "El acusado no podrá ser condenado en base a una ley penal distinta a la citada en la acusación admitida judicialmente, sin que previamente se le hubiera advertido especialmente de la modificación del punto de vista jurídico y se le hubiera dado oportunidad para la defensa". PLÖTZ W. Die gerichtliche..., op. cit. pp. 214 y ss. OLG Hamburg MDR 1964, 524. BayObLGst 1962, 226. OLG Saarbrücken VRS, T 25, pp. 66 y ss.

El principio del proceso debido

Es importante señalar que toda la actividad que el OJ desarrolla en aplicación de las prescripciones del FP, y que como estamos viendo es fundamental en el proceso, debe estar presidida por la neutralidad⁴⁰².

- b. Facultades de dirección procesal, subsanación de defectos procesales/"Fürsorgepflicht gegenüber dem Verfahren"

La preparación del proceso previamente a su inicio y la subsanación de defectos procesales y eliminación de impedimentos procesales a lo largo del mismo, son partes integrantes del FP⁴⁰³, que atienden al correcto desarrollo del proceso. Podríamos señalar las siguientes direcciones que el FP adopta para alcanzar el objetivo que nos ocupa⁴⁰⁴:

- A) Protección de la forma.
- B) Garantizar un proceso según el espíritu de la StPO.
- C) Corrección en la dirección oficial, concentración, aceleración.

402 BVerfGE 3, 337, 381. BVerfGE 21, 139, 145. BVerfG NJW 1976, pp. 1391 y ss. La StPO incluye la posibilidad de recusación del Juez, § 24, articulándola como instrumento que puesto en manos del MF, del actor privado o del inculpado, permite reaccionar frente a la parcialidad del Juez.

403 BayObLG 65, 2. FP como activador, acelerador del proceso, BGH NJW 1975, 63.

404 PLÖTZ W. Die gerichtliche FP..., op. cit., pp. 94 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

Los actos concretos que con respecto a las direcciones de actuación señaladas pueden ser procedentes son de naturaleza muy distinta, v. gr. asegurar la efectiva continuación del defensor necesario⁴⁰⁵. O, en determinados casos, la repetición de un concreto acto procesal viciado para evitar en lo posible la repetición de la totalidad del proceso o fase procesal, v. gr. § 29.2.2 StPO⁴⁰⁶.

Otras posibilidades del FP en relación a la dirección del proceso, a garantizar su efectivo desarrollo, son v. gr. el aseguramiento de la prueba en aquellos casos en los que a causa del transcurso del tiempo sea previsible su pérdida o inutilización, vid. § 205 StPO en el supuesto de archivo provisional del proceso, vid. § 285 StPO en los casos de procesos incoados contra ausentes. La posibilidad recogida en los §§ 251 y ss. StPO de lectura de actas en los casos de imposibilidad o grave dificultad para la comparecencia de testigos, peritos o coinculpados atenderá también al efectivo desarrollo del proceso⁴⁰⁷.

La obligación de asistencia, en esta faceta de control del correcto desarrollo del proceso, se extiende también a los testigos y peritos, además del acusado, respecto de los cuales

405 BGH NJW 1963, 1114. BGH NJW 1965, 2164. OLG Hamburg NJW 1966, 843.

406 KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung, op. cit. Einl. Rdn. 159. SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit., Einl., Kap. 10, Rdn. 25. SCHMID W. Zur Heilung gerichtlicher Verfahrensfehler durch den Instanzrichter, JZ 1969, pp. 757 y ss. BayObLGSt 1965, 2.

407 BVerfGE 57, 250, 295.

El principio del proceso debido

el OJ, normalmente su Presidente y el Tribunal en caso de dudas, dispondrán de facultades dirigidas a impedir la emisión de un testimonio de manera más o menos forzada, o al planteamiento por parte de los sujetos habilitados tras la autorización del Presidente - Jueces vocales, MF, acusado, defensor y escabinos, (se excluye expresamente el interrogatorio directo de un acusado por otro coacusado) vid. § 240 StPO - de preguntas inadmisibles, vid. §§ 241 y 241 a, en general sobre las facultades de dirección de la vista, StPO §§ 238 y ss.⁴⁰⁸.

Es patente que la finalidad principal, que mediante las posibilidades que este apartado del FP se alcanza, es la de mantener un desarrollo fluido del proceso que permita su rápida tramitación tal y como exige el art. 6 CEDH, en definitiva celeridad y economía procesal⁴⁰⁹.

c. Rehabilitación del inocente, protección de los sujetos participantes en el proceso

La rehabilitación del inocente que ha debido soportar un proceso penal previo a la dicha declaración debe ser una de las finalidades que el proceso penal debe prever y cumplir, se trata aquí de la obligación de asistencia para con aquellas personas que resultan no culpables de los hechos que se les imputaron pero que tuvieron que soportar la realización de un proceso, o la

408 OLG Köln, MDR 77, 598. KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung, op. cit., Einl. Rdn. 157.

409 BGHSt 15, 306.

Iñaki Esparza Leibar

obligación de asistencia para con aquellos quienes resultaren lesionados a causa del mismo⁴¹⁰.

Con la finalidad antedicha comprende el FP la posibilidad de que bien el OJ bien el MF puedan ordenar, a pesar de estar ya dispuesta la sentencia y por tanto en casos excepcionales, una ulterior aclaración de la misma⁴¹¹.

Es también posible que un proceso penal en el que la única finalidad alcanzable sea la de establecer la no culpabilidad del acusado, dado v. gr. que sea previsible la absolución por falta de pruebas, pueda sin embargo no continuarse⁴¹².

Con carácter preventivo y con respecto a los testigos, establece el § 68.a StPO, la exclusión, salvo que ello sea necesario, de las preguntas que sobre hechos difamantes le sean formuladas. El control de dichas preguntas corresponde al Presidente del Tribunal y supone una manifestación del FP.

Finalmente debemos considerar también dentro de éste apartado una suerte de protección que podemos encuadrar dentro de las facultades del OJ como garante del orden en las vistas, y que también está incluida dentro del FP. Se trata de la protección de los representantes del MF, los defensores u otros sujetos actuantes en el proceso, frente a los ataques o lesiones en su honor por el acusado u otras personas asistentes a la vista oral - una vez más el FP puede extenderse a personas totalmente ajenas al proceso, - vid. §§ 177, 178 y 179 GVG, medidas para el

410 GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, op. cit., p. 166.

411 BGHSt 11, 273.

412 BGHSt 10, 88, 93.

El principio del proceso debido

mantenimiento del orden durante la vista de la causa, imposición de correcciones a causa del mal comportamiento y ejecución de las correspondientes medidas de corrección adoptadas.

V. CONCEPTO

El instrumento fundamental del que el FP se sirve para la consecución de sus objetivos, la correcta preparación y desarrollo de la actividad procesal además de la defensa de los intereses de los sujetos participantes en el proceso, especialmente los del acusado, es el control y difusión de la información procesal, y ello a través de advertencias, consejos y aclaraciones, además de una genérica obligación de apoyo - siempre con el límite de la neutralidad y la objetividad por parte de los sujetos a quienes corresponde el deber de asistencia, principalmente el OJ - dirigidos a los sujetos pasivos del FP, quienes a su vez tendrán la posibilidad genérica de pedir aclaraciones y presentar solicitudes (que de ser injustificadamente rechazadas abrirán la posibilidad de recursos), que les permitan acceder a dicha información para posteriormente servirse de ella de la manera que mejor atienda a sus intereses⁴¹³.

La finalidad que se pretende alcanzar con la aplicación del Principio de la igualdad de armas/"Waffengleichheit" en el proceso es idéntica a la que con la aplicación del FP se intenta

⁴¹³ PLÖTZ W. Die gerichtliche..., op. cit., pp. 334 y 335.
STEFFEN O. Die Verletzung des § 219 als Revisionsgrund, Marburg 1963, pp. 88 a 91.

Iñaki Esparza Leibar

lograr, ambos son elementos esenciales del principio del "fair trial" y ambos conjuntamente aspiran a su consecución. A cada uno de los principios procesales mencionados corresponderá un ámbito específico propio y unos instrumentos privativos, pese a lo que, y como ya hemos visto existen zonas de contacto y solapamiento donde la ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido - en el caso de que ello sea posible - deslindar con absoluta nitidez los límites de cada uno de dichos principios, es el caso v. gr. del derecho a la defensa.

Recuperando la referencia a la cláusula procedente del derecho anglosajón del "Due process of Law", origen de la presente tesis doctoral, y para situar su equivalente en el derecho alemán, es ilustrativa - por lo simplificada - la siguiente afirmación de VOLLKOMMER "El derecho a un *fairen Verfahren* (proceso limpio) es en el derecho alemán la cláusula no escrita del *Due process*"⁴¹⁴.

414 VOLLKOMMER M. Der Anspruch der Parteien..., op. cit. p. 219. "Das Recht auf ein *fairen Verfahren* ist die ungeschriebene deutsche due process-Klausel".

PARTE III

EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DEL

"DUE PROCESS OF LAW"

EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

ESPAÑOLAS

I. INTRODUCCION

Lo que en las páginas que siguen pretendemos es descubrir en relación a la institución llamada proceso debido/"Due process of law", cuya presencia es, a partir de la promulgación de la CE, evidente en el mundo jurídico español, todas las circunstancias que nos permitan determinar su naturaleza, el alcance, los contenidos que lo integran, el grupo normativo regulador, etc., lograr en definitiva definir un nuevo instrumento del que podamos efectivamente servirnos, de manera que nos sea posible, si cabe, incorporar la figura a los instrumentos útiles para la labor de interpretar el derecho y de proponer las soluciones más justas tanto para los problemas de nuevo planteamiento que la dinámica jurídica produce constantemente como para aquellas cuestiones cuya óptima resolución requiere de su constante reestudio, adaptación y mejora.

Para lograr la finalidad anterior contamos con una serie de materiales que por el momento no han sido tratados de forma sistemática (labor que en estas páginas pretendemos abordar). Entre ellos destaca la doctrina, no sólo procesal sino también propia de otras ramas del derecho, v. gr. constitucional⁴¹⁵, que de modo insistente aunque no siempre de forma decidida ha de

415 V. gr. BANDRES SANCHEZ-CRUZAT J. M. Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional, Pamplona 1992. El autor además de Magistrado del TSJ de Cataluña, es Profesor Dr. Asociado del Area de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

nuestro estudio, el proceso debido. Pero que por otra parte y ello es fundamental ha definido tanto las categorías jurídicas como los conceptos y las instituciones de los que necesariamente deberemos servirnos para alcanzar los objetivos apuntados⁴¹⁶.

Dada la amplitud que tras el enunciado proceso debido se adivina no podremos tampoco prescindir del estudio de materias no propias exclusivamente del Derecho Procesal, sino que tendremos que acudir a otras ramas del derecho como el Derecho Constitucional y el Derecho Civil de los que adoptaremos conceptos que nos permitan la identificación y correcta comprensión del proceso debido⁴¹⁷.

416 V. gr. Todo lo relativo a la teoría de los principios del proceso, sistema del proceso penal español, principio acusatorio, derechos fundamentales y garantías procesales, etc. Materias tratadas y desarrolladas en la práctica totalidad de los manuales de la disciplina que habitualmente se vienen citando, MONTERO/ORTELLS/GOMEZ/MONTON Derecho Jurisdiccional, op. cit., tt. I, II, III. GIMENO/MORENO/ALMAGRO/CORTES Derecho Procesal, op. cit., tt. I, II. DE LA OLIVA/FERNANDEZ Derecho Procesal Civil, op. cit. GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA Derecho Procesal Penal, op. cit. GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA Derecho Procesal Civil..., op. cit. GOMEZ DE LIAÑO F. Proceso Penal, op. cit. FENECH M. El proceso Penal, op. cit. FENECH M. Derecho Procesal Civil..., op. cit. PRIETO CASTRO/GUTIERREZ DE CABIEDES Derecho Procesal Penal, op. cit. PRIETO CASTRO L. Tratado de Derecho Procesal Civil, op. cit., t. I. RAMOS MENDEZ F. El Proceso Penal..., op. cit. RAMOS MENDEZ F. Derecho Procesal Civil, op. cit., tt. I, II. etc.

417 Entre la doctrina constitucionalista, ALVAREZ CONDE E. El régimen político español, Madrid 1990. DE ESTEBAN/LOPEZ GUERRA El régimen constitucional español, Barcelona 1980. PEREZ LUÑO A. E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid 1990. HERNANDEZ GIL A. El cambio político español y la Constitución, Barcelona 1982. PECES BARBA G. Escritos sobre derechos fundamentales, Madrid 1988. DE OTTO I. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona 1987. También deberemos consultar con algunos de los autores civilistas más relevantes, v. gr. CASTAN TOBEÑAS J. Derecho Civil Español, común y foral, Madrid 1986. DIEZ-PICAZO/GULLON Sistema de Derecho Civil, Madrid 1990. LACRUZ/SANCHO/LUNA/DELGADO Elementos de Derecho Civil. Parte general del Derecho Civil, Barcelona 1988.

Contamos también con los resultados que la constante actividad de los Tribunales en la interpretación del art. 24 CE han producido. En este sentido pretendemos analizar la totalidad de la jurisprudencia proveniente tanto del TC como del TS desde la entrada en vigor de la CE⁴¹⁸.

Es precisamente en la jurisprudencia de los dos Tribunales mencionados donde hallamos una notable cantidad de referencias al "proceso debido", "proceso debido según ley" o "proceso justo" y por tanto de donde extraeremos los elementos que lo componen⁴¹⁹. Debemos sin embargo advertir que no es posible detectar ni en la jurisprudencia del TC ni en la del TS una posición clara respecto al proceso debido, como consecuencia de ello es interesante resaltar que no se llega a producir en la jurisprudencia analizada el desligamiento del proceso debido como institución jurídica autónoma con un contenido propio y por tanto diferenciable de figuras afines, sino que las referencias al mismo vienen sin excepción dadas en relación a otros derechos fundamentales, garantías o principios procesales, así podemos citar sin ánimo, por ahora, de exhaustividad algunos ejemplos de la mencionada constatación: proceso debido y prohibición de la indefensión⁴²⁰, proceso debido y principio de contradicción o

418 Por lo que al TC respecta utilizaremos básicamente la Jurisprudencia Constitucional, editada por la Secretaría General del TC a través del BOE. Y la jurisprudencia del TS la estudiaremos en el Repertorio de Jurisprudencia, editado por Aranzadi.

419 Sobre la identidad de conceptos como "debido proceso", "proceso legal" y "proceso justo", vid., TIJERINO PACHECO J. M. Debido proceso y pruebas penales, San José de Costa Rica 1993, pp. 35-38.

420 STC 50/1982, de 15 de junio, F. J. 4º.

audiencia⁴²¹, proceso debido y principio acusatorio⁴²², proceso debido y derecho de defensa⁴²³, proceso debido y principio de publicidad⁴²⁴, proceso debido y presunción de inocencia⁴²⁵, proceso debido y tutela judicial efectiva⁴²⁶, proceso debido y motivación de las resoluciones judiciales⁴²⁷.

Como se aprecia a la simple vista de lo que a modo de ejemplo hemos transcrito, el ámbito del proceso debido excedería de los contenidos del art. 24 CE, v. gr. sobre la motivación de las resoluciones judiciales art. 120.3 CE, e incluso sobrepasaría los límites de la propia CE, así en el caso del principio acusatorio que no se contempla como tal en la CE y para cuya correcta comprensión deberemos acudir a la LECrim arts. 642-644.

Debe sin embargo ser evidente que a la luz de la jurisprudencia que analizamos no nos será posible alcanzar nuestro objetivo, determinar la naturaleza y límites del proceso debido, de forma inmediata, pero no es menos cierto que las

421 STC 31/1989, de 13 de febrero, F. J. 3º. STS de 12 de enero de 1993 (RA 475) F. J. 3º.

422 STC 53/1989, de 22 de febrero, F. J. 2º. STS de 11 de marzo de 1981 (RA 1107) Considerando 3º.

423 STC 74/1984, de 27 de junio, F. J. 2º. STS de 7 de febrero de 1992 (RA 1108) F. J. 3º.

424 STC 96/1987, de 10 de junio, F. J. 2º. STS de 4 de octubre de 1986 (RA 5478) F. J. 8º.

425 STC 107/1989, de 8 de junio, F. J. 2º. STS de 16 de septiembre de 1992 (RA 7167) F. J. 1º.

426 STC 6/1992, de 16 de enero, F. J. 5º. STS de 16 de abril de 1990 (RA 2761) F. J. 5º.

427 STC 142/1991, de 1 de julio, F. J. 4º. STS de 26 de febrero de 1990 (RA 1620) F. J. 4º.

referencias obtenidas del análisis de las mencionadas resoluciones nos servirán como elemento interpretativo de primer orden para definir sus límites; podremos además extraer de ella indicios para determinar la naturaleza de la institución que no nos será revelada directamente por la jurisprudencia que manejaremos.

Una vez realizada la tarea descrita de rastreo en la jurisprudencia de cualquier referencia al proceso debido y conscientes de las limitaciones que acabamos de mencionar, teniendo además en cuenta que hemos procedido previamente al estudio de la misma institución, naturaleza y límites, tanto en el sistema jurídico del que procede (EEUU) como en uno de los sistemas jurídicos continentales en el que se ha producido su recepción (RFA), nos vemos en la necesidad, dado que de otra manera poco supondrá nuestra investigación para avanzar en el conocimiento del proceso debido, y en la situación metodológica ideal para formular una hipótesis verosímil sobre la real naturaleza de la institución.

Se trata de ofrecer una teoría sólida en la medida que es producto de una investigación que hemos pretendido plantear y realizar correctamente, pero no dejamos de ser conscientes de que la misma no constituye una verdad absoluta o un dogma sino un mero intento de aclarar una institución que se nos ofrece confusa y difícilmente asequible, por lo tanto criticable desde cualquier posición igualmente fundada.

II. EL PRINCIPIO DEL DERECHO AL PROCESO DEBIDO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

A. Planteamiento de la cuestión

No son pacíficas en el ámbito de la doctrina española ni el concepto, ni la naturaleza jurídica que corresponde al proceso debido, sea como derecho fundamental y por tanto reconocido y positivizado en la CE, sea como garantía de uno de aquellos derechos en este caso desarrollado a través de leyes orgánicas y en su extensión última por la jurisprudencia, sea como principio general constitucional o procesal⁴²⁸.

La propia pertenencia en exclusiva al Derecho Procesal de la materia, derechos y garantías que constituyen la esencia del proceso debido, recogidos en gran medida en el art. 24 y otros de la CE, es insostenible y desde la doctrina se señala la íntima relación de dichas materias con el Derecho Constitucional en el que se fundamentan y del que no cabe desligarlas si se quiere alcanzar su recta comprensión⁴²⁹.

No se puede así desconocer en relación con la institución que nos ocupa la concurrencia legítima de dos ramas del derecho

428 Como derecho fundamental, BANDRES SANCHEZ-CRUZAT J. M. Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, Pamplona 1992, p. 33; y SAINZ DE ROBLES F. C. La tutela judicial y el derecho a la justicia. I la STC 93/84, de 16 de octubre de 1984, Rev. Tapia, Madrid, mayo - junio 1988, p. 1; La jurisprudencia tanto del TC como del TS se inclina preferentemente por dicha consideración, v. gr. STC 106/1989, de 8 de junio, F. J. 2º. STS de 9 de febrero de 1993 (RA 952) F. J. 2º. Como garantía constitucional procesal, ALMAGRO NOSETE J. Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución en Lecturas sobre la Constitución, UNED 1978, y Constitución y proceso, Barcelona 1984, pp. 104 y ss. COUTURE E. J. Vocabulario..., op. cit., p. 199. GARRIDO FALLA F. y otros Comentarios a la constitución, Madrid 1985, p. 477. Como principio general del proceso, GONZALEZ PEREZ J. El derecho a la tutela jurisdiccional, Madrid 1984, pp. 89 y ss.

429 GUASP DELGADO J. Derecho Procesal Civil, Madrid 1961, p. 224.