

## PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS EN EL PROCESO PENAL ALEMÁN Y EN LOS PROYECTOS DE REFORMA SUDAMERICANOS\*

KAI AMBOS\*\*

### INTRODUCCIÓN

El recargo de la Justicia, en especial de la penal, está en boca de todos <sup>1</sup>.

---

\* Agradezco a mi colega HOLGER BARTH, asesor científico para Francia y Luxemburgo en el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero, Friburgo/Br. y asistente científico (Prof. asistente) en dicha Universidad y a SERGIO BROWN, abogado y Prof. de Derecho Penal en Venezuela, sus valiosos comentarios. La versión/traducción original de este texto (a cargo de ERNST WITTHAUS, Buenos Aires) fue completamente revisada y en parte modificada por el autor. Agradezco asimismo a FERNANDO DEL CACHO, de la Fundación universitaria San Pablo CEU (Elche), su ayuda en el establecimiento de la versión castellana.

\*\* Abogado (funcionario con segundo examen de Estado), Dr. en Jurisprudencia (Universidad de Munich, 1992), asesor científico para Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck, Friburgo/Br. y asistente científico (Prof. asistente) en dicha Universidad.

<sup>1</sup> Compár. –referido a Alemania– por ejemplo las conferencias anuales de primavera de los Ministros de Justicia Estatales, de las que surgieron en los últimos años las llamadas «leyes de simplificación de la Justicia» (últimamente Bol. Of. Fed. 1993 1 p. 50, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* –FAZ– del 5. y 7 6.1996; *Süddeutsche Zeitung*–SZ–del 7.6.1996; *Bertram*, Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (Strafrecht) 1995, *Zeitschrift für Rechtspolitik*–ZRP 2/1996, p. 46-48). Compár. también el dictamen de la Comisión de Derecho

Por otro lado, un riguroso análisis de la estadística judicial hace injustificadas las quejas manifestadas del lado político sobre la ineficiencia y desidia de la justicia penal alemana <sup>2</sup>. En los años **1989 y 1990** el promedio de *duración del procedimiento* ante los Tribunales Municipales («Amtsgericht»-AG) ascendió de 3,6 a 3,7 meses respectivamente y ante el Tribunal Provincial (Landgericht-LG) como Tribunal de primera Instancia <sup>3</sup>, de 6,0 a 6,2 meses. El *período de solución* en el año 1990 ante los AG en el 84% de los procedimientos y en los LG en el 70,5%, ascendió a seis meses; en el 95,7% de los procedimientos ante los AG y en el 87,7% ante los LG ascendió a doce meses. A partir de 1990 la situación se va alterando sólo en pequeña medida. En el año **1991** el promedio de *duración* del procedimiento fue de 3,8 meses en el AG y de 6 meses en el LG. En **1994** en 4,3 y 6,4 meses respectivamente. El *período de solución* para **1991** resulta como sigue: 84% de los procedimientos ante los AG y el 73% ante los LG en seis meses; 96% de los procedimientos ante los AG y 88% ante los LG en doce meses <sup>4</sup>. En

---

Penal de la Federación de Jueces Alemanes sobre «Möglichkeiten zur Vereinfachung und Beschleunigung von Strafverfahren de lege ferenda» (además Kintzi, Deutsche Richterzeitung-DRiZ-9/1994, p. 325-335). Crít. Meyer-Goßner, Strafverfolgung und Gerechtigkeit-ist der Strafprozeß noch zu retten?, DRiZ 5/1996, p. 180-184. Recientemente es de señalar la discusión sobre el sistema de recursos (cf. Meyer-Goßner/ Ströber, Strafverteidiger (StV) 1997, p. 212-215).

<sup>2</sup> Las cifras hasta 1990 son de Gössel, Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung zu beschleunigen?, en: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (DJT) Münster 1994, tomo I Gutachten, München 1994, C 1 bis C 94, aquí C 10 f. (tabla 2-4). La estadística judicial 1991 se encuentra en Meyer-Goßner, nota 1, p. 180; la estadística judicial de 1995 en: Statistisches Bundesamt, Strafgerichte (Arbeitsunterlage), 1996, pp. 28, 54 (ver también Internet: [http://www. Statistik-bund.de](http://www.Statistik-bund.de)). Para el período anterior a 1989 no hay estadísticas de los AG.

<sup>3</sup> Según la Ley Orgánica de Tribunales («Gerichtsverfassungsgesetz» -GVG) el LG opera –aparte del AG– como Tribunal de primera instancia en caso de delitos más graves (§ 74 inc. 1 y 2 GVG). Además, es Tribunal de apelación contra sentencias del AG (§ 74 inc. 3 GVG).

<sup>4</sup> En el ámbito de las *Fiscalías* el tiempo de tramitación alcanzó en el 90% de los casos hasta 6 meses, en el 8% hasta 12 meses y sólo en el 2% más de un año (según Meyer-Goßner, nota, p. 180). El 60% de los procedimientos ante el Tribunal Supremo del Estado (Oberlandesgericht -OLG) fueron sustanciados en 6 meses, 84% en 12.

el año **1995** los AG solucionaron 78,7% y los LG 71,7% de los procedimientos en seis meses; en doce meses 93,9% y 87,8% respectivamente <sup>5</sup>.

Tampoco la cantidad de *días de audiencias* resulta especialmente preocupante. En los años **1994** y **1995** sumaron como *promedio* ante los AG 1,2 días y ante los LG 3 y 3,3 días <sup>6</sup>. En 1995, de los 562.720 procedimientos solucionados con audiencia, a nivel de los AG pudo solucionarse la mayor parte (485.689) en un día <sup>7</sup>; de las en total 11.115 audiencias ante los LG se solucionaron en un día 4.764, en dos, 2.494, en tres a cinco 2.532, en seis a diez, 782 y sólo una pequeña parte en más de diez días <sup>8</sup>. Finalmente debe tenerse en cuenta, que el recargo total de tareas de los tribunales penales, teniendo presente la reunificación, ha crecido significativamente en los últimos años <sup>9</sup>.

En suma esas cifras llevan a la conclusión de que la mayor parte de la criminalidad común es superada de forma relativamente rápida y sin contratiempos <sup>10</sup>. Naturalmente no debe dejar de considerarse que determinados juicios pueden paralizar tribunales enteros <sup>11</sup>, pero

<sup>5</sup> *Statistisches Bundesamt*, nota 2, pp. 28, 54. El porcentaje en los OLG llegó al 97,3% en 6 meses, lo que significa un considerable aumento en comparación con el año 1994. N.del Trad. Por la frecuencia de sus notas en abreviatura alemana se reitera que AG corresponde al Tribunal o Juzgado Municipal («Amtsgericht»); LG a Trib. Provincial o Estatal («Landgericht»); OLG a Tribunal Superior Estatal («Oberlandesgericht»). En materia penal el AG es competente cuando la pena aplicable no exceda de cuatro años de prisión; funciona como *juzgado unipersonal* (hasta dos años de prisión) o como *Tribunal de Legos o Escabinos* con un juez de carrera y dos jueces honorarios legos (hasta cuatro años de prisión). Al respecto véanse §§ 24 y ss. GVG y *Witthaus*, Poder Judicial Alemán, Ad.Hoc Bs. Aires 1994.

<sup>6</sup> *Statistisches Bundesamt*, *Strafgerichte 1994 y 1995*, pp. 26 y 52 resp. En el año 1990 ascendió a 1,2 (AG) y 2,9 (LG) días.

<sup>7</sup> Solamente 28 procedimientos necesitaron 11 y más días de vista de la causa. (N.del Trad. también se traduce la «Hauptverhandlung» como audiencia principal, juicio oral, debate, plenario, juicio verbal, procedimiento de plenario).

<sup>8</sup> 370 en 11 hasta 20 días, 135 en 21 hasta 50 y 38 en más de 50 días.

<sup>9</sup> Mientras los AG sustanciaron en el año **1990** todavía 630.171 procedimientos y los LG 12.703, dicha cifra ascendió a 752.763 resp. 15.369 en **1994**.

<sup>10</sup> *Id. Kintzi*, nota 1, p. 326 que estima la criminalidad común en 90%.

<sup>11</sup> Además *Bertram*, nota 1, p. 48. En ello se trata en especial de procedimientos ante los LG que necesitan más de 50 días de vista de la causa (nota).

esos fenómenos aislados y negativos no pueden influir en el cuadro general de la eficiente superación en la tramitación y resolución de los supuestos con los que cada día se enfrenta la Justicia penal. Ello se confirma con una mirada allende las fronteras. Según un estudio comparado del Instituto-Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (MPI) por encargo del Ministerio Federal de Justicia resulta «la imagen, también en el contexto internacional, de una justicia penal alemana bastante rápida y eficiente»<sup>12</sup>. En relación a Latinoamérica ello es del todo acertado, ya que allá los porcentajes se calculan por años y no por meses<sup>13</sup>.

Si a pesar de estas cifras se parte de que existe una necesidad de actuar, se pueden presentar reacciones –diferenciadas en grandes rasgos– a nivel del derecho formal y material. A nivel *material* entra en consideración por un lado la eliminación de determinados tipos delictivos (descriminalización total)<sup>14</sup>, mientras por otro lado determinados modos de conducirse pueden quedar en simple derecho administrativo (derecho de faltas)<sup>15</sup> o con una significación social no penal (descriminalización parcial o limitada)<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Perron, Rechtsvergleichender Querschnitt, en: Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands, Friburgo/Br. 1995, p. 559, también 599.

<sup>13</sup> Cf. el Informe Especial «Justicia. Lenta y venal. Un agujero negro en América Latina» en: Visión, vol. 86 Nr. 6 (Abril 1996), después de p. 24 (en base a un estudio de la Hoover Institution); Llobet R. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft, Friburgo 1995, p. 3 con otras referencias; Comisión Andina de Juristas (CAJ), Región Andina 1995, Lima 1996, p. 139 y ss. Davis/Lillo (eds.), La implementación de la reforma procesal penal, Santiago 1996, anexo, indican como duración promedia para Ecuador 10 meses (en caso de robo), para Perú 921 días, para Uruguay 2 años y 8 meses (robo) y para Chile 662 días (por hurto y robo).

<sup>14</sup> Compár. por ejemplo –desde el punto de vista criminológico– Steinert, en: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (edits.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3ª edic. 1993, p. 10; del punto de vista dogmático : Volk, Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1976, pp. 161-181, 177 y ss.

<sup>15</sup> Baumann, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972, p. 273-275, quien aboga por una «delimitación cuantitativa»: «las conductas sociales gravemente dañosas corresponden al CP, las menos graves a la ley de contravenciones (irregularidades-infracciones) [p. 273, sobres. en el original].

<sup>16</sup> Compár. por ejemplo –fundamentalmente– Hirsch, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für die

*Procesalmente* se puede pensar en mecanismos de solución de conflictos extra o prejudiciales <sup>17</sup> y en abreviaciones o simplificaciones del procedimiento <sup>18</sup>. Sobre esto último queremos tratar en este trabajo. Por cierto, no existe una terminología uniforme. La misma Ordenanza Procesal Penal (OPP-*Strafprozeßordnung*) reguló hasta la llamada ley de Lucha contra la Delincuencia (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 1994 <sup>19</sup> «el procedimiento acelerado» en lugar totalmente distinto al «procedimiento por mandato (por orden) penal» (*Strafbefehlsverfahren*) <sup>20</sup>, de estructura similar y que perseguía igualmente propósitos de aceleración (a saber en §§ 212 y ss. y 417 y ss. de la OPP) <sup>21</sup>. En la actualidad esos procedimientos se encuentran entre los «modos especiales del procedimiento» por lo menos en el mismo (sexto) libro (§§ 407 y ss. y §§ 417 y ss. de la OPP), pero al lado de procedimientos que persiguen fines totalmente

---

gesamten Strafrechtswissenschaften (ZStW) 92 (1980), p. 218-254, 245 y ss., quien entre otras propone la nueva creación de una *tercera categoría de delitos* por debajo de los delitos menos graves (*Vergehen*) a los que propone denominar «incumplimientos» (de un deber)[*Verfehlung*] (para ello también *Baumann*, nota 14 p. 273 y sg.; *Dähn*, *Möglichkeiten einer verstärkten Anwendung des beschleunigten Verfahrens bei Bagatelldelikten*, Festschrift für J. Baumann, 1992, p. 349-360, 349 y sg.). También es imaginable la introducción de una *prescripción jurídico-material* general para los asuntos de bagatela en el sentido del § 42 del CP austríaco, con lo que se introduce la idea procesal de un sobreseimiento por insignificancia en el derecho material (además *Nowakowski*, *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in Österreich*, ZStW 92 (1980), pp. 255-294, 270 y ss.; también *Hirsch*, ob.cit. p. 236 y ss.)

<sup>17</sup> Piénsese por ejemplo en el procedimiento de conciliación necesario en el marco de la acción privada (§ 380 OPP) o los usuales procedimientos arbitrales en la ex Rep.Dem.Alem. ante los llamados tribunales sociales (cf. *Eser*, en: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss*, nota 14, p. 164 y ss.) o –muy difundido en América Latina– procedimientos ante los juzgados de paz (cf. *Hirsch*, nota , pp. 245 y sg.).

<sup>18</sup> También por ejemplo *Dähn*, nota 16, pp. 350 y sg.; desde el punto de vista comparativo-europeo: *Eser*, *Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa*, ZStW 108 (1996), pp. 86-127, 120 y ss.

<sup>19</sup> Bol. Of. Fed. 1994 I p. 3.186.

<sup>20</sup> Como traducción de la expresión *Strafbefehlsverfahren* se conoce «procedimiento por mandato penal» (conforme *Maier*, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Buenos Aires 1982) o «proceso por orden penal» (*Gómez Colomer*, *El proceso penal alemán*, Introducción y normas básicas, Barcelona 1985). Preferimos la propuesta de *Maier*.

<sup>21</sup> Crít. *Rieß*, en: *Löwe/Rosenberg* (L/R), 24a. Ed. 1987, § 212 n. marg. 1 (en remisión a Eb. Schmidt).

diferentes <sup>22</sup>. Con la denominación «modos especiales del procedimiento» o «procedimientos especiales» se ha conseguido poco, ya que lo «especial» de esos procedimientos es tan distinto, que sólo se infiere de una lectura cuidadosa. La doctrina dominante utiliza entonces también las «especiales» denominaciones legislativas, por lo que para el procedimiento por mandato penal se adoptó el –peligroso y engañoso– término de «procedimiento sumario» <sup>23</sup>. Aquí estamos ante procedimientos «abreviados» –no simplificados <sup>24</sup>–, ya que todos esos procedimientos son más breves, pero no necesariamente más simples que el procedimiento normal.

Además existen por cierto todavía *otros mecanismos* o posibilidades de simplificar el procedimiento. Por de pronto cabe remitirse especialmente a la creciente preocupación actual de abreviar y acelerar partes específicas del procedimiento común, en especial de la audiencia principal, mediante la restricción del derecho a solicitar pruebas <sup>25</sup>. Además se ha generalizado tanto en el ínterin la práctica

---

<sup>22</sup> Procedimiento para dictar medidas de corrección y seguridad (§§ 413 y ss.); procedimiento de comisos y secuestros del patrimonio (§§ 430 y ss.); procedimiento para la imposición de multas administrativas a personas jurídicas y a asociaciones (§ 444).

<sup>23</sup> Compár. *Fezer*, Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß, ZStW 106 (1994), p. 1-59, 1 con otros fundamentos en nota al pie (FN) 3 como p. 20. El término debe rechazarse, pues recuerda determinados procedimientos inquisitivos y (en base a ello) implica la aceptación de la pérdida de esenciales garantías del imputado. *Fezer* ob. cit., FN 2, señala, que el término es equívoco «en tanto con él se asocia la idea el de que los presupuestos de condena no deben estar firmes en la convicción del tribunal».

<sup>24</sup> Así empero *Fezer*, nota.

<sup>25</sup> Cf. el estudio profundo de *Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, Berlín 1995, p. 489 y ss. como *Gössel*, nota 2, C 91; también *Bertram*, nota 1, p. 47; *Kintzi*, nota 1, p. 327 y sg.; crít. *Meyer-Goßner*, nota 1, p. 181; *Perron*, nota 12, p. 601 y sgs; *Hamm*, Was wird aus der Hauptverhandlung nach Inkrafttreten des Verbrechensbekämpfungsgesetzes?, Strafverteidiger (StV) 1994, pp. 456-459. En esta relación debe remitirse al Proyecto de ley de una «detención para la audiencia» (*Hauptverhandlungshaft*) como nuevo § 127b OPP (crít. *Wächter*, Der autoritäre Strafprozeß das beschleunigte Verfahren neuer art. im Entwurf eines sog. Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes von CDU/CSU und FDP, StV 1994, p. 159-161, 160; *Scheffler*, Kurzer Prozeß mit rechtstaatlichen Grundsätzen? NJW 1994, Pp. 2191-2195, 2192; *Neumann*, Zum Entwurf eines Verbrechensbekämpfungsgesetzes, StV, pp. 273-276, 276).

informal y en parte ilegal de acuerdos verbales tanto en el procedimiento instructorio como en el principal, que «sólo un ciego y sordo puede afirmar (aún) que entre nosotros no existan acuerdos verbales»<sup>26</sup>. Por lo tanto, la legalización o por lo menos la consideración legislativa de esa práctica es más que necesaria<sup>27</sup>.

Volviendo una vez más al punto de partida «*recargo de la justicia*», es evidente que puede atribuirse en todo caso, –junto a una evolución posiblemente excesiva de la criminalidad y una sobreincriminación material– a *razones inmanentes* al procedimiento. A pesar de ello los procedimientos abreviados reciben su legitimación del deseado y referido efecto *aligerador*. Las restricciones jurídicas, propias del Estado de Derecho, que acompañan tal abreviación y aceleración, en especial limitaciones a la protección jurídica, deben ser equilibradas y compensadas con las correspondientes prescripciones<sup>28</sup>. Por otra parte no debe olvidarse, que una rápida conclusión del procedimiento está en el interés del imputado, cuando se encuentra, como tan comúnmente en Latinoamérica,<sup>29</sup> en prisión preventiva. Con mucha

<sup>26</sup> Meyer-Goßner, nota 1, p. 183. Compár. Roxin, Strafverfahrensrecht, 24a. Ed. 1995, pp. 88 y sg. con otros fundamentos; Fezer, nota 23, p. 6; Späth, Die Beschleunigung des Strafverfahrens, DRiZ 6/1995, p. 220-224, 223 y sg.; Weigend, Abgesprochene Gerechtigkeit, Juristenzeitung (JZ) 1990, p. 744-782; zu (illegalen) Vorteilsversprechen im Rahmen von § 154 StPO: Volk, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, pp. 879-883; del punto de vista jurídico-comparativo europeo: Eser, nota 18, pp. 124 y sg.

<sup>27</sup> En el resultado equivalentemente Meyer-Goßner, nota 1, pp. 183 y sg.

<sup>28</sup> Fezer, nota 23, p. 7.

<sup>29</sup> La cantidad de presos sin condena oscila en los diversos países latinoamericanos entre el 33% (Costa Rica) y el 93 (Uruguay), mientras que el promedio está aprox. en el 60-70% (compár. el estudio fundamental de Carranza/Houed/Vega/ Mora /Zaffaroni, El preso sin condena en América Latina y el Caribe, San José 1988 como recientemente Llobet R., nota 13, pp. 1 y sg.; también Ambos, Vorläufige festnahme in Kolumbien, Bolivien und Peru, unter besonderer Berücksichtigung der Terrorismus- und Drogengesetzgebung, en: Dünkel/Vagg (edit.), Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug, Friburgo 1994 pp. 375-410; en español (La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia, con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas): Boletín de la CAJ, N° 39, Dic. 1993, Lima, p. 21; Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N.º 90, 1993, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 261 y Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 47, 1994, Madrid, p. 187.

razón la sexagésima Conferencia alemana de juristas (60. *Deutscher Juristentag-DJT*) adoptó en sus conclusiones una tesis central del dictamen de Gössel:

«Ya el principio de aceleración del art. 6 ap. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos <sup>30</sup> obliga a sustanciar los procedimientos penales en el menor tiempo posible bajo observancia de los demás principios propios del Estado de Derecho; los gravámenes al imputado asociados con todo procedimiento penal no deben mantenerse más que lo estrictamente indispensable» <sup>31</sup>.

Pero el sólo apartamiento temporal del procedimiento normal no puede implicar el único rasgo decisivo del procedimiento abreviado. Para referirse al procedimiento abreviado, se necesita además de algunos *elementos constitutivos estructurales* para un procedimiento penal. Por ello debe pensarse en la sanción de una conducta juzgada como típica, antijurídica y culpable, y la conclusión del procedimiento por una decisión (judicial) susceptible de tener fuerza de cosa juzgada. Si no se propone esa calificación, pertenecen a los procedimientos abreviados no sólo el procedimiento por mandato penal y el acelerado, sino toda superación de una sospecha de un tipo penal, en especial los archivos en el procedimiento instructorio por razones de oportunidad (§§ 153 y ss. OPP) <sup>32</sup>. Su función de descargo es incuestionada <sup>33</sup>, si bien el archivo con base en condiciones y

---

<sup>30</sup> Compár. los similares art. 9 inc. 3 PIDCP y art. 7 inc. 5 CADH.

<sup>31</sup> Gössel, nota 2, C 91 (concordando Späth, nota 26, p. 220; Eser, nota 18, pp. 120 y sg.).

<sup>32</sup> Con ello el procedimiento penal comienza en el concepto alemán con la iniciación de las investigaciones policiales en base a una denuncia u otro modo de tomar conocimiento de un posible hecho delictivo (compár. libro 2 de la OPP «Procedimiento de primera instancia», §§ 151-295).

<sup>33</sup> El número de las suspensiones del procedimiento en base a las decisiones conforme a los §§ 153, 153a (*Diversionsentscheidungen*) aumentó al triple entre 1977 y 1989 (de 148.308 á 410.693), mientras las condenas casi quedaron constantes (607.307 contra 608.548). Los 443.758 casos de *todos* los sobreseimientos (fiscales y judiciales) del año 1989 suman el 42,17% de todas conclusiones estadísticamente informadas (sobreseimientos y condenas=1.052.306). Algo más de la mitad (235.356) son sobreseimientos en base a condiciones o mandatos conforme § 153 a OPP (Las cifras resp. cálculos propios en base a Schöch, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?*, en Verhandlungen des 59. DJT, Hannover



mandatos (§153 a OPP) solamente se puede comparar estructuralmente con el procedimiento normal en tanto una sanción no penal en forma de condición o mandato sustituye la sanción penal <sup>34</sup>. Dicha «prestación» del imputado funda en cambio su pretensión a protección de la confianza y el limitado efecto de fuerza legal de la decisión en caso de cumplimiento de las condiciones o mandatos <sup>35</sup>. En verdad, el procedimiento no concluye con una resolución judicial, sino fiscal, pero existe un control judicial con la exigencia del consentimiento judicial (§ 153a Or.1 OPP) <sup>36</sup>.

Finalmente la (nueva) posibilidad de prescindir de la pena en caso de *compensación* entre autor y víctima o indemnización (§ 46a CP) merece mencionarse, pues se puede a través del § 153 b OPP

---

1992, tomo I, Gutachten, Munich 1992, C 1-C 138, C 33 y ss., C 127 (tabla 11).- En el año **1993** la *parte porcentual* de los sobreseimientos medidos sobre la cifra total de conclusiones en la *fiscalía* ascendió al 24,2% (3.686.469 procedimientos de investigación concluidos en total), de ellos 20,3% de sobreseimientos sin condición (§§ 153, 153b, 153c, 154, 154b-e; § 45 Ley de los Tribunales de Menores-Jugendgerichtsgesetz=JGG). En los *tribunales* la cuota de sobreseimientos alcanzó al 25,3% (AG: 25,6% LG: 7,3% OLG: 22,6%; total de asuntos concluidos en los AG, LG y OLG: 714.632), de ellos 3,3% en base al § 153 II y 5,5% en base al § 153 a II. - En el año **1994** la cifra en la *Fiscalía* ascendió al 26,1% (de ellos 20,3% sobreseimientos sin condición), en los *tribunales* 25,8% (AG: 26,2%, LG: 8,1%, OLG: 14%), de ello 4,3% en base al § 153 II y 7,83% en base al § 153 a II (cálculo en base a *Statistisches Bundesamt*, Justizstatistik 1993, Wiesbaden 1996, p. 16, 42, 78; *id.*, Justizstatistik 1994, 1996, p. 16, 44, 82; *id.*, Staatsanwaltschaften 1993, 1995, p. 14; *id.*, Staatsanwaltschaften 1994, 1996 p. 14). La parte, entre otras, es pues menor que la indicada en *Schöch* para 1989, porque su cifra de referencia solamente tuvo en cuenta los asuntos concluidos *estadísticamente comprobables* (sobreseimientos y condenas), la cifra real de todos los asuntos concluidos –comprobados para 1993 y 1994– es mayor.

<sup>34</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (en lo que sigue *K/M-G*), *Strafprozeßordnung*, 42a. Edic. 1995, § 153a, nota marginal (nm) 12; *Rieß*, nota , § 153 a, nm. 9; *Schöch*, en *Alternativkommentar* (AK) StPO, tomo 2/tomo parcial 1, 1992, § 153 a, nm 1 y ss.; *Fezer*, n. 23, p. 22 y sig.

<sup>35</sup> El efecto de la cosa juzgada es limitado, ya que el impedimento procesal contenido en el § 153 a I frase 4, II frase 2 OPP se refiere sólo a «delitos leves», quedando abierta la posibilidad de la persecución de un delito grave por el mismo hecho histórico (cf. *K/M-G*, n. 34, nm. 52; *Rieß*, nota 21, § 153 a, nota 32, nm. 51; *Fezer*, nota 23, p. 22 y ss.

<sup>36</sup> Más detallado sobre dicho procedimiento como «procedimiento simplificado» *Fezer*, nota 23, p. 22 y ss.

llegar a una simplificación ya en el procedimiento instructorio y posee similitud estructural con un procedimiento abreviado, en tanto en la prestación indemnizatoria o por lo menos en la tentativa es observable una prestación del autor, por la que es premiado prescindiendo de la pena o con la atenuación de la misma. Por cierto, esa prescripción no alcanza a la evolución internacional ni a la propuesta del Proyecto alternativo «indemnización» (*Wiedergutmachung*<sup>37</sup>)<sup>38</sup>.

A continuación se analiza –tras exposición del procedimiento normal de la OPP y de los Proyectos de reforma de Chile, Bolivia y Venezuela (bajo I)– como procedimientos abreviados, el procedimiento acelerado y el procedimiento por mandato penal de la OPP desde el punto de vista jurídico y fáctico bajo consideración especial de los problemas desde el punto de vista del Estado de Derecho (II. 2.). Finalmente se adoptan conclusiones finales.

## I. EL PROCEDIMIENTO NORMAL

### 1. ADVERTENCIA PREVIA

Mientras el principio acusatorio, es decir la separación entre acusación y función de juzgar<sup>39</sup>, es reconocida en general en Europa y en Estados Unidos, existen notables diferencias respecto a la producción

---

<sup>37</sup> *Baumann et al.*, Alternativentwurf (AE) *Wiedergutmachung*, Munich 1992.

<sup>38</sup> Cf. recientemente *Kilchling* (Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht, *Neue Zeitschrift für Strafrecht=NSStZ* 1996, p. 309-317), que demuestra la recepción positiva del § 46a CP en la jurisprudencia de las instancias más altas (p. 312 y ss.) implicando –a pesar del «escaso» material empírico para el derecho penal de mayores– tendencias favorables a la indemnización, que fundan la esperanza, que «la restitución no quede como mero «camino lateral» del derecho penal (pp. 316 y sg.). Para la evolución internacional: *Eser/Walther* (edit.), *Wiedergutmachung im Kriminalrecht: Internationale Perspektiven*, Freiburg 1996, por ahora 2 tomos (inglés y alemán).

<sup>39</sup> Entre otros cf. *Roxin*, nota 26, pp. 75 y sg.

y presentación de la prueba así como en la significación de cada una de las etapas del procedimiento. Con *Perron* podemos distinguir por lo menos tres estructuras de procedimiento acusatorio desde el punto de vista del derecho a la prueba <sup>40</sup>. El procedimiento *instructorio*, en el que el tribunal (co)determina la recepción de la prueba, porque existe un deber general de investigación de oficio y es posible una preparación en base a las actas instructorias (Alemania, Francia, Países Bajos, Austria y Portugal). El procedimiento *contradictorio*, en el que las partes aportan las pruebas por sí y las presentan en la audiencia principal contradictoria –que en la práctica raras veces se celebra sobre la cuestión de culpabilidad. (EEUU, Inglaterra). El procedimiento *mixto*, que combina modelos del procedimiento instructorio y contradictorio (Italia, Japón y Suecia). Dentro de esos procedimientos hay por cierto otras diferencias, especialmente tendentes a la valoración y configuración de las etapas del procedimiento en particular, es decir, –simplificando– procedimiento instructorio o previo (prejudiciales), procedimiento principal y recursos (judicial) <sup>41</sup>.

En lo que sigue se partirá del procedimiento normal alemán. En ello, para la finalidad aquí perseguida de la delimitación respecto del procedimiento abreviado, podemos conformarnos con una visión sobre el curso del procedimiento de primera instancia hasta la sentencia.

## 2. **EL PROCEDIMIENTO NORMAL SEGÚN LA ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA**

El procedimiento normal se divide en un procedimiento instructorio fiscal (§§ 151-177 OPP <sup>42</sup>) y un procedimiento judicial (principio acusatorio). Dentro del procedimiento judicial cabe distinguir entre el procedimiento intermedio (§§ 99-211) y el procedimiento principal con vista de causa (§§ 213-275).

---

<sup>40</sup> Cf. *Perron*, nota 12, pp. 560 y ss.

<sup>41</sup> Compár. por ejemplo *Perron*, nota 12, p. 552 como los allí publicados informes individuales de los países examinados.

<sup>42</sup> Todos los §§ siguientes sin mención en esta parte son del OPP (Ordenanza Procesal Penal) alemana.

El *procedimiento instructorio* tiene lugar por regla general por una denuncia (§158), pero también por otra vía (§§ 160 I, 163, en especial por conocimiento oficial). Si la Fiscalía tiene conocimiento de este modo de un delito, debe «investigar los hechos», para poder decidir si se debe promover la acción pública (§160 I). En ello trabaja conjunta y estrechamente con la policía (§§ 161, 163) <sup>43</sup>, la cual, no obstante su independencia orgánica (está subordinada al Ministro del Interior del Estado, la Fiscalía al Ministro de Justicia) le está asignada funcionalmente <sup>44</sup>. Ello tiene por consecuencia que la Fiscalía como «dueña del procedimiento instructorio» (§§152, 160) puede dar instrucciones a la policía para diligenciar determinados actos instructorios (§ 161), la que por otra parte debe remitirle «sin demor» sus actuaciones instructorias (§ 163 II). Con ello por cierto no se pretende –como se podría pensar en lectura objetiva de las palabras de la ley–, que la policía informe a la Fiscalía de cada acto instructorio, sino que se considera suficiente que informe cuando ha llegado a una conclusión para ella racional y cuando las informaciones puedan servir a la Fiscalía como fundamento de decisión <sup>45</sup>. Así la policía investiga en la práctica de forma hasta

<sup>43</sup> La OPP distingue los llamados funcionarios auxiliares de la Fiscalía (§ 152 GVG) de los demás funcionarios policiales. Ellos tienen especiales competencias coercitivas (cf. por ejemplo §§ 81a, 81 c, 98 I, 105 I) y son nombrados por grupos por los gobiernos estatales en base a decretos ejecutivos (§ 152 II LOJ; K/M-G, nota 34, § 152 GVG, nm. 1 y ss.). En *Baden-Württemberg* (Ba-Wü), por ejemplo, quedan comprendidos dentro de la *Policía Federal de Fronteras* («Bundesgrenzschutz») los funcionarios de ejecución policial (del sargento primero hasta el comisario principal) y los funcionarios administrativos en el servicio especial de la policía federal de fronteras; dentro de la *policía* (servicio de ejecución policial-«Polizeivollzugsdienst») la policía criminal (desde el encargado en la oficina criminal al primer comisario principal), la policía uniformada (sargento primero al primer comisario principal) así como funcionarios de la policía fluvial y marítima; también existen funcionarios auxiliares en la administración federal de finanzas, el ferrocarril federal, el correo federal, las administraciones de bosques, caza y pesca, la administración minera y la fiscalía (*Bol. Legislativo* de Ba-Wü, 1985, p. 325; similar en Baviera: *GVBl.* 1985, 4, 14).

<sup>44</sup> En vez de muchos cf. *Roxin*, nota 26, p.53.

<sup>45</sup> Compár. K/M-G, nota 34, § 163, nm. 23: Presentación «tras el imposterable aseguramiento de las pruebas..., y tras la indispensable consideración de los correspondientes actos de investigación tomando en consideración los principios... de la estrecha colaboración».

cierto punto independiente –en definitiva debe actuar aun sin mandato fiscal frente a hechos sospechosos (§ 163 I)<sup>46</sup>–, si bien en cualquier momento la Fiscalía puede intervenir en las investigaciones. La Fiscalía decide entonces en base a los resultados de las investigaciones policiales, si éstas proporcionan «motivos suficientes para la promoción de la acción pública» (§ 170 I). Ello presupone, que no exista un impedimento procesal, que no quepa –como excepción al principio de legalidad (§ 152 II)– un sobreseimiento por razones de oportunidad (§§ 153 y ss.) o –como excepción al principio oficial– la acción privada (§ 376), y exista una sospecha fáctica suficiente<sup>47</sup>. Si están dados estos presupuestos, la Fiscalía promoverá la acción pública (o un mandato penal o el enjuiciamiento en procedimiento acelerado)<sup>48</sup>. De lo contrario suspenderá el procedimiento conforme § 170 II (por razones fácticas o jurídicas) o §§ 153 y ss. (por razones de oportunidad). Con la primera declaración basada en una sospecha concreta<sup>49</sup> el inculcado obtiene los derechos de defensa y de negarse a declarar (*nemo tenetur*, § 136).

Con la presentación de la acusación (§ 200) se inicia el *procedimiento intermedio*. La acusación se presenta ante el juzgado competente para la vista de la causa con todas las actas instructorias (§ 199); se trata por tanto generalmente<sup>50</sup> del mismo tribunal para el procedimiento intermedio y para el principal<sup>51</sup>. El procedimiento intermedio tiene una «negativa función de control»<sup>52</sup>. El acusado puede pedir pruebas y formular objeciones (§ 201) y el tribunal

<sup>46</sup> K/M-G, nota 34, § 163, nm. 1.

<sup>47</sup> K/M-G, nota 34, § 170, nm.1.

<sup>48</sup> §§ 407 y ss., 417 y ss. e infra II. 1.

<sup>49</sup> Sobre la delimitación entre declaración o interrogatorio incriminatorio (*Vernehmung*) e interrogatorio informativo o preventivo (*informatorische Anhörung*) –que no otorga los derechos del § 136– véase *Roxin*, pp. 178 y.s.

<sup>50</sup> Cabe tener en cuenta que, el «tribunal que resuelve» puede decidir sin la participación de los jueces legos sobre la apertura, ya que se trata de una decisión fuera de la vista de la causa (§§ 30 II, 76 I 2 GVG). Además, el «tribunal que resuelve» puede entender que es competente un tribunal de jerarquía inferior (§ 209 I); si considera que es competente un tribunal de jerarquía superior, debe presentarle las actuaciones por medio de la fiscalía (§ 209 II).

<sup>51</sup> Distinto al Modelo Latinoamericano de un Código Procesal Penal de 1988 (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires 1989, p. 25; también recientemente *Llobet*, nota 12, pp.13 y ss.).

<sup>52</sup> *Roxin*, nota 26, p. 295.

puede ordenar investigaciones complementarias (§ 202), pero decidirá en general sobre la apertura del procedimiento principal solamente en base a las actuaciones instructorias y la acusación. Si existe suficiente sospecha de delito, abre el procedimiento principal (§ 203) y si no –por otros motivos fácticos o jurídicos– puede rechazar la apertura (§ 204) o suspender (provisionalmente) el procedimiento (§§ 205, 206a, 206b). En la resolución de apertura se decide si la acusación se admite sin modificaciones para la vista de la causa o con qué alcance se la modifica (§ 207) y además se designa el tribunal competente <sup>53</sup>. El derecho al recurso de queja sólo corresponde al fiscal contra aquellas resoluciones que denieguen la apertura así como contra aquellas resoluciones que remiten a un tribunal de jerarquía inferior (§ 210 II) <sup>54</sup>.

Con la resolución de apertura se pasa del procedimiento intermedio al *procedimiento principal*. Ante todo, la vista de la causa requiere una preparación exhaustiva, en especial la fijación de la vista (§ 213), la determinación de acusados y testigos (§§ 214-218) y cuando se dan las condiciones legalmente establecidas, también una recepción anticipada de prueba (§§ 223-225). La vista de la causa en sí misma (§§ 226-275) constituye el «punto culminante» de todo el procedimiento <sup>55</sup>, ya que la sentencia sólo se puede basar en el conocimiento adquirido en ella (§§ 261, 264 I). Debe tener lugar –por exigencia del principio de oralidad– en ininterrumpida presencia de los jueces (profesionales y legos), del fiscal, un funcionario documentador de la secretaría (§ 226) y del necesario defensor (§ 145 I frase 1) sin mayor interrupción temporal (§§ 228 y s. <sup>56</sup>); en principio también se prescribe la presencia del acusado (§§ 230, 231 I, 236; excepciones: 231 II-234a).

La *vista de la causa* (audiencia o juicio oral, debate) tiene el siguiente *desarrollo*: Tras el llamado para la vista de la causa, el presidente constata la presencia del acusado, su defensor y de los medios de prueba (en especial testigos y peritos). Sigue –en ausencia

---

<sup>53</sup> Cf. a la limitación de la competencia de apertura del «tribunal que resuelve» hacia «abajo» (§ 209) ya en nota 47.

<sup>54</sup> El imputado no puede impugnar la apertura (§ 210 I).

<sup>55</sup> Roxin, nota 26, p. 304.

<sup>56</sup> En principio no hay *interrupción* mayor de 10 días (§ 229 I); en caso contrario *suspensión* y con ello nuevo comienzo (§§ 228 I, 229 IV).

de los testigos– el interrogatorio del acusado sobre sus circunstancias personales, la lectura de la frase de la acusación del fiscal <sup>57</sup>, la instrucción al acusado sobre su derecho a guardar silencio y su indagación respecto de la causa (§ 243). Continúa como parte diferenciada la recepción de la prueba (§§ 244-257 además de inmediato). Finalizada la recepción de la prueba siguen los alegatos del fiscal y defensa, y respectivamente del acusado. El acusado tiene la última palabra (§ 258). El tribunal se retira para la deliberación y proclama –en principio inmediatamente tras la deliberación– la sentencia.

La dirección de la audiencia incumbe al presidente (§ 238 I). Ello se pone de manifiesto en especial en la *recepción de la prueba* que sigue a la indagatoria al acusado.

La recepción de la prueba está regida por el *principio de investigación o instrucción* (§§ 155 II, 244 II). Conforme a ello el tribunal investiga –distintamente al procedimiento contradictorio regido por el principio dispositivo– los hechos sin sujetarse a las peticiones y declaraciones de las partes (deber judicial de esclarecimiento) <sup>58</sup>. Empero las partes tienen –últimamente sujeto a crecientes críticas <sup>59</sup>– derechos de petición de pruebas (§§ 244 II-V, 245 II, 246) <sup>60</sup>. Además rige el principio de la *inmediación formal y material*. Según este último solamente pueden constituir fundamentos de la sentencia, los hechos comprobados por el mismo tribunal (inmediación formal) fundados en base a prueba primaria (inmediación material) compárese especialmente §§ 250 frase 2, 261, 264. La utilización de pruebas sustitutivas, en especial en forma de lectura de declaraciones

---

<sup>57</sup> La frase de acusación es (solamente una) parte del escrito de acusación y comprende al imputado, el hecho que se le atribuye, tiempo y lugar de su comisión, la calificación legal del hecho y la prescripciones penales aplicables (§ 200).

<sup>58</sup> Compár. *Roxin*, nota 26, p. 87 y ss.; como las explicaciones bajo I. 1.

<sup>59</sup> Compár. también las referencias ya enunciadas en nota 23.

<sup>60</sup> Deben diferenciarse la *petición* de pruebas («Beweisantrag»), la petición de *investigación* de prueba («Beweisermittlungsantrag») y la petición *eventual* («Eventualantrag»). Solamente para el *rechazo* de un medio de prueba peticionado existen reglas legales específicas (§§ 244, 245 OPP), mientras que de lo contrario el tribunal posee un amplio marco de apreciación, sólo limitado por el § 244 II (obligación de esclarecimiento de los hechos). Conforme a ello, cabe distinguir en la petición de prueba, si se trata de medios *presentes* o *no-presentes*. Además, el rechazo de medios de prueba presentes es más difícil que el de los no presentes (§§ 245 II versus 244 III-VI) [cf. *Roxin*, nota 26, pp. 324 y ss. con mas referencias; recientemente *Perron*, nota 25, pp. 131 y ss., 179 y ss.].

anteriores, es en principio inadmisibles (§ 250 frase 2, excepciones §§ 251, 253-256) <sup>61</sup>. De acuerdo con el principio de la libre apreciación de la prueba la sentencia se basa en la libre convicción judicial recogida en esencia en la vista de la causa (§ 261), es decir, el tribunal no está sujeto a reglas legales de prueba <sup>62</sup>, sino solamente a determinadas reglas de experiencia y raciocinio <sup>63</sup>. Finalmente rige el principio «in dubio pro reo» en relación a la culpa y pena. Según él, el acusado debe ser absuelto, si el tribunal no está convencido de su culpa, es decir quedan dudas residuales (§ 261 e contrario). En consecuencia a la fiscalía y al tribunal les incumbe la carga de la prueba <sup>64</sup>.

Además de estos principios de prueba, rigen también los principios de *oralidad* –solamente el material procesal aportado oralmente es fundamento de la sentencia– y el de la *publicidad* (§ 169 de la Ley Orgánica de Tribunales-Gerichtsverfassungsgesetz-GVG) <sup>65</sup>.

En la *proclamación de la sentencia* solamente se lee la parte dispositiva, se fundamenta la sentencia oralmente (§§ 260 I, 263, 268) y se instruye al acusado sobre sus recursos (§ 35a). La sentencia indefectiblemente debe estar redactada por escrito dentro de cinco semanas y añadirse al expediente (§ 275). A petición debe expedirse una copia al interesado (§ 35 I 2) <sup>66</sup>.

Como *recursos* contra las sentencias de los *Tribunales Municipales* (AG) corresponden *inmediatamente* la apelación (§§ 312 y ss.) o casación «per saltum» (§ 335) y *mediatamente* la casación (contra la sentencia de apelación del Tribunal Provincial-LG, § 333); contra las sentencias del LG solamente la casación (§§ 333 y ss.) <sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> Con mayores detalles *Roxin*, nota 26, pp. 334 y ss.

<sup>62</sup> Detalladam. *Roxin*, nota 26, pp. 90 y ss.

<sup>63</sup> Excepciones: § 190 CP, 274 OPP y 51 I Ley Federal del Registro Central.

<sup>64</sup> Detalladam. *Roxin*, nota 26, pp. 97 y ss.

<sup>65</sup> Detalladam. *Roxin*, nota 26, pp. 100 y ss.; 335, 345 y ss. Para el en general vigente principio de *aceleración* resp. *concentración* (compár. por ejemplo los ya notados §§ 163 II 1 y 228 y sig.) *ibid.*, pp. 101 y ss.

<sup>66</sup> La copia debe expedirse de inmediato, la pretensión no debe hacerse valer de inmediato (*Maul*, en: *Karlsruher Kommentar* (KK), OPP, 3A. Ed. 1993, § 35, nm. 9 y sig.). Ello explica la práctica usual de otorgarle automáticamente la copia al afectado.

<sup>67</sup> En el caso la *Pequeña Sala Penal* del Tribunal Estatal (LG) es instancia de apelación y la *Gran Sala Penal* primera instancia (§§ 76, 74 GVG). Compár. detalladam. *Roxin*, nota 26, pp. 25 y ss.



### 3 EL PROCEDIMIENTO NORMAL EN LOS PROYECTOS DE REFORMA SUDAMERICANOS

Los Proyectos de Chile, Bolivia y Venezuela inician –conforme a una tendencia observable en general en el Continente <sup>68</sup>– la transformación del tradicional procedimiento inquisitivo escrito al proceso oral acusatorio. En este punto hay una preferencia por el modelo de procedimiento instructorio en vez del contradictorio. Ello se debe a que el Proyecto Modelo de 1988 <sup>69</sup>, influyente en el proceso de reforma en Latinoamérica, está decididamente orientado hacia las ordenanzas procesales continental-europeas <sup>70</sup>. También es cierto que existen notables diferencias en la configuración de sus contenidos concretos y en la calidad de los Proyectos que actualmente se encuentran en discusión. En lo que se refiere a los Proyectos que se analizarán a continuación, se puede constatar que los Proyectos *chileno* y *venezolano* se inclinan más bien hacia el modelo del procedimiento instructorio, mientras que el *boliviano* en todo caso al mixto, si no incluso al modelo contradictorio. Cualitativamente, en especial técnico-legislativamente, el Proyecto chileno resulta el más maduro, pero también el Proyecto boliviano constituye un esfuerzo impresionante, mientras que el Proyecto venezolano en su actual redacción difícilmente será realizable en la práctica.

#### a) Chile

El Proyecto chileno publicado por primera vez en 1995, presentado a la Cámara de Diputados del Congreso en junio del mismo año y aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a

---

<sup>68</sup> Compár. a modo de visión conjunta: *Ambos*, Rechtsberatung in Lateinamerika als Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, ZStW 108 (1996), pp. 445-456, 446 y ss.

<sup>69</sup> Compár. ya en nota 51.

<sup>70</sup> Junto a las CPP de Francia, Italia y España en especial la OPP alemana. Punto de partida de los trabajos para el Proyecto modelo empero fue el CPP de la provincia argentina de Córdoba (compár. *Llobet*, nota 12, pp. 15 y ss.).

medianos de 1996 <sup>71</sup>, se apoya notablemente en el Proyecto Modelo Iberoamericano, como en la OPP alemana y los CPP italiano <sup>72</sup> y latinoamericanos más recientes (Argentina <sup>73</sup>, El Salvador). El Proyecto, de 534 artículos, distingue entre un procedimiento ordinario (Libro Segundo, arts. 240-391), que básicamente rige para todos los delitos de acción pública, y procedimientos especiales (Libro Cuarto, arts. 445-534 <sup>74</sup>). El *procedimiento ordinario* consiste en una etapa de instrucción, un procedimiento intermedio (ahora llamado «preparación del juicio oral») y el juicio oral con vista oral de la causa como pieza esencial.

En la *etapa de instrucción* (arts. 240-328) se distingue entre una instrucción preliminar (arts. 240 y ss.) y una instrucción formalizada (arts. 303 y ss.). En principio, el MinPubl es el dueño de la *etapa de instrucción*; sin embargo, está subordinado a un estricto control judicial en cuanto a resoluciones definitivas con carácter de archivo o sobreseimiento (más detallado infra). El MinPubl tiene el deber de perseguir todos los delitos de acción pública que han llegado a su conocimiento, con auxilio de la policía (*principio de legalidad*). Especial importancia se asigna a la minuciosa regulación de la coordinación de la función policial para su control por el MinPubl.

En la *instrucción preliminar* el MinPubl puede *archivar* provisionalmente investigaciones (art. 241) o *abstenerse* de toda investigación (art. 242); contra ello la víctima puede provocar la intervención

---

<sup>71</sup> Versión anterior: Proyecto de Ley de un nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP), Santiago, 9.6.1995; *después* (base del presente análisis): Cámara de Diputados, Proyecto de Ley «Código de Derecho Procesal Penal», Anexo Boletín N.º 1.630-07-1, agosto 1996 (ambos archivo del autor). Para el todavía vigente procedimiento chileno, compár. por ejemplo Vargas/Correa, Diagnóstico del sistema judicial chileno, Santiago (Centro de Desarrollo Jurídico Judicial/Corporación de Promoción Universitaria) 1995, pp. 27 y ss.

<sup>72</sup> Para el desarrollo del procedimiento italiano compár. Hein, Landesbericht Italien, en: Perron, nota 12, pp. 149-193, 156 y ss.

<sup>73</sup> Para el «Código Procesal Penal de la Nación» argentino de 1991 compár. Gropengiesser, ZStW 105 (1993) pp. 169-203; en español en Nuevo Foro Penal (Medellín), N.º 58 (oct.-dic. 1992) pp. 473-500.

<sup>74</sup> Entre ellos –cronológicamente– procedimientos para los casos siguientes: faltas, acciones privadas, *procedimientos abreviados* [además infra II 2 a)], procedimientos para imputados constitucionalmente privilegiados(!), procedimientos penales contra jueces y fiscales, extradición, medidas de seguridad. Además el libro 4º contiene prescripciones para la ejecución (Título VIII).

del juez de control de la instrucción que puede instruir al MinPubl para seguir adelante la investigación (art. 243). Además, el MinPubl puede, como regla general, con base al principio de oportunidad, no iniciar o abandonar la persecución penal si se trata de un delito que, por su «insignificancia», no compromete el interés público (*principio de la absoluta insignificancia o bagatela*); sin embargo, el juez de control puede dejar sin efecto esta decisión –sobre todo por intervención de la víctima– y obligar al fiscal a continuar con la persecución penal (art. 244). El MinPubl posee una facultad autónoma de archivar el proceso solamente en el caso de inexistencia de mérito suficiente para formalizar la instrucción (art. 252 inc. 3).

Con la *formalización de la instrucción*, que parece un tipo de acusación preliminar, se comunica al imputado el hecho de encontrarse actualmente desarrollando una investigación en su contra (art. 303) <sup>75</sup>. El MinPubl pierde la –ya limitada– facultad de archivar provisionalmente el procedimiento [art. 308 c)]. Basándose en la declaración del o de los imputados, en una audiencia especial el MinPubl deberá expresar si quiere formalizar la instrucción o no (art. 306), o bien inmediatamente pasar al juicio oral (art. 310). Además, el MinPubl puede solicitar la *suspensión condicional* del procedimiento al juez de control, que decide oyendo a la víctima y al querellante y fija el respectivo plazo; transcurrido el mismo, la acción penal se extingue (art. 311). La acción penal se extingue también si el juez de control aprueba *acuerdos reparatorios* entre autor y víctima, básicamente con respecto a delitos patrimoniales (art. 315). Después de la formalización de la instrucción el MinPubl debe cerrar la investigación dentro de los *dos años* siguientes (art. 317), y dentro de los diez días después del cierre debe solicitar el *sobreseimiento* definitivo o temporal al juez de control [total o parcial, arts. 318 a), 320 y ss.] o formular *acusación* [art. 318 b)]. El juez de control puede forzar la acusación cuando el querellante lo solicita y existe suficiente fundamento para ello (art. 328).

Las diferencias fundamentales respecto de la OPP consisten en que, por un lado, las facultades del MinPubl están severamente limitadas por el control judicial y, por otro lado, se le concede a la víctima una posición procesal relativamente fuerte. Con la primera actuación de investigación dirigida contra el *imputado*, éste adquiere el derecho de participación e información (acceso a las actas de

---

<sup>75</sup> Esto parece relativamente tarde; sin embargo, cualquier persona afectada por una investigación puede pedir al juez de control que le ordene informar acerca de los hechos objeto de la investigación antes de la formalización de la instrucción (Art. 266).

investigación), así como el de defensa (arts. 6 y 7, 107 y ss.); sin embargo, queda la posibilidad de declarar secretas ciertas investigaciones (art. 262) y surge la pregunta de si el imputado realmente se puede defender antes de la formalización de la instrucción (cuando no conoce de la investigación, argumento a contrario del art. 303).

Con la acusación (art. 329) el proceso pasa a un *procedimiento intermedio* (arts. 329-345 <sup>76</sup>). Dueño de esta fase es el ya nombrado juez de control de la instrucción. Él dirige la oral e inmediata «audiencia de preparación del juicio oral» (art. 335) que debe tener lugar dentro de 20 a 30 días después de la notificación de las partes (dentro de 24 horas, art. 330). Con ello se decide, en especial, sobre las excepciones de previo y especial pronunciamiento (arts. 334, 338 y 339). Se cierra esta fase con el «auto de apertura de juicio oral» (art. 341). Por consiguiente, la finalidad del procedimiento intermedio es más bien la preparación del procedimiento principal y de las pruebas (compárese art. 345), que un control de la acusación, ya que de otro modo el juez parece que no puede rechazar la apertura.

Pieza esencial del *procedimiento principal* (arts. 346-391) es la *audiencia oral* (arts. 360 y ss.), que es regida por los siguientes *principios procesales* (arts. 347 y ss.): presencia ininterrumpida del juez y fiscal; presencia del acusado y su defensor; publicidad; continuidad y concentración; implícitamente, inmediación (arts. 378, 364 <sup>77</sup>); in dubio pro reo y libre apreciación de la prueba (art. 380). La conducción de la audiencia incumbe al juez (arts. 354 y ss.). Su *desarrollo* se parece mucho al de la OPP: comprobación de presencia; instrucción al acusado; lectura de la resolución de apertura; lectura de la acusación por el MinPubl; declaraciones de otros partícipes del proceso (querellante y actor civil); toma de posición del acusado y su defensor; recepción de las pruebas; alegatos finales; deliberación; lectura de la sentencia. Contra las sentencias del tribunal colegiado, integrado por tres jueces profesionales en principio se admite la *casación* (arts. 415 y ss.); sin embargo, en casos excepcionales se admite un «recurso extraordinario» (art. 409). La *apelación* se interpone solamente contra las resoluciones del juez de control (arts. 398

---

<sup>76</sup> El cambio de nombre («preparación del juicio oral» en vez de «procedimiento intermedio») introducida por la Cámara de Diputados lleva a una confusión entre el procedimiento intermedio y la preparación del juicio oral dentro del procedimiento principal (Art. 346 y ss.).

<sup>77</sup> Según esta norma testigos y peritos «deben ser interrogados personalmente durante la audiencia». Como excepciones del principio de inmediación obsérvese especialmente art. 367 y ss. del Proyecto.

y ss., esp. 404). Así, en principio, se trata de un sistema de *única instancia* <sup>78</sup>.

## b) Bolivia

El primer Proyecto boliviano de 1995 <sup>79</sup> fue revisado por una Comisión <sup>80</sup> y presentado al Congreso a finales de 1996 <sup>81</sup>. Se compone de dos partes, con 603 artículos <sup>82</sup>. La Primera Parte, en seis Libros, contiene prescripciones generales (arts. 1-348); la Segunda Parte, las prescripciones específicas del procedimiento (arts. 349-603). Entre ellos, se distingue el procedimiento ordinario (arts. 349-478), los procedimientos especiales (arts. 479-544) <sup>83</sup>, los recursos (arts. 545-581) y la ejecución de la pena (arts. 582-603). El *procedimiento ordinario* se divide en una etapa preparatoria del juicio y el juicio oral y público. Mientras el procedimiento *preparatorio* se apoya en gran medida en el sistema de investigación judicial <sup>84</sup>, proveniente del derecho francés, en el procedimiento *principal* predominan elementos estructurales contradictorios.

En el *procedimiento preparatorio* (arts. 349-423) el MinPubl con el auxilio de la Policía Nacional debe investigar los hechos para preparar

---

<sup>78</sup> La fundamentación para ello es que la única comprobación y evaluación de los hechos por un Tribunal colegiado integrado por tres jueces es suficiente y que una segunda instancia para los hechos (apelación) constituye una innecesaria repetición (compár. Proyecto, nota 71, versión anterior, pp. 31 y ss.).

<sup>79</sup> *República de Bolivia-Ministerio de Justicia*, AnteProyecto del Código de Procedimiento Penal, La Paz 1995 (Arch. del autor.).

<sup>80</sup> Resolución Ministerial N° 00011, La Paz, 3.4.1996.

<sup>81</sup> *República de Bolivia-Ministerio de Justicia*, Proyecto de Código de Procedimiento Penal, La Paz 1997.

<sup>82</sup> Sin contar las «disposiciones adicionales, transitorias y finales» que constituyen la parte final.

<sup>83</sup> Entre ellos –cronológicamente– procedimientos para los siguientes casos: *procedimientos abreviados* [entre ellos infra II 2 b)], investigaciones complejas, acción privada, medidas de seguridad, menores imputables, asuntos relacionados con las comunidades indígenas, procedimientos contra imputados privilegiados, indemnización de daños y perjuicios y habeas corpus.

<sup>84</sup> Compár. Barth, Landesbericht Frankreich, en Perron (edit.), nota 12, pp. 90-148, 100 y ss.

el procedimiento principal (art. 349). El MinPubl instruye a la policía, la que debe comunicarle en el plazo de ocho horas el hecho delictivo del que haya tomado conocimiento (arts. 365, 370 y ss.). Ambos, –el MinPubl y la policía– están sometidos al *control del juez* de instrucción<sup>85</sup>; especialmente el MinPubl no puede diligenciar actos propiamente jurisdiccionales<sup>86</sup>, si bien los jueces tampoco pueden diligenciar medidas que hagan peligrar su imparcialidad (art. 352, *principio acusatorio*). Con base al resultado de la investigación policial, el fiscal –conforme al art. 379– tiene diversas posibilidades: puede iniciar la instrucción formal por medio del denominado «auto inicial de la instrucción» (N.º 1)<sup>87</sup>, ordenar otras investigaciones (N.º 2), aplicar otra modalidad del procedimiento («suspensión condicional del proceso», «procedimiento abreviado» o «conciliación» N.º 4) o –ya en este estadio del procedimiento– suspenderlo (N.º 3 y 5: «oportunidad», «desestimación» o «archivo»). Mientras el fiscal puede tomar por sí mismo las medidas necesarias conforme art. 379 N.ºs 1 y 2 –en lo cual el «auto inicial» conceptualmente corresponde a una acusación (art. 390)– en los casos de los N.ºs 3-5 debe formular una petición al juez de instrucción (arts. 385-388, art. 389 en coordinación con los arts. 479, 390); sólo cuando es desconocido el autor o no hay sospecha suficiente de delito, puede sobreseer por sí (art. 391)<sup>88</sup>. En contra de ello a las partes les corresponde la queja judicial (art. 392)<sup>89</sup>. De la sistemática de este Título se infiere que la investigación específica del fiscal comienza inmediatamente con las posibilidades decisorias prescritas en el art. 379. Hasta dicho instante sólo tienen lugar meras actuaciones preparatorias («actos iniciales»-policiales)<sup>90</sup>. La

<sup>85</sup> La competencia del «juez de instrucción» en la etapa preparatoria resulta de las prescripciones generales, aquí art. 59 N.º 1.

<sup>86</sup> Este concepto requiere por cierto de aclaración más precisa, la que –por lo visto– no se encuentra en el Proyecto.

<sup>87</sup> El «auto inicial de la instrucción» del artículo 387 Nr. 1 del Proyecto inicial fue eliminado con razón pues corresponde a la acusación (cf. Art. 390 antiguo y 382 nuevo).

<sup>88</sup> La posibilidad de archivo si no hay sospecha suficiente de delito (según art. 399 del Proyecto inicial) fue eliminada. El art. 358 inc. III del Proyecto de 1995 por el que el fiscal desistirá de la acusación «cuando no encuentre fundamento para ello» o cuando «los elementos que haya recogido no sean suficientes para lograr una condena» también fue eliminado.

<sup>89</sup> El fiscal superior decide sobre la oposición. Si confirma el archivo, el juez tiene que decretarlo. Contra esta decisión el querellante o el ofendido pueden –otra vez– apelar (apelación, art. 392 inc. 3).

<sup>90</sup> Para esa interpretación es decisivo, que el Cap. II de dicho título dice «actos iniciales» y el Cap. III, que contiene como primera prescripción el art. 379

investigación fiscal misma está limitada a seis meses (art. 393), con excepción de los procedimientos en caso de causas complejas. A su término el fiscal formula *acusación* en tanto exista «fundamento serio» para una condena pública; si no solicita al juez de instrucción otra modalidad de procedimiento o el sobreseimiento <sup>91</sup> (art. 415). En ese caso tiene lugar una *audiencia conclusiva*, en la que se discuten con las partes diversas posibilidades de conclusión del procedimiento (arts. 416 y ss.). El juez de instrucción *sobresee* el procedimiento –tras un complicado procedimiento (art. 420)– cuando ostensiblemente no existe delito o el imputado no ha tomado parte en él, y el estado de la prueba en ningún caso puede fundar una acusación (art. 421). Con la primera actuación investigadora, dirigida directamente contra el imputado, éste tiene derecho a asistencia letrada (arts. 11, 12, 118, 128 y ss.) y derecho de participación, así como acceso a las actas de investigación (arts. 5, 121, 126). Como en el Proyecto chileno, la investigación puede ser mantenida secreta durante diez días (art. 396).

El *procedimiento principal* (arts. 424-478) es la parte esencial de todo el procedimiento penal (art. 424) y está regido por los principios de oralidad, intermediación, publicidad, continuidad (arts. 424 y ss.) e in dubio pro reo (cf. art. 471 <sup>92</sup>). La *orientación contradictoria o adversativa* (art. 424) tiene su manifestación concreta en especial en las prescripciones sobre la recepción de la prueba (más detalladamente *infra*). El procedimiento también tiene *manifestaciones instructorias* (en especial art. 437 <sup>93</sup>), de manera que en el sentido de la arriba apuntada diferenciación <sup>94</sup> se puede hablar de un *proceso acusatorio mixto*. La *audiencia* oral y pública constituye la pieza esencial del procedimiento principal. Podrá dividirse en dos etapas, en el sentido de la *interlocutoria angloamericana* sobre la culpa, de manera que en primer lugar se decide sobre el interrogante de la culpa y después –en tanto el acusado es considerado culpable– sobre la medida de la pena (arts. 439 y ss.) <sup>95</sup>. La audiencia es

---

«inicio de la instrucción fiscal». Por cierto, los conceptos «instrucción» e «investigación» se utilizan como sinónimos (compár. por ejemplo el título del Cap. IV, art. 393 y art. 415).

<sup>91</sup> Dicha posibilidad ya está prevista, como mencionamos, después de la investigación policial (art. 379).

<sup>92</sup> El art. 471 exige la «certeza absoluta» de la culpa del acusado e implica con ello, que en caso de duda debe pronunciarse la absolución.

<sup>93</sup> Según ello, el presidente conduce la vista de la causa.

<sup>94</sup> Compár. supra I. 1.

<sup>95</sup> Además se distingue entre una separación formal e informal (art. 455 vs. 458 del Proyecto inicial).

preparada en todo caso sobre la base a la acusación<sup>96</sup> (del fiscal o del facultado a peticionar la pena, arts. 442 y ss., 445) y se *desarrolla* de la siguiente manera (arts. 449 y ss.): comprobación de la asistencia, toma del juramento de jurados, instrucción al imputado, lectura y fundamentación de la acusación,<sup>97</sup> explicación de las alegaciones de la defensa, indagación del imputado en la causa<sup>98</sup>, recepción de la prueba (arts. 455 y ss.) y discusión final (art. 463). En la *recepción de la prueba* el presidente determina el orden de los medios de prueba relevantes (art. 455) e interroga a los testigos sobre sus datos personales (art. 458); sin embargo, el interrogatorio de los testigos (y peritos) sobre la causa corresponde a las partes (arts. 456 inc. 1, 458 inc. 2)<sup>99</sup> y el presidente solamente «modera» (art. 458 inc. 3). En lo demás, la reunión y presentación de las pruebas incumbe a las partes (arts. 442 inc. 1, 446 inc. 1); el tribunal, excepcionalmente, puede ordenar pruebas adicionales, pero debe cuidar de no sustituir en ello la actividad (probatoria) de las partes (art. 462). Aquí se impone el *principio estructural contradictorio* frente a un sólo limitado deber judicial de esclarecimiento<sup>100</sup>. En la *discusión final* el fiscal, el facultado a peticionar y el defensor fundan, con respectivas posibilidades de réplica, sus peticiones finales, y al defensor corresponde la última palabra (art. 463). Luego debe darse a la víctima y al imputado la –realmente– última palabra (art. 463 in fine)<sup>101</sup>. Sigue entonces la deliberación y votación (secretas, arts. 464 y ss.) en la que ya debe redactarse la sentencia y a continuación dársele lectura

<sup>96</sup> En ello la acusación tiene una negativa función limitativa en el sentido de §§ 155, 264 OPP alemana con la consecuencia, que en casos de modificaciones o ampliaciones, debe darse al acusado suficiente oportunidad de defensa –eventualmente la «suspensión» de la audiencia– (art. 453, 468).

<sup>97</sup> Y el auto de apertura a juicio, art. 449 II, que debe dictar el tribunal en base a la acusación (art. 445) Esta resolución no implica un control judicial previo, sino más bien parece ser de exclusiva naturaleza declarativa. Ella requiere de aclaración más precisa.

<sup>98</sup> Bajo instrucción judicial sobre su derecho a guardar silencio, pero en el siguiente orden: fiscal, querellante, defensor, juez (art. 451).

<sup>99</sup> De la misma manera en la declaración del imputado (nota 89).

<sup>100</sup> El deber de aclaración en todo caso aún encuentra eco en la palabra «esclarecidos» (art. 462).

<sup>101</sup> La norma es innecesariamente complicada y ambigua. Dicho debate final con sus posibilidades de réplica va a conducir a innecesarias dilaciones (¡si bien se ordena que ello debe ser evitado!). La utilización del concepto «última palabra» en relación al defensor proporciona innecesario desconcierto.



(art. 467) <sup>102</sup>. Contra la sentencia, las partes solamente podrán interponer la *casación* (arts. 561 y ss. en relación al 475).

Finalmente, vale la pena mencionar que el Proyecto prevé en caso de investigaciones complejas (cf. Art. 482) un procedimiento especial que contempla plazos más extensos y una causa adicional de detención (arts. 482-489).

### c) Venezuela

El Proyecto de ley venezolano, de julio de 1996 <sup>103</sup>, se basa en un Proyecto de más de veinte años de antigüedad, que se apoya en gran medida en el Proyecto italiano de Carnelutti (1963). Sin embargo, en el ínterin, fue totalmente revisado y adaptado básicamente a la estructura del procedimiento alemán <sup>104</sup>. Por cierto, el Proyecto en la versión analizada realiza de forma incompleta la transición del proceso inquisitivo escrito al proceso acusatorio oral; está plagado de numerosas prescripciones del aún vigente procedimiento (escrito) y de demasiadas excepciones a los principios del procedimiento oral acusatorio <sup>105</sup>. El

---

<sup>102</sup> Excepcionalmente –en casos complicados u hora avanzada– los fundamentos pueden ser proclamados *oralmente* en forma sintética (art. 467 III). Este deber de deposición inmediata de la sentencia implica una pobre calidad de los fundamentos de la sentencia desde el punto de vista fáctico y jurídico (compár. también el «pobre» art. 466).

<sup>103</sup> *Congreso de la República de Venezuela Comisión Legislativa*, Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal, Caracas, versión del 23.7.1996 (archivo del autor).

<sup>104</sup> Lo que fundamentalmente puede atribuirse a un viaje de estudios de políticos y juristas venezolanos a la RFA a mediados de 1995 financiada por el *Ministerio para Cooperación Económica y Desarrollo* en el marco de la cooperación con Venezuela. Los juristas se detuvieron aproximadamente dos semanas en el *Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional*. En este contexto el compromiso incansable del Programa de Estado de Derecho de la *Fundación Konrad Adenauer* (Ciedla, Buenos Aires) merece loable mención.

<sup>105</sup> Compár., más detalladamente, *Struensee/Ambos* (en colaboración con *Binder/Riego/Vargas/Görtz-Leible*), Primer Comentario al Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal (versión del 25/3/1996), Eschborn (GTZ/KAS) junio 1996; (más crítico todavía *Maier*, Dictamen acerca del Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela, Buenos Aires, 11.6.1996 (archivo del autor). Sin embargo, su revisión reciente parece resultar en un mejoramiento sustancial (proyecto del 23/7/1996).

Proyecto –que en total abarca 487 artículos– se compone de principios generales (arts. 1-20), prescripciones generales (Libro Primero, arts. 21-183), un procedimiento ordinario (Libro Segundo, arts. 184-423) y procedimientos especiales (Libro Tercero, arts. 424-487 <sup>106</sup>). El *procedimiento ordinario* se divide en investigación preliminar, procedimiento intermedio y juicio.

La *investigación preliminar* (arts. 184-263) es dirigida por el MinPubl (arts. 73 y ss.), que con el auxilio de la a él asignada (funcionalmente) policía (Policía de Investigaciones Penales, arts. 80 y ss.) debe investigar los hechos (en especial arts. 192 y ss.). Al final de las investigaciones el MinPubl «propone» al tribunal competente el procesamiento del imputado <sup>107</sup> (arts. 232 y ss.) o se abstiene de formular la llamada *instancia* (arts. 236, 237). Con ello, el *proceso penal propiamente dicho* comienza con la «instancia» (art. 232 frase I). En hechos penados con una pena privativa de libertad de hasta seis años «en su término máximo», el MinPubl puede –oído el ofendido y previo acuerdo del imputado y del tribunal– prescindir del ejercicio de la acción penal, siempre que se trate de un delito de poca gravedad por sus efectos y el imputado indemnice el daño (arts. 253 y ss.). Aquí aparece –formulado cautelosamente– el principio de *oportunidad*. En lo demás, ya se pone de manifiesto, que la separación –fundamental para el principio acusatorio– entre las funciones fiscales y judiciales no está regulada con suficiente claridad; da la impresión de que los autores del Proyecto no quisieron decidirse, finalmente, por dejar en manos del MinPubl el procedimiento instructorio, inclusive su conclusión. El *imputado* tiene el derecho de defensa (art. 11), pero no se indica claramente a partir de qué momento (problema de la posición como sujeto procesal, art. 85) ni cuáles son sus derechos de participación y acceso a las actas <sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> También comprende –cronológicamente– procedimientos para los siguientes casos: acción privada, detención in fraganti [también más detalladamente bajo II. c)], inculpados constitucionalmente privilegiados, extradición, ausencia del imputado, evasión de detenidos como faltas y delitos similares [para ello más detalladamente bajo II 2.c)].

<sup>107</sup> Art. 232: «...propondrá ... ante el tribunal competente para resolver el procesamiento del imputado».

<sup>108</sup> El art. 114 prevé un acceso a las actas para terceros únicamente después de la apertura del procedimiento principal (anterior art. 219 inc. 2). El anterior art. 219 inc. 1 que reservó las actas para el imputado hasta la citación para el acto de la audiencia preliminar (procedimiento intermedio) se eliminó (pero véase Art. 60 N.º 1 Constitución según el cual el imputado tiene acceso a las actas sumariales desde la ejecución del auto de detención).

En el *procedimiento intermedio* (arts. 264-297) el tribunal decide (como juez individual, art. 70), en una «audiencia preliminar», sobre la solicitud de procesamiento del MinPubl. En esa «audiencia» tiene lugar una recepción relativamente amplia de prueba con presencia del imputado, del MinPubl, de la víctima y de los testigos y de otras pruebas (arts. 270-272). A su fin el juez dispone el sobreseimiento del procedimiento (arts. 273-275) o el juzgamiento («decreto de procesamiento», arts. 276-282), abriendo en consecuencia el procedimiento principal.

El *procedimiento principal* consiste en la preparación del debate (arts. 298-303) y del debate propiamente tal (arts. 304-326). A pesar de la ya celebrada «audiencia preliminar», durante el procedimiento intermedio, debe tener lugar un nuevo debate, que es dirigido por el presidente (art. 304) y que puede conducir a una nueva recepción de pruebas (arts. 300, 316 y ss.). En lo demás rigen los principios propios del *proceso instructorio acusatorio* <sup>109</sup>, los que sin embargo están regulados insuficientemente y desnaturalizados por numerosas excepciones. El procedimiento principal finaliza con las peticiones finales del MinPubl, de las «demás partes», de la defensa, así como de la última palabra del defensor y del imputado (art. 326). Tras la deliberación (art. 327) se lee la parte dispositiva de la sentencia y se la funda oralmente (arts. 329 y 330); la sentencia íntegra debe estar redactada en diez días (art. 331 en relación con el 329 inc. 3). Contra la sentencia cabe la *apelación* (art. 333 y ss. en relación con el 332); y respecto de la sentencia de alzada, en determinados casos, la *casación* (arts. 355 y ss. en relación con el art. 337 N.º 5).

## II. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

### I. ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA

#### a) Procedimiento por mandato penal.

##### a') Desarrollo

La *fiscalía* formula la *petición escrita* para el libramiento de un mandato penal en el juzgado de primera instancia (*Amtsgericht*-

---

<sup>109</sup> Compár. ya bajo I. 2.

AG) <sup>110</sup> cuando se dan los presupuestos para promover la acción pública (§ 170 I <sup>111</sup>), no se considere necesaria la celebración de la vista de la causa (§ 407 I frase 2) <sup>112</sup> y el hecho que se persigue constituye un delito leve de competencia del AG (§ 407 I en relación a los §§ 24 y ss. de la Ley Orgánica de Tribunales-GVG). La petición equivale a la acusación (§ 407 I frase 4) y debe estar dirigida a determinadas consecuencias jurídicas (§ 407 I frase 3; II) <sup>113</sup>.

En base a la ampliación de la potestad punitiva del juez penal del AG hasta dos años (§ 25 I N° 2 GVG) y de la limitación de las consecuencias jurídicas en el § 407 II <sup>114</sup>, prácticamente sólo aquél –no el tribunal de escabinos del AG <sup>115</sup>– es competente para el libramiento de un mandato penal <sup>116</sup>. El juez penal tiene –sin previa audiencia del imputado (§ 407 III)– tres *posibilidades* resolutivas:

— *Rechazar* el mandato penal por falta de sospecha suficiente (§ 408 II frase 2); en su contra el fiscal y eventualmente el demandante accesorio (§§ 400 II, 396 I 2) pueden interponer la queja inmediata (§§ 408 II 2 en rel. con 210 II) <sup>117</sup>.

---

<sup>110</sup> Un mandato penal no puede ser dictado contra un menor de 14-17 años (*Jugendlicher* según § 1 II JGG) ni contra un menor adulto de 18-20 años (*Heranwachsender*), si es de aplicación el derecho penal de menores (§ 109 en rel. con § 105 y § 79 JGG). Nota del Trad.: Las expresiones «Jugendliche» y «Heranwachsende» se traduce por «menores» y «menores adultos» (conforme a *Elbert*, Ley Judicial Juvenil Anotada de la República Federal de Alemania, Buenos Aires 1982; como abreviatura de dicha ley se suele utilizar *JGG*).

<sup>111</sup> Todos los §§ sin indicación en esta parte lo son de la OPP alemana.

<sup>112</sup> Ello va ser el caso generalmente –de *situación probatoria simple*–, en base a una confesión del imputado *unívoca*, cuando la *medición de la pena* no ofrece problemas, de manera que se puede fallar solamente en base a las actuaciones policiales *escritas*. En este caso el fiscal *tiene que* formular la petición (GÖSSEL, en: L/R, 24ª. Ed. 1989, § 407 nm. 45; FEZER, nota 23, p.17).

<sup>113</sup> Por mandato penal, en principio, pueden fijarse penas pecuniarias y otras consecuencias jurídicas, sin privación de libertad (§ 407 II 1). La ya apuntada Ley de Descargo de la Justicia introdujo sin embargo la modalidad de fijar una condena privativa de libertad de ejecución condicional de *hasta un año*, en tanto el imputado tenga un *defensor* (§ 407 II frase 2).

<sup>114</sup> Compár. nota 113.

<sup>115</sup> Sobre la composición del AG-Tribunal de Escabinos ver *supra* nota.

<sup>116</sup> Compár *K/M-G*, nota 34, § 408, nm. 5.

<sup>117</sup> Se discute si el Tribunal de Queja (el LG conforme § 73 I GVG) cuando considera improcedente el rechazo, puede *ordenar* al juez que dicte el mandato

— *Llama a la vista de la causa*, cuando –en contra de la fiscalía– la considera necesaria <sup>118</sup>, quiere apartarse de la calificación jurídica de la petición del mandato penal o quiere fijar otra consecuencia jurídica porque la fiscalía insiste en su petición (§ 408 III 2) <sup>119</sup>. No es necesaria una resolución especial de apertura; al acusado (por ello) sólo se le da a conocer, con la notificación, una copia de la petición del mandato penal –que vale como acusación– sin la consecuencia jurídica. (§ 408 III 3).

— *Debe librar el mandato penal* si no existen inconvenientes (§ 408 II 1). En este caso debe responder al mandato penal (§ 408 a II 1 en rel. § 408 III 1) solicitado en la vista de la causa de acuerdo al § 408 a I en rel. con § 407 I S. 1 y 2 <sup>120</sup>.

En el último caso el mandato penal le es notificado al acusado y éste puede *objectarlo* en el juzgado que lo libró *dentro de dos semanas* (§ 410 I). Sobre la posibilidad de objeción debe informarse en el mandato penal (§ 409 I N.º 7) <sup>121</sup>. La objeción puede *limitarse* a determinados puntos de queja, por ejemplo a las consecuencias jurídicas (§ 410 II). Si la objeción no es interpuesta a tiempo <sup>122</sup>, el mandato penal queda firme y equivale a una sentencia firme (§ 410 III) <sup>123</sup>. La objeción presentada tardíamente o en forma inadmisibile es rechazada por

---

penal o fije la vista de la causa o si más bien lo debe *dejar a criterio del mismo* (para ello quizá la opinión predom. compár. *K/M-G*, nota 34, § 408, nm. 9). En todo caso no se discute que el Tribunal de Queja frente al § 309 II *no* puede dictar *por sí* el mandato penal, ya que para ello conforme al § 407 I *solamente* es competente el AG (ahí mismo; compár. también *Roxin*, nota 26, p. 471).

<sup>118</sup> Con ese alcance rige fundamentalmente lo expuesto en nota 112.

<sup>119</sup> Detrás de la necesaria *coincidencia de fiscal y juez* se encuentra la idea de que un mandato judicial solamente puede ser dictado cuando el fiscal y el juez están de acuerdo, para reducir el peligro de decisiones erróneas (*Roxin*, nota 26, p. 24).

<sup>120</sup> Crítica respecto de esa modalidad atípica del procedimiento introducida en 1987: *Fezer*, nota 23, pp. 18 y sg.; *Schellenberg*, *Zur Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsweg*, *NSStZ* 1994, pp. 570-572.

<sup>121</sup> En lo demás el mandato penal contiene referencias sobre la persona del acusado, el nombre del defensor, hecho, lugar y tiempo de comisión, prescripciones legales aplicables, medios de prueba y consecuencias legales fijadas (§ 409).

<sup>122</sup> En una apelación parcial (§ 410 II) la parte no apelada adquiere fuerza de cosa juzgada (parcial) (*Fischer*, en *KK*, nota 66, § 410, nm.16).

<sup>123</sup> Entonces y en contra solamente es posible la *revisión* (§§ 373 a II en rel. con 359 y ss.), que por cierto es admisible en perjuicio del condenado por mandato penal en caso de nuevas pruebas o hechos, que podrían fundar la condena por un *crimen/delito grave* (§ 373 a I).

resolución (§ 411 I 1); con la fuerza de cosa juzgada de esa decisión negativa el mandato judicial también adquiere dicha fuerza <sup>124</sup>. Si la objeción se interpone *a tiempo* tiene lugar una *audiencia* (§ 411 I 2). Para ello rigen –además de las generales– las siguientes reglas especiales:

— Por un lado el acusado se puede hacer representar por un defensor provisto de poder escrito (§ 411 II 1).

— Por otro lado la objeción puede rechazarse sin audiencia cuando el acusado no comparece ni se hace representar válidamente y su ausencia no es justificada (§ 412 en rel. con 329).

— Rigen para el procedimiento abreviado las simplificaciones introducidas en la recepción de la prueba por la ley contra la delincuencia de 1994 <sup>125</sup> (§§ 411 II 2 en rel. con 420, además infra en b).

Por lo demás, en principio, se puede desistir de la «acusación» –como consecuencia de la petición por mandato penal– y de la objeción, hasta la proclamación de la sentencia (§ 411 III 1) <sup>126</sup>. Al fallar el juez no está sujeto a la condena contenida en el mandato penal, *en tanto* se haya interpuesto objeción (§ 411 IV). En consecuencia si se interpuso objeción *sin limitaciones* –en relación a la expresión sobre la culpabilidad y consecuencias jurídicas– el juez decide con total

<sup>124</sup> La decisión desestimatoria adquiere fuerza de cosa juzgada si no se interpone la queja inmediata dentro de una semana (§ 411 I frase 1 media frase 2. en rel. con § 311).

<sup>125</sup> Compár. ya nota 19.

<sup>126</sup> En ello por cierto se requiere una *adaptación al procedimiento normal*. Ahí la acusación (*fiscal*) solamente puede ser retirada hasta la decisión (*judicial*) de apertura (§ 156). Pero si el dictado del mandato penal como consentimiento *judicial* a la petición *fiscal* corresponde estructuralmente a la resolución de apertura, entonces la «acusación» en el sentido del b 411 III 1 (es decir la petición del mandato penal) puede ser retirada *al inicio* solamente hasta el dictado del mandato penal; esta posibilidad de retirarla, sin embargo, *renace* con una admisible objeción (opinión dominante: Gössel, nota 112, § 411, nm. 37; Fischer, nota 122, § 411, nm. 19; en contra OLG Karlsruhe NStZ 91, 602). De esta adaptación estructural al procedimiento normal resulta también, que no se puede retirar la acusación si la petición del mandato penal se formula *después* de la apertura del procedimiento principal (especialmente en la vista de la causa) (§ 411 III 3 en rel. con § 408a); ya que entonces el instante fijado en el § 156 (resolución de apertura) ya transcurrió. En lo demás, el retiro después del comienzo de la vista de la causa sólo es posible con el consentimiento del acusado (§ 411 III en rel. con § 303 frase 1; K/M-G, nota 34, § 411, nm.8).

independencia del mandato penal <sup>127</sup> solamente en base a la vista de la causa (§ 261). Si por ejemplo la objeción está *limitada* –a la expresión de las consecuencias jurídicas– el juez está sujeto en tal medida y debe basar su sentencia sobre la parte no apelada aquí la expresión sobre la culpabilidad. La prohibición de la «reformatio in peius» (§§ 331, 358 II) no rige, es decir el juez puede reformar sustancial y discrecionalmente la expresión de culpabilidad y de las consecuencias jurídicas <sup>128</sup>. Contra la sentencia tienen aplicación los *recursos* generales contra las sentencias de los jueces de primera instancia <sup>129</sup>.

*b') Importancia práctica*

El procedimiento por mandato judicial se adscribe a «la pequeña y mediana criminalidad», a la llamada «criminalidad de bagatela» <sup>130</sup>. Concretamente se trata de los siguientes delitos y grupos delictivos: simples lesiones (§ 223 del Código Penal = CP), delitos de tránsito (§§ 315c, 316 CP), coacción (§ 240), simples delitos patrimoniales contra la propiedad (§§ 242, 246, 263 CP). El análisis de *Dessecker/Geisler-Frank* revela, que el procedimiento por mandato penal tiene diversa aplicación en las diferentes regiones (*Gebauer* 1987; *Hergenröder* 1986), que el tribunal sigue casi siempre a la petición fiscal (*Heinz* 1987, *Blankenburg/Sessar/Steffen* 1978), que en los hurtos el monto del daño determina la intensidad de la intervención (sobreseimiento, mandato penal o acusación) y que predominantemente se aplica a autores sin reincidencia penal específica (*Kotz* 1983, *Wagner* 1979) <sup>131</sup>.

Si bien el porcentaje de los *procedimientos concluidos por mandato penal firme* desde los años 30 (más del 65%) <sup>132</sup> se redujo conside-

<sup>127</sup> El mandato penal no es mencionado en la parte resolutive ni en los fundamentos de la sentencia (*Fischer*, nota 122, § 411, nm 31; *Gössel*, nota 112, § 411 nm. 54).

<sup>128</sup> *K/M-G*, nota 34, § 411, nm. 10 y sig. *Fischer*, nota 122, § 411, nm. 31; *Gössel*, nota 122, § 411, nm. 57 y sig.; crít. *Roxin*, nota 26, p. 472.

<sup>129</sup> Compár. ya supra I.2.

<sup>130</sup> *ROXIN*, nota 26, p. 468.

<sup>131</sup> *Dessecker/Geissler-Frank*, *Empirische Forschungsarbeiten zum Strafverfahren und Strafverfahrensrecht*, Friburgo 1995, p. 271 y ss.

<sup>132</sup> *Gössel*, nota 112, ante el § 407, nm. 8.

rablemente, no debe subestimarse la gran importancia práctica del procedimiento por mandato penal <sup>133</sup>.

En los años **1977** y **1987** la cantidad de peticiones fiscales de mandato penal –medida sobre la cantidad total de los trámites (1.319.878 y 1.494.229 resp.)– ascendió a 17,8% y 16,2% resp. <sup>134</sup>. Ante los AG la *cuota de las peticiones* medida sobre la cantidad total de procedimientos penales (970.595 y 975.639 resp.) ascendió a 44,5% y 46,4% resp. En su caso se interpuso *objección* contra el 29,9% y 32,7% resp. de dichas peticiones; 0,5% y 0,88% resp. de las peticiones fueron *rechazadas*; en el 31% y 30,8% resp. de los casos –medido en la cantidad total de los procedimientos– el mandato penal quedó *firme* (cuota de desgravación), es decir que casi *un tercio* de los procedimientos ante los AG concluyó por mandato penal. Los *procedimientos de objeción* concluyeron en 43,3% y 38,5% resp. de los casos por sentencia, en 27,4% y 31,3% resp. por desistimiento de la objeción y 0,6% y 0,3% resp. por desistimiento de la denuncia <sup>135</sup>.

En el año **1993** la *fiscalía* peticionó mandato penal en 643.904 procedimientos, es decir 17,5% de los en total 3.686.469 procedimientos tramitados; en **1994** en 669.006 procedimientos, es decir 16,7% de los en total 3.996.024 procedimientos tramitados; en 1995, en 668.545 procedimientos, es decir 15,9 % de los en total 4.204.153 procedimientos tramitados <sup>136</sup>. En total la cifra de las *peticiones* de mandato penal ante el AG en los **años 90** primero creció y después disminuyó <sup>137</sup>.

<sup>133</sup> Roxin, nota 26, p. 468 y sig.; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, Stuttgart entre otros, 2a. ed. 1994, nm. 321; Fezer, nota 23, p. 20; Gössel, nota 112, antes del § 407, nm.9; Fischer, nota 122, antes del § 407, nm.1; Leibinger, Rechtsvergleichende Zusammenfassung, in: Jescheck/Leibinger (ed.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, Baden-Baden 1979, p. 692 y.sg.; Müller, K.J., Das Strafbefehlsverfahren, Frankfurt/M 1993, p. 256 y ss.

<sup>134</sup> Müller, nota 133, p. 344 y sig. (tabla 1 y 2).

<sup>135</sup> Müller, nota 133, p. 348, 350 (tablas 5 y 7). En ello no están comprendidos los procedimientos concluidos sin el dictado de un mandato penal.

<sup>136</sup> Statistische Bundesamt, Staatsanwaltschaften 1993, Wiesbaden 1996, p. 14 y ss.; *id.*, Staatsanwaltschaften 1994, 1996, p. 14 y ss.; *id.*, Staatsanwaltschaften 1995, 1996, p. 14.

<sup>137</sup> En los antiguos Estados (alte Bundesländer sin RDA) se alcanzaron las siguientes cifras (sin peticiones conforme al § 408<sup>a</sup>): en **1990**, 486.900, en **1993**, 597.270 y en **1995**, 552.239; en la Alemania reunificada: en **1995**, 681.352 (Statistisches Bundesamt, Strafgerichte 1994, 1995, 1996, p. 7 y ss.); Debe tenerse en cuenta que la estadística judicial no indica el número de los



De esas cifras se sigue un considerable recargo de tareas del juez penal solamente por peticiones de mandatos penales. Según la vigente distribución de tareas para Baden-Württemberg un juez del AG solamente dedicado a peticiones de mandatos penales debería sustanciar anualmente 5.500 peticiones. En 227 días laborables a 8 horas le quedan como promedio 20 minutos de tiempo laboral para cada mandato penal <sup>138</sup>.

*c') Reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho*

En el caso del procedimiento por mandato penal se trata de un procedimiento escrito y con ello *ajeno a la naturaleza del proceso acusatorio oral*. En consecuencia los peligros desde el punto de vista del Estado de Derecho son manifiestos.

Si se sigue un criterio sostenido con frecuencia y quizá imperante en la práctica, no es necesario el convencimiento judicial de la culpa del imputado para el libramiento de un mandato penal, sino —como resulta de una interpretación a contrario sensu del § 408 II 1— solamente de una *suficiente sospecha* de delito <sup>139</sup>. Como consecuencia

---

mandatos penales que quedaron firmes, sino solamente el número de los mandatos judiciales dictados en la vista de la causa (§ 408a) y las peticiones por mandato penal resueltos por sentencia (§ 407). Dichas cifras aumentaron absolutamente de 9.800 y 55.135 resp. en 1991 a 19.853 y 73.209 resp. en el año 1995. También se debe tener en cuenta el aumento de la totalidad de las resoluciones definitivas de 614.880 a 775.228 (id., *Strafgerichte* 1993, 1995, p. 12 y *Strafgerichte* 1995, 1996, p. 16). Reconocer esto costó mucho tiempo y esfuerzo, ya que en la estadística judicial para 1993 y 1994 se deslizó un error: los números 3 de la tabla 2.2 remiten al § 408 en lugar del 408a, lo que puede conducir a la conclusión falsa, de que se trata de resoluciones definitivas por mandatos penales que quedaron firmes. Con anticipación al descubrimiento de este error tuvieron lugar numerosos esfuerzos de mis colegas Holger Barth y Jörg Kinzig y de mis colaboradores Jan Woischnik y Julia Beintmann incluidas llamadas telefónicas a la Secc. VII C de Oficina Federal de Estadística. A todos los participantes debo agradecerles su esfuerzo y paciencia.

<sup>138</sup> HAUSEL, *Ungenutztes Beschleunigungspotential des Straf (-befehls-) verfahrens?*, ZRP 1994, pp. 94-96, 96.

<sup>139</sup> Compár sólo K/M-G, nota 34, § 408, nm. 7; Roxin, nota 26, p. 471; Hausel, nota 138, p. 95 (con una por cierto falsa remisión a Fischer, KK en FN 20); Schaal,

esto significa que en todos los casos en que un mandato penal adquiere fuerza legal –se trata de decenas de miles de procedimientos<sup>140</sup>– se acepta una conclusión del procedimiento equivalente a sentencia con efectos jurídicopenales sobre la base de una suficiente sospecha de delito. Ello sin embargo viola el principio de culpabilidad y de la presunción de inocencia<sup>141</sup>, y va en contra del derecho internacional (art. 14 inc. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-PIDCP, 6 inc. 2 y 8 inc.2 de las Convenciones sobre Derechos Humanos Europea y Americana respectivamente-CEDH y CADH) y derecho constitucional (art. 20 III de la Ley Fundamental, principio del Estado de Derecho); por ello no puede haber sido intencional. Es más, como se desprende de la Exposición de Motivos oficial de la ley<sup>142</sup>, el libramiento del mandato penal tiene como presupuesto el *convencimiento de la culpa* del acusado<sup>143</sup>. Solamente en este caso el juez «no puede tener reparos» (§ 408 III I) y corresponder a la petición de mandato penal.

Pero si en decenas de miles de procedimientos no se llega a una vista de la causa y el juez no debe oír al acusado antes de la expedición del mandato penal (§ 407 III), es además opinable si en esos procedimientos se da cuenta suficientemente del *derecho de ser oído* (art. 14 inc. 1 PIDCP, 6 inc. 1 CEDH y 8 inc. 1 CADH –art. 103 I de Ley Fundamental). La opinión general entiende que es así porque el imputado tiene la posibilidad de objeción y con ello de una vista de la causa (§ 411 I 2 en rel. con § 410 I, II); esto a primera vista parece plausible<sup>144</sup> (y fue consentida constitucionalmente, por cierto de

---

Hinreichender Tatverdacht oder richterliche Überzeugungsbildung für den Strafbefehl? en: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin 1990, pp. 427-444, 440 y ss.

<sup>140</sup> Compár. las ya en parte cit. cifras en Müller, nota 133, p.348 (tabla 5).

<sup>141</sup> Aun cuando su contenido exacto hasta hoy no está aclarado (compár. Roxin, nota 26, p. 68).

<sup>142</sup> Compár. Rieß, Zweifelsfragen zum neuen Strafbefehlsverfahren, Juristische Rundschau (JR) 1988, pp. 133-136, 133 y ss.

<sup>143</sup> Acertadamente Fezer, nota 23, p. 20; id. Rieß, nota 142, pp. 133 y sg.; Gössel, nota 112, antes del § 407, nm. 11; Fischer, nota 122, § 408, nm. 16.

<sup>144</sup> K/M-G, nota 34, § 407, nm. 24; Fischer, nota 122, § 407, nm. 20; Gössel, n. 112, § 407, nm. 58; en contra ya al inicio ESER (Das rechtliche Gehör im Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, JZ 1966, p. 660-669), que en ello ve simplemente una insuficiente «ayuda ex-post».

paso en forma de «obiter dicta» <sup>145)</sup> pero tiene la preocupante consecuencia de que en numerosos casos, en los que no se hizo uso a tiempo de la *posibilidad* de objeción por el motivo que fuese, al imputado solamente la queda la posibilidad de expresarse en el marco de la declaración –generalmente policial– del procedimiento instructorio conforme § 163 a I. Si esa declaración es suficiente para el derecho a ser oído, es más que opinable <sup>146)</sup>. A ello hay que añadir que la omisión de la indagatoria según la doctrina dominante no debe ser perjudicial ya que la insuficiencia procedimental se subsanaría con la fuerza legal del mandato penal <sup>147)</sup>. A esta solución no se le puede desconocer cierta lógica si se parte solamente de la posibilidad de objeción. Quien pierde dicha posibilidad –así suena el argumento que se esconde detrás– debe cargar con las consecuencias hasta el final y no puede, tras el transcurso del plazo de objeción, pretender audiencia legal. Entre tanto debe dejarse oponer la objeción jurídicocivil del «venire contra factum proprium». No puede dejar de acentuarse que sólo se trata de una posibilidad de interposición de la

---

<sup>145)</sup> *BVerfGE* (decisiones del Tribunal Federal Constitucional) tomo 3, pp. 248, 253; *BVerfGE* 25, 158, 164 y ss. El *BVerG* argumenta en relación a la imprescindibilidad práctica del procedimiento por mandato penal, sin entrar a considerar la fundamental problemática desde el punto de vista del Estado de Derecho. Compár. también Tribunal Europeo de DDHH (NJW 1993/717), quien si bien critica el corto plazo de objeción, niega una lesión al art. 6 I CEDH, porque al afectado le quedaba el (extraordinario) remedio jurídico de la reposición en la situación anterior; lo que apenas es convincente, ya que al condenado en ese caso no se le dio ni siquiera en el sumario/instrucción la oportunidad de expresarse de acuerdo al § 163a (por ello es acertada la disidencia del juez *WALSH*, ob.cit., p. 717 y sg.).

<sup>146)</sup> Por cierto que el § 163a desde el punto de vista alemán debe asegurar el derecho a ser oído (compár. sólo *WACHE*, nota 112, § 163a, nm.1), sin embargo no puede sustituir el «derecho a ser oído por el tribunal o juez» garantizado por el art. 103 I de Ley Fundamental (compár. fundamentalmente y con argumentos convincentes *Eser*, nota , p.661, 666 y ss.). Desde el punto de vista del derecho internacional las apuntadas prescripciones garantizan el derecho de (igual) acceso a los tribunales (*Gollwitzer*, en *L/R*, nota 102 (31. entrega 1992), *MRK* art. 6, art. 14 IPbPR, nm. 42 y sgs; *Nowak*, *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll*, Estrasburgo 1989, art. 14, nm.1); a tal efecto es insuficiente el mero interrogatorio –regularmente policial– en el sentido del § 163a.

<sup>147)</sup> *Gössel*, nota 112, § 407, nm. 59; *K/M-G*, nota 34, § 407, nm. 24; crít. *Eser*, nota 144, pp. 662 y sg.

objección cuya efectividad está considerablemente relativizada por exigencias restrictivas de plazo («dentro de dos semanas después de la notificación», § 410 I) y de forma («por escrito o bajo acta», § 410 I) y que en el mejor de los casos crea *un auxilio «ex post facto»* y que implica una renuncia a la posible y anterior audiencia (judicial) del procedimiento normal <sup>148</sup>. Esto además guarda relación con la sospecha –empíricamente por cierto no comprobable– según la cual, en una parte no desdeñable de los mandatos penales que quedaron firmes, se desiste de la objeción por razones eventualmente no imputables al demadado y sin conciencia de la consiguiente pérdida del derecho a ser oído. Por la falta de efectividad de la prohibición de empeoramiento (§ 411 IV) podría pensarse que el denunciado desiste de la objeción por temor a estar en «peor situación» tras una audiencia <sup>149</sup>. Esta crítica, no nueva por cierto, es alentada últimamente por reformas legislativas que debilitan la posición del imputado; así en especial la extensión del monto y modo de la pena (con la más reciente posibilidad de la pena privativa de libertad <sup>150</sup>) y la incorporación del § 408a.

De acuerdo al § 408a incorporado en 1987, la fiscalía puede formular una petición (escrita <sup>151</sup>) por mandato penal cuando ya se abrió el procedimiento principal, es decir, después de la acusación y expedición de la resolución de apertura <sup>152</sup>. Además de los presupuestos generales conforme al § 407 es necesario para ello que se oponga una razón importante a la celebración de la vista de la causa. La ley menciona especialmente la no concurrencia o la ausencia del imputado (408 I). Contra un imputado que *no compareció* solamente cabe una vista de la causa bajo los presupuestos de los §§ 232 y sg., es decir, si fue advertido de ello con una notificación formal (§ 232 I); contra un

---

<sup>148</sup> Por ello crít. *Eser*, nota 144, p. 664.

<sup>149</sup> También por ello la prohibición de empeoramiento (*reformatio in peius*) debiera regir –desde el punto de vista del «fair trial»– cuando en la vista de la causa no surgen agravantes frente a los hechos probados en el mandato penal. (compár. *Roxin*, nota 26, p.472 con otros fundamentos.).

<sup>150</sup> Compár. además ya supra bajo a') y crít. –en lugar de muchos– *Fezer*, nota 23, pp. 21 y sg.; *Schellenberg*, nota 120.

<sup>151</sup> Ya que también para ese procedimiento rige el § 407, que prescribe escrituralidad (en vez de muchos: *Rieß*, nota 142, p.135).

<sup>152</sup> En cuanto a las reservas dogmáticas contra la norma compár. *Gössel*, nota 112, § 408a, nm. 3 y ss. con otros fundamentos.

acusado *ausente* no se celebra una vista de causa (§ 285 frase 1). Una razón importante en el sentido del § 408a I concurre si faltan los presupuestos de los §§ 232 y sg. o si el acusado está ausente. Conforme al N° 175a. RiStBV <sup>153</sup> es posible una petición por mandato penal de acuerdo con el § 408a particularmente cuando:

- el acusado con residencia conocida vive en el extranjero, pero su remisión para la celebración de la vista de la causa no sería posible o no sería adecuada;
- cuando el acusado no concurre justificadamente a la vista de la causa porque no puede participar por una enfermedad prolongada, aunque en lo demás su capacidad de deliberación no esté restringida;
- cuando el acusado no concurre a la vista de la causa y no se puede deliberar sin su presencia conforme al § 232.
- cuando existan considerables razones que impiden la recepción inmediata de la prueba en la vista de la causa, y no se den los presupuestos del §§ 251 II 2 <sup>154</sup>, pero los hechos se encuentran suficientemente esclarecidos de acuerdo al contenido de las actuaciones.

El procedimiento conforme al § 408a amplía por un lado las posibilidades –contra acusados que no concurrieron o ausentes– de concluir procedimientos «empantanados» y limita por el otro el principio de inmediación por medio de los §§ 251 y ss. Otras importantes razones además de las mencionadas –sólo como ejemplo– dan a las partes un «manejable campo de acción» <sup>155</sup> que favorece acuerdos «*praeter legem*» que pueden conducir a un procedimiento por mandato penal bajo inobservancia de los presupuestos generales <sup>156</sup>. Tal

---

<sup>153</sup> Directrices (federales uniformes) para el procedimiento penal y de multas, en base a decretos de los Ministros de Justicia Federal y de los Estados (en: *K/M-G*, nota 34, suplemento A 15).

<sup>154</sup> El § 251 II prevé una excepción al principio de inmediación (§ 250) por *lectura* de actas del interrogatorio o declaraciones escritas, cuando el acusado tiene un defensor y él, su defensor y el fiscal están de acuerdo con ello (frase 1) o el testigo, perito o coimputado (cuya declaración debe ser leída) fallecieron o no se les podrá tomar declaración judicial «en tiempo previsible» (frase 2). Por medio del § 408a en rel. con 175 a RiStBV, por consiguiente, esta excepción se amplía (pero compár. ya § 411 II 2 en rel. con § 420).

<sup>155</sup> *Rieß*, nota 142, p. 135.

<sup>156</sup> Crít. también *Gössel*, nota 112, § 408a, nm. 7; *Fezer*, nota 23, p.18. Cabe tener en cuenta en efecto que la formulación de la petición por mandato penal

conducta impropia y contraria a la ley presupone un acuerdo de todos los partícipes del procedimiento ya que el fiscal debe formular la petición (§ 408a I), el juez librarlo (§ 408a II) y el acusado y su defensor resp. no deben atacarlo con la objeción (§ 410). La razón de tal acuerdo puede basarse en la autoridad de la acción penal y la esperanza del tribunal en sus efectos, y desde el punto de vista del acusado y respectivamente de su defensa en una complacencia en la medida de la pena. Finalmente el § 408a posibilita un –hasta ahí desconocido– *doble efecto acelerante*, mediante el cual *en primer lugar* se formula una petición de condena en el procedimiento acelerado (§ 417) y *luego*, en la siguiente vista de la causa (§ 418) por incomparecencia del acusado, se solicita un mandato penal. Este acoplamiento aparece como especialmente peligroso, porque el acusado debe adecuarse en brevísimo plazo a dos modalidades distintas del procedimiento <sup>157</sup>.

Finalmente se robustecen todos esos reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho, cuando se echa una mirada a la –con frecuencia distanciada de la ley– *práctica*. El recargo de los AG, que fue acentuado por la ley de descargo de la justicia <sup>158</sup>, conduce a una presión a la que se debe poner fin <sup>159</sup>, además de que convierte en simple formalidad el examen de los presupuestos legales para el libramiento de un mandato penal (§ 408). En general la petición fiscal se ajusta al § 409 <sup>160</sup>, de manera que el juez sólo debe consentir; según *Hausel* «en la práctica acaso el 80% de todas las peticiones

---

después de la apertura del procedimiento principal presupone que el estado procesal frente al tiempo *anterior* a la apertura, en especial al sumario (en el que debe formularse la petición del mandato penal conforme al § 407 I 2), se ha modificado de tal manera, que *justo ahora* se dan los presupuestos generales conforme a § 407 I (en especial frase2) [*Gössel*, ob. cit., nm. 6; *Rieß*, nota 142, pp. 135]. Por ende es consecuente, si la importancia práctica del § 408a es poca, ya que o bien se pidió el mandato penal en el procedimiento previo (sumario) o el procedimiento concluye en el procedimiento principal de otra manera, en especial por sobreseimiento judicial (similar *Fischer*, nota 122, § 408a, nm. 3; sin embargo, según *Schellenberg*, n. 120, p. 570 la justicia por intermedio del § 408 a está en la posibilidad de sancionar «una gran parte de la criminalidad común» por escrito.)

<sup>157</sup> Crít. también *Fezer*, nota 23, p.18, nm. 67.

<sup>158</sup> En lugar de muchos: *Hausel*, nota 138, p. 94.

<sup>159</sup> Compár. las cifras ya indicadas bajo b') bajo remisión a *Hausel* (nota).

<sup>160</sup> Compár. nota 121.

por mandato penal se suscribirían más o menos sin examen» <sup>161</sup>. Los supuestos legales –estimación coincidente de fiscal y juez (§ 408 III 2), convencimiento de la culpa del acusado o simplemente suficiente sospecha de delito (§ 408 III 1 en rel. con § 408 II 1), investigaciones complementarias (§ 408 II en rel. con § 202 análogo), etc.– se revelan ante este trasfondo fáctico como meros deseos de un legislador distanciado de la realidad judicial. En todo ello se vislumbra en un futuro próximo la posibilidad de dejar a la fiscalía el libramiento del mandato penal ya que sólo esto contribuiría a una real descongestión de los juzgados de primera instancia <sup>162</sup>.

## b) Procedimiento acelerado

El procedimiento acelerado fue regulado de nuevo por la ley contra la delincuencia de 1994 en los §§ 417-420 (antes §§ 212-212b) <sup>163</sup>.

### a') Desarrollo

La fiscalía formula la *petición* de condena en el procedimiento acelerado ante el juez penal o tribunal de escabinos <sup>164</sup> del AG <sup>165</sup> «si la

---

<sup>161</sup> Hausel, nota 138, p.96. A ello corresponden los resultados de la investigación reproducidos en Heinz 1987 y Blankenbur/Sessar/Steffen 1978 en Dessecker/Geisler-Frank, nota 131, pp. 272 y sg.

<sup>162</sup> Así claramente Hausel, nota 138, pp. 94, 96.

<sup>163</sup> Compár. ya nota 19.

<sup>164</sup> En base al ampliado poder del juez penal (§ 25 I N° 2 GVG) queda poco espacio por cierto para el tribunal de escabinos –equivalentemente como en el procedimiento por mandato penal [arriba I a) a')] (detalladamente Loos/Radtke, Das beschleunigte Verfahren (§§ 417-420 StPO) nach dem Verbrechensbekämpfungsgesetz, NStZ 1995, pp. 596-574 y 1996, pp. 1-14, aquí p. 8.; K/M-G, nota 34, § 417, nm.1).

<sup>165</sup> El procedimiento acelerado no tiene lugar contra menores, pero –a diferencia del procedimiento por mandato penal (nota 100)– sí contra menores adultos (§ 79 II JGG, a cuyo inciso II no remite el § 109 JGG).

causa en base a su simple contenido fáctico o a la clara situación probatoria se adapta a una deliberación inmediata» (§ 417). No es necesaria una *acusación* escrita, ya que la misma puede formularse *oralmente* al comienzo de la vista de la causa y su contenido esencial ser incorporado al acta de la audiencia (§ 418 III). La *audiencia* se celebra en breve plazo, es decir y según el legislador <sup>166</sup>, en una a dos semanas sin procedimiento intermedio (§ 418 I). El imputado es notificado –si no se presenta voluntariamente o se le hace comparecer– en 24 horas; con la notificación se le comunica la imputación de los hechos (§ 418 II). Se le debe designar un *defensor* si la supuesta pena privativa de libertad es como mínimo de seis meses (§ 418 IV) <sup>167</sup>.

El tribunal tiene dos posibilidades decisorias: <sup>168</sup>

— Debe *corresponder* a la petición, si la causa es «apropiada» para dicho procedimiento <sup>169</sup> (§ 419 I 1).

— Si «no es apropiada» *rechaza* la petición por resolución inapelable –hasta la proclamación de la sentencia– y debe decidir entonces sobre la apertura del procedimiento principal <sup>170</sup>; ello depende de la existencia de *suficiente sospecha* de delito. Si se niega ésta última y no se abre dicho procedimiento, la fiscalía puede prescindir de una nueva acusación (§ 419 III).

<sup>166</sup> Bundestag Drucksachen (Impresos del Parlamento, BT-Drs.) 12/6853, p. 36.

<sup>167</sup> En el procedimiento normal debe nombrarse un defensor en el caso de una condena privativa mínima de libertad de 1 año (§ 140 I N° 2 OPP en rel. con § 12 I CP) o por razones de la difícil situación fáctica y jurídica (§ 140 II). Para la contradicción entre efecto acelerante y adecuada defensa véase *Loos/Radtke*, nota 164, pp. 10 y sg. con más referencias en FN 106.

<sup>168</sup> Extensamente *Loos/Radtke*, nota 164, pp. 573 y sg. y 7 y sg.

<sup>169</sup> La aptitud depende de circunstancias fácticas y jurídicas. El procedimiento acelerado es inadecuado por razones *fácticas*, cuando la causa es complicada y no es clara la prueba, así que para la *exacta aclaración* aparece como necesaria una vista de la causa (§ 417 I e.c.). Es *jurídicamente* inadecuado cuando la prevista competencia para las consecuencias legales se excediese (§ 419 I 2,3) o se oponen otras razones jurídicas, en especial falta de suficiente sospecha de delito (*K/M-G*, nota 34, § 419, nm.3; *Treier*, en *KK*, nota 63, § 212b, nm. 1; sobre la aptitud primordial en base a la simpleza de los hechos acertadamente *Loos/Radtke*, nota 164, p. 572 f.).

<sup>170</sup> Según la situación legal anterior el rechazo eliminó la litispendencia judicial y la causa volvía a la fiscalía. Ahora existe la posibilidad de pasar del procedimiento acelerado al normal por medio de un simplificado procedimiento intermedio (*K/M-G*, nota 34, § 419 nm. 9; *Loos/Radtke*, nota 164, pp. 571 y sg., 573).



Si el tribunal ha lugar a la petición se celebra la vista de la causa en la cual son posibles determinadas *facilidades en la recepción de la prueba* en relación al procedimiento normal <sup>171</sup>:

— Actas de declaraciones o manifestaciones verbales en documentos de testigos, peritos o coimputados pueden ser *leídas* en sustitución de la inminente audiencia, en tanto las partes del procedimiento –presentes en la vista de la causa– *consientan* (§ 420 I, III).

— Declaraciones de funcionarios y similares pueden ser *leídas* además de lo previsto en el § 256 –igualmente con *consentimiento* de las partes en el procedimiento– presentes en la vista de la causa (§ 420 II, III) <sup>172</sup>.

— En el procedimiento ante el juez penal (del AG) éste determina la recepción de la prueba si bien en los límites del deber de esclarecimiento (§ 244 II), pero *sin sujeción a las reglas formales* de petición de las pruebas de los §§ 244 III-V, 245 (§ 420 IV).

De la competencia limitada en cuanto a las consecuencias jurídicas resulta el hecho de que el tribunal no puede imponer una condena privativa de libertad superior a un año ni medidas de seguridad y corrección <sup>173</sup> (§ 419 I 2). Contra la sentencia caben los *recursos normales* <sup>174</sup>.

<sup>171</sup> El distinto desarrollo de la vista de la causa que de ello se desprende conduce a que, dentro del (nuevo) procedimiento abreviado además deban distinguirse diversos tipos de procedimiento (*K/M-G*, nota 34, § 420 nm. 1 y ss.; *Loos/Radtke*, nota 164, p. 570 y sg.).

<sup>172</sup> Según el § 256 puede darse *lectura* a declaraciones de funcionarios públicos contenidas en testimonios o peritajes, certificados médicos sobre lesiones corporales no graves como otros peritajes e informes (*K/M-G*, nota , § 256, nm. 1 y ss.). Frente a ello el § 420 II –en su redacción similar al § 77a OWiG– permite que se dé lectura a *todas* las declaraciones sobre comprobaciones y reconocimientos de servicio, por ejemplo también de notas policiales de las actuaciones (*K/M-G*, nota 34, § 420 nm. 7; *Loos/Radtke*, nota 164, p. 570).

<sup>173</sup> Excepto el retiro del permiso de conducir (§ 419 I 3 OPP en rel. con § 61 N.º 5 CP).

<sup>174</sup> Es discutido si el § 420 rige también en una posible audiencia de *apelación* (a favor *K/M-G*, nota 134, § 420, nm. 12; en contra *Loos/Radtke*, nota 164, pp. 8 y sg.); para la posible pérdida de la aceleración por la interposición de recursos compár. *Loos/Radtke*, nota 164, p.10.

b') *Importancia práctica*

El procedimiento acelerado permite la condena rápida de hechos sin mayores problemas. Así por ejemplo los detenidos por excesos de violencia en las grandes reuniones de conformidad al § 127 ya pueden ser condenados al día siguiente en el marco de la audiencia judicial en sede policial conforme al § 128 I; igualmente al ladrón de un comercio sorprendido «in fraganti» puede hacérsele comparecer de inmediato ante el juez. En la práctica más importante sería que el sospechoso que se encuentra en arresto bajo investigación sea conducido ante el juez en un plazo adecuado (de 2 a 4 semanas) y condenado <sup>175</sup>. La concreta aplicación de dichas posibilidades depende por cierto de la estrecha colaboración entre fiscalía y juzgado de primera instancia. Si el juzgado de primera instancia no tiene la posibilidad de fijar audiencia por semanas, la petición del fiscal no prospera <sup>176</sup>.

*Herzog* comprobó para el distrito del AG Frankfurt para el año 1989 que concretamente las contravenciones contra la ley de extranjeros, hurtos simples (por ejemplo en relación con la apropiación de drogas por los adictos) y adulteración de documentos («papeles falsos») son juzgados por el procedimiento acelerado; los autores son extranjeros en un 90% y que «con frecuencia» se impusieron penas privativas de libertad sin libertad condicional <sup>177</sup>. *Fezer* añade a estos datos la conquista de otros (§ 265a CP), gracias a la investigación que llevó a cabo en Hamburg, descubriendo una participación de extranjeros de por lo menos un 50% y la relativamente frecuente imposición de condenas (también sin libertad condicional) <sup>178</sup>.

Sin embargo la empíricamente comprobada importancia de este «procedimiento rápido» <sup>179</sup> es relativamente pequeña. *DesseckerGeisler-*

<sup>175</sup> *Fezer*, nota 23, p.13; *Roxin*, nota 26, p. 442; *Kramer*, nota 123, nm 319; *Rieß*, nota 21, § 212, nm. 6; *Loos*, en AK StPO (nota ), § 212, nm.5 y sg. En especial *Loos/Radtke*, n. 164, p.571 señalan, que la inmediata presentación judicial del detenido provisionalmente conforme al § 127 sea una «quantité négligeable». Según *Fezer*, nota 23, p. 14, nm. 46 ya no tienen importancia los casos de los «violentos del fútbol» (pero para ello recientemente *Scheffler*, nota 25).

<sup>176</sup> Esta indicación se la debo al Sr. Fiscal Superior ISAK, Friburgo de Brisgovia, convers. telefón. del 10.7.1996.

<sup>177</sup> *Herzog*, *Wider den «kurzen Prozeß»*, ZRP 1991, pp. 125-129, 126.

<sup>178</sup> *Fezer*, nota 23, p. 14 en nm. 47.

<sup>179</sup> *Rieß*, nota 21, § 212, nota marg. 6; *Herzog*, nota , p. 125.

*Frank*, en base a su investigación, comprueban que se sustancia en forma relativamente escasa (*Gebauer* 1987, *Neumann* 1963) <sup>180</sup>. Las más recientes cifras disponibles lo confirman.

En el año **1993** la *fiscalía* formuló 17.776 peticiones de vista de causa inmediata (§ 212 red. ant.) es decir el 0,5% del total de 3.686.469 causas sustanciadas <sup>181</sup>. Ante el AG se sustanciaron 927 procedimientos con condena en el procedimiento acelerado (0,13% del total de 699.434 procedimientos sustanciados). En el año **1994** la *fiscalía* formuló en 15.490 procedimientos, es decir en el 0,4% del total de 3.996.024 procedimientos, una petición inmediata de vista de la causa (§ 212 red. ant.) <sup>182</sup>; en **1995**, en 17.340 de un total de 4.204.153 (0,4%) procedimientos según el nuevo § 417 <sup>183</sup>. Ante el AG se sustanciaron 932 procedimientos con condena en procedimientos acelerados (0,12 % del total de 752.763 procedimientos) <sup>184</sup>. Sin embargo, el procedimiento acelerado parece ganar creciente importancia a nivel de algunos Estados Federales, en particular en el de Brandenburg <sup>185</sup>.

### c') *Reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho*

Los reparos contra el procedimiento acelerado se *acentuaron* con la ley contra la delincuencia de 1994 y lo alejaron aun más de sus raíces históricas <sup>186</sup>.

<sup>180</sup> *Dessecker/Geisler-Frank*, nota 131, p. 274 y sg. Igual *Rieß*, nota 21, § 212, nm. 4; *Fezer*, nota 23, p. 13.

<sup>181</sup> *Statistisches Bundesamt*, nota 126. En 0,46% de los procedimientos (16.441) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento juvenil simplificado conforme al § 76 de la JGG.

<sup>182</sup> *Statistisches Bundesamt*, nota 126. En 0,4% de los procedimientos (16.723) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento de menores simplificado conforme al § 76 de la JGG.

<sup>183</sup> *Statistisches Bundesamt*, nota 126. En 0,4% de los procedimientos (17.831) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento de menores simplificado conforme al § 76 de la JGG.

<sup>184</sup> *Statistisches Bundesamt*, nota 127. En 561 (1993) resp. 665 (1994) procedimientos se dictó una decisión conforme al § 76 de la JGG.

<sup>185</sup> Sobre Brandenburg vease: *FAZ* del. 13/7/1996; *Der Tagesspiegel* (Berlin) del 13/7/1996. Sobre Berlin: *Der Tagesspiegel* del 26.8.1996.

<sup>186</sup> Según la voluntad del legislador de 1877 debió quedar limitado a infracciones con arresto hasta 10 semanas o una limitada pena pecuniaria (detall. *Fezer*, nota 23, p. 16; *Dähn*, nota 16, p. 352 y sg.).

Como siempre es válida la crítica fundamental según la cual tales «procedimientos rápidos»<sup>187</sup> acentúan demasiado fines penales de *prevención general*, ya que apenas queda tiempo de investigar sobre la motivación fáctica y la personalidad del autor<sup>188</sup>, necesarias para la comprensión de especiales aspectos preventivos. Mientras se puede prescindir de ello en hechos simples de la criminalidad masiva de bagatela, resulta problemático para aquellos hechos de motivación política, cometidos por ejemplo en el marco de manifestaciones. En este caso puede abusarse del procedimiento acelerado como arma política contra quienes piensan de diferente manera; por ello debiera quedar limitado a los casos de *criminalidad «no política»*<sup>189</sup>. Por cierto tal limitación puede apoyarse no sólo en el peligro de abuso o en el descuido de aspectos preventivos especiales –estos son directamente inmanentes a los procedimientos abreviados<sup>190</sup>– sino más concretamente a los indeterminados presupuestos de adecuación. La sistemática y continua ampliación del campo de aplicación de este tipo de procedimiento<sup>191</sup> conduce al interrogante de si la adecuación presupuesta en el § 417 «en base al simple contenido de los hechos o la clara situación probatoria» todavía son –con relación a los procedimientos abreviados– legalmente posibles en base a los §§ 417 y ss., o si, conforme *Scheffler*, aquí no se trata de una «*petitio principii*»<sup>192</sup>. Con otras palabras, parece posible hablar aún de un «contenido fáctico simple» como esencial criterio de adecuación<sup>193</sup> cuando deben juzgarse hechos que hacen necesaria una más exacta investigación de la personalidad del autor, que necesitan de una defensa (§ 418 IV) o que tienen una sanción mínima –frecuentemente aplicada<sup>194</sup>–

<sup>187</sup> *Rieß*, nota 21, § 212 nm. 6.

<sup>188</sup> Compár. *Fezer*, nota 23, pp. 14 y sg; *Roxin*, nota 26, p. 443; *Rieß*, nota 21, § 212, nm.7 y sg.; *Loos*, nota 175, § 212 nm. 3; *Dähn*, nota 16, p. 354; *Scheffler*, nota 25, p. 2192; *Herzog*, nota 177, p. 129.

<sup>189</sup> Igual en el resultado *Loos/Radtke*, nota 164, p. 13; *Loos*, nota 175, § 212, nm.6; *Dähn*, nota 16, p. 355; *Roxin*, nota 26, p. 443; *Rieß*, n. 21, § 212, nm. 8; llegando más lejos, para su supresión: *Scheffler*, nota 25, p. 2.195 y *Herzog*, nota 177, p. 129.

<sup>190</sup> Acertado *Dähn*, nota 16, p. 354.

<sup>191</sup> Compár. ya nota 174.

<sup>192</sup> *Scheffler*, nota 25, p. 2.192: «El procedimiento acelerado es admisible cuando resulta posible un enjuiciamiento rápido; un enjuiciamiento rápido resulta posible, cuando se tramita en el procedimiento acelerado».

<sup>193</sup> Compár. ya nota 159.

<sup>194</sup> Compár. supra b').

de un año (§ 419). Esto es negado por parte de la doctrina con argumentos convincentes <sup>195</sup>. También el N° 146 inc. 1 RiStBV <sup>196</sup> se hace cargo del problema, en cuanto expresa:

« El procedimiento acelerado no es el adecuado cuando existan motivos para investigar exhaustivamente la persona del imputado o cuando al imputado ...se le limite su defensa por este procedimiento».

Con ello no pretende afirmarse que per se no existan hechos simples <sup>197</sup>; esto significaría apartarse de la práctica procesal estadísticamente comprobada. El ámbito de aplicación del procedimiento acelerado *sin reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho* –hechos esquemáticamente enjuiciables de la masiva criminalidad de bagatela <sup>198</sup>– es imaginablemente pequeño, y tanto que debe analizarse si ese tipo de procedimiento, en vista de los otros «prepotentes» (*Fezer*) procedimientos abreviados (§§ 153 a y 407 y ss), aún existe justificadamente. Con ello se cierra el círculo de la crítica, ya que el defendible campo de aplicación del procedimiento acelerado se ajusta en su esencia a la mens del legislador histórico con la diferencia de que aquél no pudo remitirse a otros tan importantes y prácticos procedimientos abreviados.

Con todo ello sin embargo aún no hemos enunciado las realmente importantes reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho. Si partimos del apartado 1 del N° 146 RiStBV se debe circunscribir más estrechamente el círculo para el campo de aplicación del procedimiento acelerado. El art. 6 III b) CEDH obliga a los Estados miembros a otorgar al acusado «por lo menos» <sup>199</sup> «tiempo y oportunidad suficientes para la preparación de su defensa» <sup>200</sup>. Que este derecho se satisfaga o no dependerá naturalmente de la complejidad y de las

<sup>195</sup> *Loos/Radtke*, nota 164, pp. 9 y sg. (relativo a pena privativa de libertad); *Dähn*, nota 16, p. 356 (bajo remisión a *Baumann*, que negó esto en relación a la defensa; similar *Fezer*, nota 23, p. 39 en FN 162).

<sup>196</sup> Ver nota 145.

<sup>197</sup> Pero así *Herzog*, nota 177, p. 129; en contra *Dähn*, nota 16, p. 355.

<sup>198</sup> *Dähn*, nota 16, p. 355; *Roxin*, nota 26, p. 442; *Loos/Radtke*, nota 164, p. 13; *Loos*, nota , § 212 nm. 6; *Rieß*, nota 21, § 212, nm.7.

<sup>199</sup> En el original inglés se dice «minimal rights», en el francés «notamment».

<sup>200</sup> Compár. también art.8 II c) de la CADH A art. 14 III b) PIDCP, que agrega el derecho a comunicarse con un defensor de su elección.

circunstancias del caso individual. Ni la comunidad de Estados ni el legislador de cada Estado se van a comprometer a indicar aquí un marco temporalmente fijo (aunque ello cabría del punto de vista del Estado de Derecho) <sup>201</sup>. En todo caso el acusado debe tener la posibilidad de preparar suficientemente su defensa, es decir, por un lado debe conocer la imputación fáctica y poder reflexionar sobre ella y por el otro, en tanto sea necesario defensor, debe poder tener contacto sin limitaciones con el mismo <sup>202</sup>. Para ello, un estrecho margen de unos pocos días difícilmente bastará <sup>203</sup>. Sin embargo el § 418 II fija un plazo de notificación de 24 horas; en peor situación está aquél acusado, que es directamente conducido desde el arresto instructorio y que posiblemente conoce la acusación al comienzo de la vista. Quien en vista de tales plazos aún afirma la conformidad de los §§ 417 y ss. con la CEDH sólo puede hacerlo al precio de una nueva limitación del campo de aplicación a los hechos «realmente» simples <sup>204</sup>. En tal caso se tratará –nuevamente– de la ya mencionada criminalidad masiva de bagatela menos el factor X.

Las posibilidades defensivas están en general considerablemente limitadas, no sólo desde el punto de vista temporal, sino también en lo relativo a una *defensa adecuada y completa*. El imputado debe «soportar» el procedimiento porque no tiene a su disposición recurso legal alguno contra la acusación fiscal ni contra la decisión judicial (como por ejemplo –en tanto estructuralmente equiparable– la objeción en el procedimiento por mandato penal); tampoco puede influir en el plazo de notificación <sup>205</sup>. Con base en el examen de la suficiente sospecha fáctica para la decisión judicial sobre la petición de juzgamiento en procedimiento acelerado (compár. § 419 III), existe el peligro de que se exponga al imputado a una vista de la causa sin suficiente sospecha de delito. Con *Loos/Radtke* se debe exigir *por lo menos*, que el examen de suficiente sospecha de delito tenga lugar ya en la *presentación* de la

---

<sup>201</sup> Compár. la propuesta *de lege ferenda* en la parte final.

<sup>202</sup> *Gollwitzer*, en L/R, nota 146, nm.174 y ss.

<sup>203</sup> Compár. *Nowak*, nota 146, nm. 44.

<sup>204</sup> *Gollwitzer*, en L/R, nota 146, nm. 186; igual en el resultado *Dähn*, nota 16, pp. 354 y sg.; *Loos/Radtke*, nota 164, p. 11; Crít. también *Loos*, nota 175, § 212, nm. 3; *Rieß*, nota 21, § 212 nm. 8; por una falta –por cierto sin fundamentación– *Herzog*, nota 177, p. 127.

<sup>205</sup> Crít. *Fezer*, nota 23, p. 15, 38 y ss.; *Herzog*, nota 177, p. 128; *Scheffler*, nota 25, p. 2.192; *Dähn*, nota 16, p. 357.

petición fiscal ante el tribunal <sup>206</sup>. Incluso es sistemática –y estructuralmente consecuente– exigir el examen de suficiente sospecha de delito *al formularse* la petición del fiscal, ya que en esa petición –como en la petición del mandato penal– estamos ante un sustituto de la acusación, que sin embargo presupone una suficiente sospecha de delito (§ 170 I).

Ahora el § 420 III le otorga solamente al acusado un *derecho formal de consentimiento*, si bien al precio de graves restricciones del principio de inmediación (§§ 420, I, II) <sup>207</sup>. La –*de ahí* reconocida– exigencia de consentimiento no puede compensar la limitación de garantías provocada por dicha prescripción, ya que el acusado –generalmente extranjero o indefenso <sup>208</sup>– pocas veces será consciente de la trascendencia de su consentimiento y con ello se abre la posibilidad de *acuerdos extralegales* que sólo un acusado asistido profesionalmente puede aprovechar en su favor <sup>209</sup>. El punto más débil para la posición de defensor se encuentra sin embargo en el § 420 IV. El alcance de la recepción de la prueba en el procedimiento ante el juez penal (es decir prácticamente en todos los procedimientos <sup>210</sup>) se circunscribe solamente al deber de esclarecimiento de oficio, constituyendo no sólo un retroceso histórico jurídico en un tiempo de máxima fundamentación judicial de derechos formales a la petición de pruebas <sup>211</sup> –eso todavía se podría tolerar–, sino que además deja sin efecto las exigencias materiales de fundamentación probatoria de los §§ 244 III-V, 245, preparando con ello el terreno a una *apreciación anticipada* de la prueba. Las peticiones de prueba se convierten *fácticamente* en meras *sugerencias* de prueba, pues aunque el juez las debe rechazar por resolución (§§ 420 IV, 244 VI), sólo está sujeto al § 244 II pudiendo después rechazarlas si considera innecesaria más aclaración porque ya se ha formado una convicción. Justamente en esto se basa la posible anticipación del resultado de la prueba ofrecida <sup>212</sup>.

<sup>206</sup> Loos/Radtke, nota 164, pp. 573 y sg.

<sup>207</sup> Compár. ya supra a').

<sup>208</sup> Compár. ya supra b').

<sup>209</sup> Crít. también Loos/Radtke, nota 164, p. 11 y sg.; Scheffler, nota 25, p. 2.195; Hamm, nota 23, p. 458; Dahs, Das Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 -ein Produkt des Superwahljahres, NJW 1995, pp. 553-557, 557.

<sup>210</sup> Compár. ya nota 164.

<sup>211</sup> Detallad. Scheffler, nota 25, p. 2.193.

<sup>212</sup> Compár. la doctrina crít. en general que apunta a la limitación (fáctica) del derecho a peticionar pruebas (Scheffler, nota 25, p. 22.556 y sg.; K/M-G,

Después de lo visto un *balance* realista de las reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho y de la supuesta función de descargo sólo puede resultar *negativo* <sup>213</sup>. Ya es dudoso el *real efecto de aceleración* del § 417 y ss. Si se parte del típico caso de una presentación ante el juez desde el arresto provisional, el período entre el comienzo de las investigaciones y celebración de la vista de la causa alcanza hasta un mes <sup>214</sup>. Ello, entre otros motivos, se debe a que los AG tienen «fijadas» por semanas todas las audiencias posibles y no pueden «incluir» a corto plazo un procedimiento acelerado <sup>215</sup>. Ante ello la *duración promedio* del procedimiento ante el AG asciende a aprox. 4 meses <sup>216</sup>; duración que en causas «realmente» simples podría naturalmente ser menor. Además se deben tener en cuenta en el procedimiento acelerado los recursos normales, lo que da pie a la tesis –no comprobada empíricamente–, de que las abreviaciones legales del procedimiento dan mayor motivo a la interposición de recursos que el procedimiento normal <sup>217</sup>. Desde el punto de vista del Estado de Derecho sólo es de señalar como positiva la *reducción temporal de la prisión preventiva*. Este argumento es problemático ya que es dudoso que la orden de prisión preventiva en causas hábiles para su condena por el procedimiento abreviado sea adecuada o sustancialmente admisible. Finalmente a las reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho se contrapone tan sólo un *pequeño efecto de decongestión* también estadísticamente comprobable <sup>218</sup>. Esto se basa en que el campo práctico de aplicación del procedimiento acelerado ha retrocedido continuamente frente al procedimiento por mandato penal y al § 153a <sup>219</sup>, lo que por otra parte se podría explicar por la adecuación de los presupuestos de adaptación y aplicación de las consecuencias jurídicas <sup>220</sup>.

---

nota 34, antes del § 417, nm. 6; § 420, nm. 10) o a la anticipada apreciación de la prueba (Loos/Radtke, nota 164, p.570; Neumann, nota 25, p. 276).

<sup>213</sup> En igual sentido Loos/Radtke, nota, p. 11; Scheffler, nota 25, p. 2.195; Herzog, nota 177, p. 129; acaso también Fezer; nota 23, pp. 14 y ss.

<sup>214</sup> Compár. supra b') y Scheffler, nota 25, p.2195.

<sup>215</sup> Compár. ya supra nota 176.

<sup>216</sup> Compár. las cifras señaladas al inicio.

<sup>217</sup> Al problema de la dilación por recursos Dähn, nota 16, pp. 356 y sg.

<sup>218</sup> Compár. supra b').

<sup>219</sup> Compár. Loos/Radtke, nota 164, p. 13 como Dähn, nota 16, pp. 357 y sg. a quienes les resulta visiblemente difícil destacar los vacíos de los otros procedimientos abreviados a llenar por el procedimiento acelerado.

<sup>220</sup> Compár. sólo el § 407 y 417 por un lado como el § 407 II (pena privativa de libertad de ejecución condicional hasta un año) y el § 419 I (pena privativa



## 2. PROYECTOS SUDAMERICANOS DE REFORMA

### a) Procedimientos abreviados

#### a') Chile

En el Proyecto chileno <sup>221</sup> se encuentra un procedimiento abreviado expresamente designado como tal (procedimiento abreviado, arts. 466-475) y un procedimiento por infracciones o faltas, que también es más abreviado que el procedimiento normal.

Este *procedimiento por faltas* (arts. 445-454) se encuentra en el Proyecto porque en Chile una gran parte de las faltas caen en la esfera penal y pueden llevar aparejadas condenas privativas de libertad de hasta 60 días (arts. 494 y ss. en rel. con los arts. 21 y 56 del Código Penal). En esos casos debe sustanciarse un procedimiento oral simplificado con base a una presentación escrita del MinPubl. En caso de confesión del imputado se dicta de inmediato la sentencia; si no tiene lugar una audiencia oral abreviada.

El *procedimiento abreviado* propiamente dicho se refiere básicamente a hechos con una pena de hasta cinco años («presidio», «reclusión menor en su grado máximo» o «cualesquiera otras penas») en base a una *petición* <sup>222</sup> del MinPubl (art. 467 inc. 1). El fiscal puede formular dicha petición por *escrito* a la conclusión de las investigaciones (art. 468 frase 1, alternativa 1 en relación con art. 318) u *oralmente* en la audiencia del preparación del juicio oral (art. 468 frase 1 alt. 2 en relación con 330 y ss. <sup>223</sup>). En el último caso también es posible una modificación de la imputación acusatoria y

---

de libertad hasta un año) por el otro. En lo demás el procedimiento por mandato penal, también desde el punto de vista del legislador, es en principio prioritario (BT-Drs 12/6853, p. 35).

<sup>221</sup> Compár. ya nota 71.

<sup>222</sup> El art. 467 inc. 1 alude con falta de técnica a «proponer» («podrá proponer»), donde solamente puede pensarse en petición (cf. art. 468: «solicitud»).

<sup>223</sup> Según el art. 310 el fiscal tiene esta posibilidad ya en la audiencia de formalización de la instrucción.

de las consecuencias jurídicas para no exceder la competencia a la que se refiere el art. 467 inc 1 (art. 468 frase 2). La sustanciación del procedimiento abreviado presupone el *consentimiento del acusado*, denominado indistintamente por la ley con el término acuerdo o conformidad (art. 467 inc. 2, 471 inc. 1) <sup>224</sup>. El juez de control de la instrucción, competente para la decisión sobre la petición y sobre el fondo de la causa, debe asegurarse que el acusado ha consentido libremente, que conoce su derecho a una vista de la causa oral y también las consecuencias de su decisión (arts. 470 y 471 inc. 1). En esa audiencia deberá *aclararle*, especialmente, que con su consentimiento reconoce como ciertos los resultados de la investigación y los hechos imputados en la acusación (art. 467 inc. 2). Si se dan estos presupuestos, y un posible querellante particular no tiene objeciones <sup>225</sup>, el juez debe *dar lugar* a la petición (art. 471 inc. 1); de lo contrario, la *rechazará* –por resolución inapelable (art. 471 inc. 3) y abrirá el procedimiento principal (art. 471 inc. 2)– <sup>226</sup>.

En la *audiencia* el fiscal expone en primer lugar la acusación y el resultado principal de la investigación para luego conceder la palabra a las demás partes del procedimiento, cerrando la exposición las declaraciones del imputado (art. 472). En caso de condena, la pena no debe exceder de la solicitada por la acusación o la querella particular (art. 473 inc. 1). Además, la condena no debe descansar exclusivamente en los resultados de la investigación policial (art. 473 inc. 2). Las alternativas a la pena privativa de libertad previstas en la Ley 18.216 <sup>227</sup> tienen aplicación (art. 473 inc. 3). Las pretensiones civiles permanecen vigentes (art. 473 inc. 4). La sentencia deberá mencionar –además de las formalidades usuales (entre otras nombre de las partes del procedimiento, firma del juez)– las comprobaciones fácticas,

---

<sup>224</sup> Sin embargo el art. 467 inc. 2 menciona todavía la conformidad del acusado y del defensor; las prescripciones siguientes empero ya no mencionan al defensor.

<sup>225</sup> Conforme al art. 469 el querellante sólo puede hacer valer objeciones, si su acción privada se aparta de la acusación del MinPubl.

<sup>226</sup> Ello naturalmente también tiene por consecuencia, que debe producirse prueba en cuanto al reproche acusatorio conforme a las reglas generales, sin otorgar a las declaraciones de las partes del procedimiento algún efecto de reconocimiento u otra importancia probatoria. (compár. art. 471 inc. 2 frase 2).

<sup>227</sup> La ley 18.216 (Diario Oficial del 14.5.1983) prevé la suspensión condicional de la pena, la detención nocturna y la liberación controlada.

la apreciación conjunta de las pruebas, la valoración jurídica, así como la parte dispositiva (art. 474). Contra la sentencia caben los *recursos* de apelación y casación, que se deben ser interpuestos conjuntamente (art. 475).

*b') Bolivia*

El procedimiento abreviado del Proyecto boliviano <sup>228</sup> responde a la propuesta chilena, si bien está regulado de forma incompleta (art. 494-496).

Como ya se mencionó <sup>229</sup>, el *fiscal* puede *solicitar* el enjuiciamiento por el procedimiento abreviado en base a los resultados de la investigación policial (art. 379 N.º 4, 389) una vez concluida la investigación formal (art. 415 N.º 2). La petición es admisible si no es de esperar una pena privativa de libertad superior a 5 años (art. 479 inc. 1) y consienten el acusado y su defensor (art. 479 inc. 2). El *consentimiento* comprende el reconocimiento del hecho consignado en la acusación y la participación del imputado en él (ibid.). Sin embargo no existe una prescripción expresa para las posibilidades decisorias del juez. No obstante, de las disposiciones citadas del procedimiento normal y de las generales se infiere que la petición se dirige al *juez de instrucción* (art. 415 N.º 2), que en el marco de la «audiencia conclusiva», entre otras, decide sobre esta petición (art. 419 N.º 6), y también es competente para la decisión de la causa (art. 59 N.º 2). En cambio, se infiere del art. 480 inc. 3 que el juez de instrucción *rechaza* la petición –con base a una *audiencia* de las partes (art. 480 inc. 1)– cuando considera probable una pena mayor a la peticionada o estima necesario un mayor esclarecimiento de los hechos, e instruye al respecto al *fiscal* («intimaré», art. 480 inc. 3) <sup>230</sup>. En este caso, ni la inicial petición fiscal ni el consentimiento del imputado a la vista del hecho descrito en la acusación, tienen efecto vinculante

---

<sup>228</sup> Compár. ya nota 79.

<sup>229</sup> Compár. supra 1.3. b.

<sup>230</sup> Esta atribución instructoria del juez de instrucción existe, sin embargo, en el procedimiento francés sólo frente a la policía judicial (cf. *Barth*, nota 84, p. 103).

(ibid.). De lo contrario, así debe deducirse del art. 480 inc. 2, el juez de instrucción *da lugar* a la petición y dicta una sentencia con base en la audiencia de las partes. Esta se debe basar en la acusación y no debe exceder de la pena solicitada en ella. Contra la sentencia cabe –como en el procedimiento normal– el *recurso* de casación (arts. 481 en relación con 561 y ss.).

c') *Venezuela*

El Proyecto venezolano no prevé explícitamente un procedimiento abreviado. Sin embargo, se descubren abreviaciones frente al procedimiento normal en el Procedimiento de las Faltas y Ciertos Delitos (arts. 470-487) (similar al Proyecto chileno).

*Este procedimiento es una consecuencia de –como también en Chile– la incriminación de determinados hechos (Libro Tercero del CP), que en su mayor parte en el derecho alemán se han convertido en contravenciones administrativas. La abreviación frente al procedimiento normal consiste en que –tras un acelerado procedimiento de investigación del MinPubl (arts. 471-474)– el juez, en el plazo de tres días, decide sobre el enjuiciamiento sin procedimiento intermedio (y sin audiencia preliminar); y, dado el caso, señala audiencia para la vista de la causa (art. 475). En esa audiencia tiene lugar la recepción de la prueba y se dicta la sentencia (arts. 476-479). Como recurso solamente es admisible la apelación (art. 483).*

Frente a ello en el *procedimiento en los casos de «Flagrancia»* (arts. 434-443), se está más bien ante un procedimiento especial para sorprendidos «in fraganti» (art. 434 y 435) <sup>231</sup> que pertenece a la detención provisional y a la prisión preventiva, y no conlleva una abreviación frente al procedimiento normal. Tras la comparecencia ante el juez y la decisión sobre la continuación de la prisión preventiva (arts. 436-439), aquél ordena investigaciones policiales por un

---

<sup>231</sup> Delito in fraganti sin embargo también es el hecho «por el cual el culpable se vea perseguido por la autoridad pública, por la persona agraviada o por el clamor público» (art. 435). De manera inquisitoria el interrogante de la culpa apunta, ya aclarado, al («culpable») y al sentimiento de culpa del sospechado y de la población («clamor público») bajo desprecio de la presunción de inocencia.

período de a lo sumo ocho días, y la «audiencia preliminar» dentro de los tres días siguientes. (art. 440) <sup>232</sup>. Con base en dicha audiencia el juez decide sobre el enjuiciamiento en el plazo de noventa y seis horas (art. 441). Si la decisión es positiva, el procedimiento pasa al procedimiento normal (art. 443).

## b) Reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho

Las posibles pérdidas de garantías son compensadas en el Proyecto chileno y boliviano por la exigencia de *consentimiento* y la obligatoria *audiencia oral* (Chile) y por la audiencia de las partes del procedimiento (Bolivia) respectivamente. En ello acertó mejor el Proyecto chileno, ya que describe detalladamente los derechos del imputado y en especial contempla el peligro del procedimiento escrito y la manipulación probatoria con la prohibición de una exclusiva fundamentación policial.

El *consentimiento* del imputado siempre está bajo la reserva de una suficiente *comprensión* del contenido de la causa y del estado del procedimiento así como de las posibles consecuencias jurídicas que de ello se desprenden. Esto puede llevarse a cabo con una amplia *instrucción judicial*, como prevé el Proyecto chileno. Pero no excluye los casos en los que el acusado consiente por una situación de presión psíquica no directamente reconocible o ignorando las consecuencias jurídicas de su actuar. Esto puede ocurrir fácilmente si el acusado no está –o no está debidamente– defendido <sup>233</sup>. En este marco ha de verse en el *consentimiento (adicional) del defensor* –como propone incuestionablemente el Proyecto boliviano– un cierto

---

<sup>232</sup> En ello el art. 440 acopla el arresto con las investigaciones policiales. El detenido está –estructuralmente como en el vigente CEP– arrestado hasta la decisión sobre el «procesamiento», es decir hasta 15 días (!). Ello es una consecuencia de la carente regulación de los fundamentos para la detención y jurídicamente inadmisibles. Todo el procedimiento previsto en el art. 440 y sg. es muy complicado y largo, si el sospechado mientras tanto queda detenido todo el tiempo.

<sup>233</sup> En ello reposa el problema central de este elemento consensual desde el punto de vista de la posición del imputado, compár. en lugar de muchos: *Weigend*, nota 26, pp. 779 y sg.

seguro contra el abuso. Con ello por cierto se introduce una especie de defensa obligatoria en el procedimiento abreviado que presupone un eficiente sistema de defensa subvencionado y organizado estatalmente. Ello se echa de menos no sólo en Bolivia, Chile o Venezuela, sino también en otros Estados latinoamericanos <sup>234</sup>. Un procedimiento abreviado –como en lo demás también el procedimiento normal– compatible con las reglas del «*fair trial*» dependerá de la puesta a disposición de una defensa adecuada.

Naturalmente tal exigencia de consentimiento favorece acuerdos procesales entre las partes del procedimiento. Con ese alcance rige lo dicho precedentemente <sup>235</sup> con la diferencia de que el Proyecto chileno y boliviano adoptan estructuralmente el modelo del procedimiento angloamericano (*plea bargaining* <sup>236</sup>) y quieren postergar conscientemente de este modo el principio de la verdad material en favor de elementos consensuales. No se trata tanto de que sean tenidos en cuenta los acuerdos que concluyen el procedimiento, sino que constituyen el objetivo de esta modalidad de procedimiento.

La extensión de la competencia –a primera vista excesiva– en relación con las *consecuencias legales* debe ser relativizada en ambos Proyectos ante el trasfondo de un derecho penal material que amenaza con drásticas penas privativas de libertad (y ya por eso requiere una fundamental reforma). Con la fijación de la potestad punitiva hasta 5 años se comprenden hechos, que desde el punto de vista del derecho alemán, pertenecen a la criminalidad de menor cuantía <sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> Compár. por ejemplo Garita Vilchez, La defensa Pública en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá), San José 1991.

<sup>235</sup> Compár. II I. b) c').

<sup>236</sup> Cf. desde el punto de vista del derecho comparado: Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, Freiburg/Br. 1990, pp. 31 y ss.; crít. *id.*, Strafzumessung durch die Parteien - das Verfahren des plea bargaining im amerikanischen Recht, ZStW 94 (1982), pp. 200-226.

<sup>237</sup> Según el CP *boliviano* por ejemplo se pena la simple lesión corporal con 6 meses a 2 años de reclusión (art. 271 inc. 2), la injuria verbal de 1 mes a 1 año de trabajos forzados (art. 287), hurto común con 1 mes hasta 3 años de reclusión (art. 326 párr. 1). El CP *chileno* (art. 21 y ss.) contiene un complicado sistema de diversos tipos de pena (por ejemplo presidio, prisión, confinamiento) y para cada tipo de pena el vigente grado mínimo a máximo. Una simple lesión corporal (art. 397 N° 2) según ello, por ejemplo, es penada con «presidio menor

## CONCLUSIONES Y RECOMMENDACIONES DE LEGE FERENDA

Los procedimientos abreviados provocan numerosos problemas en el Estado de Derecho. Por ello se cuestiona la manera en que se pueden equilibrar las *pérdidas de garantías* asociadas aparente y necesariamente a dichos procedimientos. Estos, en todo caso, se pueden justificar sólo parcialmente en la generalizada y comprobada necesidad de dichos procedimientos para la superación práctica de la criminalidad común <sup>238</sup>. Como ya se expuso anteriormente, esta tesis basada en la función «descargante» de los procedimientos abreviados tampoco es siempre verificable; en lo que se refiere al procedimiento abreviado de la OPP habrá que cuestionarla <sup>239</sup>. En lo demás corresponde adherirse a *Eser* cuando afirma «que la economía procesal tiene sus límites allí donde comienzan los intereses legítimos de los afectados» <sup>240</sup>.

Aplicado al *procedimiento por mandato penal* surgen de dicho límite de lege ferenda las siguientes necesarias limitaciones propias del Estado de Derecho:

- limitación de las posibles consecuencias legales a penas *no privativas de libertad*, es decir la derogación del § 407 II 2 OPP <sup>241</sup>, <sup>242</sup>.
- posibilidad de una *previa audiencia judicial* a petición del imputado como solución más flexible frente al hoy practicado „todo“ (objeción, vista de la causa, sentencia) o «nada» (sustanciación exclusivamente escrita por intermedio de mandato penal firme);

---

en su grado medio», es decir con 10 a 15 años de pena privativa de libertad; una simple injuria escrita (art. 419) con 5 a 10 años (la oral como falta además de inmediato); un hurto simple según el monto del daño (art. 446 N.º I) con 10 a 20 años. Las faltas en todo caso pueden tener como consecuencia de 21 hasta 60 días de pena privativa de libertad.

<sup>238</sup> Así por ejemplo para el procedimiento por mandato penal: *Roxin*, nota 26, p. 469 (en contra *Gössel*, nota 112, antes del § 407, nm. 12); también *Fischer*, nota 122, antes del § 407, nm. 3.

<sup>239</sup> Compár. *supra* II. 1. b) c').

<sup>240</sup> *Eser*, nota 144, p. 669.

<sup>241</sup> Todos los §§ siguientes sin indicación en esta sección lo son de la OPP.

<sup>242</sup> Igual *Fezer*, nota 23, p.58.

- fijación legislativa del «*convencimiento de la culpa*» como presupuesto para el libramiento de un mandato penal, como complemento del § 408 III I por la frase «en especial cuando está convencido de la culpa del imputado»<sup>243</sup>;
- concretización del § 408a I ante la incomparecencia o ausencia del acusado, o enunciación de diversos motivos en el sentido del N.º 175 RiStBV;
- ampliación del *plazo de objeción* a cuatro semanas (§ 410);
- introducción de una limitada «*reformatio in peius*» en § 411 IV en relación a los hechos comprobados en la causa<sup>244</sup>, para evitar un desistimiento de la interposición de la objeción por temor a «peores» consecuencias legales.

Con respecto al *procedimiento acelerado* se plantea en general la cuestión de si debe ser mantenido en vista a su *menor* importancia y a los *serios* reparos que se señalan desde el punto de vista del Estado de Derecho<sup>245</sup>. Si se afirma esto, son necesarias desde este punto de vista *por lo menos* las siguientes modificaciones:

- Para la *consideración de aspectos de prevención especial* es necesario el siguiente complemento (segunda frase): «La causa *generalmente* no se adecúa a una sustanciación inmediata si la exacta investigación de aspectos preventivos especiales resulta no ya posible sino necesaria».
- Ajuste de los *presupuestos de aptitud* (§ 417) a la *designación de defensor* (§ 418 IV), mediante (nuevo) complemento al § 417 frase 2: «lo mismo rige, si debe designarse un defensor conforme al § 418 IV». Además no debiera prescindirse de la designación de defensor en casos de condena privativa de libertad de por lo menos 6 meses –a pesar de la oposición al § 140–, ya que la defensa en el procedimiento acelerado es más importante que en el procedimiento normal.
- Ajuste de los *presupuestos de aptitud* (§ 417) para la competencia a las *consecuencias legales* (§ 419 I), mediante la sustitución del § 419 I frase 2 por la siguiente: «Una pena privativa de libertad solamente puede imponerse cuando resulta posible el esclarecimiento de los hechos para la adecuación de la pena».

---

<sup>243</sup> Podría imaginarse la siguiente redacción para el § 408 III 1: «El juez debe dar lugar a la petición de la fiscalía, cuando esté *convencido de la culpa del imputado* y cuando para el dictado del mandato penal *en general* no se opongan reservas».

<sup>244</sup> Compár. ya nota 149.

<sup>245</sup> Por su supresión: Scheffler, nota 25, p. 2.195; Herzog, nota 177, p. 129.



— Establecer criterios claros para concluir que la petición fiscal tiene como presupuesto *suficiente sospecha* de delito (§ 170 I); ésta última a más tardar debe ser verificada por el juez a la presentación de la petición (§ 203). A continuación corresponde la siguiente media frase: «si... aparece como suficientemente sospechoso» (§ 419 III 1) en § 419 I 1, el que conforme a ello debe decir: «El juez penal... corresponder, si el *imputado aparece como suficientemente sospechoso de un delito* (§ 203) y la causa ...adapta».

— Introducción de una *exigencia general de consentimiento* del imputado y aseguramiento de una suficiente preparación de la *defensa*, mediante la complementación y modificación del § 418 II como sigue: «(tras la frase 1) en este caso debe darse al imputado un *plazo* de por lo menos cuatro y como máximo <sup>246</sup> seis días para la suficiente preparación de su defensa <sup>247</sup>. El plazo comienza con el conocimiento de la imputación del hecho. En otro caso debe notificarse al imputado. Con la notificación debe comunicársele la imputación del hecho. El *plazo de notación* es de por lo menos cuatro y como máximo seis días. El imputado debe *consentir* expresamente esta modalidad del procedimiento, en especial los plazos. Si rechaza esta modalidad del procedimiento, la causa debe devolverse al fiscal para que éste pueda formular acusación o dictar una resolución que concluya el procedimiento de investigación.

— Aseguramiento del *derecho de consentir* del § 420 III, agregando la siguiente frase 2: «El tribunal debe indicarle expresamente al imputado esa posibilidad e instruirle ampliamente sobre las consecuencias de su consentimiento».

— El § 420 IV de la OPP debe ser *suprimido* sin sustitución.

Naturalmente debe quedar claro que el proceso acelerado pierde su carácter con el requisito del acuerdo y se convierte estructuralmente en un procedimiento *consensual*. Sin embargo, las objeciones manifestadas en particular contra el acuerdo parecen ser más tolerables desde el punto de vista del Estado de Derecho que el sometimiento *ex ante* del imputado a un procedimiento abreviado.

Más allá de ello debe cuestionarse si el procedimiento acelerado no debiera limitarse en general a los casos de delito «in fraganti». En favor de ello se argumenta como única ventaja desde el punto

<sup>246</sup> Con plazos máximos se contemplan aspectos de la aceleración.

<sup>247</sup> Compár. Fezer, nota 23, p. 39.

de vista del Estado de Derecho la abreviación de la prisión preventiva <sup>248</sup>. Además parece que estos supuestos se basan en un contenido fáctico más sencillo.

Contra los Proyectos de *Chile* y *Bolivia* apenas existen reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho. Más bien provocan un interrogante inverso en cuanto plantean la cuestión de si se puede alcanzar un *verdadero efecto de aceleración o desgravación* teniendo en cuenta las audiencias particularmente extensas de las partes del procedimiento a los fines de consenso y del mantenimiento de una audiencia oral o del imputado. El material empíricamente disponible en la República Federal más bien lleva a la conclusión de que tal efecto puede ser asegurado solamente por cesación en el procedimiento de investigación en base a una amplia aplicación del principio de oportunidad (inclusive de nuevas formas de solución de conflicto <sup>249</sup>) o por un procedimiento sustancialmente escrito como el procedimiento por mandato penal. Por cierto que un procedimiento escrito abreviado no está contemplado por buenas razones en los Proyectos sudamericanos. La tradición inquisitiva de la forma escrita –en gran parte vigente– en las leyes de procedimientos del Continente, plantea la necesidad de una *ruptura radical con la escrituralidad* para prevenir el peligro de su reconstrucción y posible extensión al procedimiento normal.

---

<sup>248</sup> Similar Loos/Radtke, nota 164, p. 13.

<sup>249</sup> Compár. en especial para la indemnización ya nota 38.