

**“CURSO FUNDAMENTAL DE DERECHO PROCESAL PENAL” DE KLAUS
VOLK**

Antonella DONNES*

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2017

Fecha de aceptación: 16 de octubre de 2017

VOLK, Klaus, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (título original: “Grundkurs StPO”, 7.ª ed., 2010, Múnich, Beck Verlag, trad. Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse), 1.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, 527 pp.

I. Introducción

La rigurosa traducción de *Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse* de esta obra brinda una excelente herramienta tanto a estudiantes como a docentes e investigadores de habla hispana en el estudio del sistema procesal penal. Se trata de un manual que mediante múltiples referencias a la legislación, jurisprudencia y doctrina germana permite un acceso integral al conocimiento de dicho régimen. La traducción publicada hacia fines del año pasado por Hammurabi es de gran valor, pues brinda un gran marco de referencia dada la exigüidad en nuestro país de manuales alemanes actualizados en materia procesal penal.

El libro se compone de cuarenta capítulos y contiene algunas indicaciones finales para analizar el texto de la ley y para la solución de casos y preguntas formuladas a lo largo del texto. Entre los

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura “Elementos de Derecho penal y procesal penal”, cátedra del Prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. SANCINETTI. Contacto: donnes@estudio.name.

temas abordados se destacan los relativos al proceso penal, su marcha y sus fines, la constitución, organización y competencia de los tribunales, las facultades y posición jurídica de la fiscalía, la policía, el imputado, su defensor y el ofendido. Cada etapa del procedimiento posee un capítulo propio y allí encontraremos las explicaciones relativas al procedimiento de investigación, al procedimiento intermedio, al procedimiento principal, a la sentencia y finalmente a los recursos y las costas del proceso. Algunos capítulos se encuentran dedicados a la exposición de reglas generales en materia procesal (injerencias y medidas de coerción, presupuestos procesales, actos procesales, máximas procesales, cosa juzgada, etc.), mientras que otros se orientan hacia temas más específicos, tales como los referidos a las clases especiales de procedimientos y los acuerdos en el proceso penal alemán. Por último, la obra presenta una dedicada exposición de los medios de prueba y los conceptos fundamentales del derecho probatorio, en particular en lo relativo a las prohibiciones probatorias, al método de la libre valoración de la prueba y a las máximas procesales vinculadas al deber de esclarecimiento, el derecho a requerir prueba, la oralidad y la inmediación en la recepción de la prueba.

Es de destacar el carácter didáctico y dinámico del libro, así como también el recurso a cuadros explicativos, sinopsis y preguntas para facilitar la comprensión del texto, cuyas respuestas se encuentran hacia el final de la obra. Se trata de un manual que aborda diversas temáticas actuales y que lo hace desde una perspectiva práctica, mediante la utilización de numerosísimos ejemplos y casos, lo que merece gran aprobación.

A continuación se destacarán tan solo algunos aspectos del régimen procesal penal alemán desarrollados por KLAUS VOLK a los fines de brindar un panorama general del sistema germano, —tanto desde un punto de vista normativo como jurisprudencial— y señalar los puntos de conexión, así como también aquellos que lo distancian del sistema argentino. Se aclara que al tratarse de un manual no será posible realizar un análisis crítico de la opinión personal del autor (que se deja entrever levemente en tan solo algunos de los tópicos abordados), por lo que este trabajo se limitará simplemente a describir y a exponer los aspectos más relevantes desarrollados a lo largo de la obra.

II. Etapas del procedimiento penal alemán

La estructura general del proceso penal alemán (Capítulos 4, 8, 12, 16 y 17) es similar a la de nuestro país. Este consta de tres etapas: en primer lugar, el *procedimiento preliminar* o *procedimiento de investigación*, en el que se aclaran las circunstancias del caso a fin de decidir si existe motivo

suficiente para la elevación de la acusación (§ 170, inc. 1, Código procesal Penal Alemán, en adelante StPO). Este estadio, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país bajo el actual código procesal, cuyos resabios inquisitivos aún permiten la actuación acusatoria del juez de instrucción,¹ se encuentra a cargo de la fiscalía en todos los casos,² auxiliada muchas veces por la policía. El juez solo puede entrar en acción cuando la fiscalía se lo requiere (§ 163, inc. 2, 1.ª oración, StPO). Esto ocurre en los casos en que la fiscalía quiere promover diligencias de investigación que solo el juez puede ordenar (orden de captura, intervención de agentes encubiertos, etc.). Excepcionalmente, en casos de peligro en la demora, el juez puede tomar la iniciativa como “fiscal de emergencia” (§ 165, StPO).

Como fuentes de inicio del procedimiento VOLK señala: la denuncia penal, la instancia de persecución penal y otras vías tales como los conocimientos obtenidos privadamente o en servicio. Las denuncias pueden ser anónimas o confidenciales pero siempre deben ser procesadas, es decir que debe examinarse si dan sustento a una sospecha inicial. Estas contienen la comunicación de una serie de hechos que sugieren un delito: se trata de una declaración de conocimiento. La instancia de persecución penal contiene también este elemento y, además, el deseo de que las autoridades de la persecución penal investiguen y acusen, es decir, una declaración de voluntad, aunque el autor aclara que en la práctica no se suele distinguir entre ambas modalidades. También puede ocurrir que encontrándose en servicio la fiscalía o la policía, estas tomen conocimiento de circunstancias que fundamenten una sospecha inicial. En ese caso, deben intervenir por sí mismas o procurar que actúen los funcionarios competentes. Por último, la posición prevaleciente indica que también existe un deber de dar curso a investigaciones cuando fiscales o policías advierten un hecho delictivo en el marco de su vida privada. Esto último se encuentra, sin embargo, discutido en doctrina.³

¹ La modificación de este aspecto en la Argentina aún se hace esperar debido a la falta de implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación —sancionado por el Congreso Nacional con fecha 4 de diciembre de 2014 mediante Ley 27.063—, que en su art. 196 determina que será el representante del Ministerio Público Fiscal quien dirigirá la investigación preparatoria. Para un comentario crítico del nuevo código véase PASTOR, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

² La figura del juez de instrucción fue suprimida en Alemania ya en el año 1974.

³ La discusión se refiere, sustancialmente, al alcance que cabe otorgarle al § 258a, StGB (Código Penal alemán) en cuanto sanciona a quien intencional o conscientemente impide que otro sea castigado de acuerdo con la ley penal por un hecho antijurídico o que sea sometido a una medida.

Si de ello no resulta una sospecha “suficiente” o si el caso aparece como uno de bagatela o indigno de ser perseguido, o bien la culpabilidad del autro resulta escasa y no existe un interés público en la persecución, la fiscalía sobresee el proceso. El margen de apreciación de la fiscalía es con frecuencia bastante amplio, aunque en la mayoría de los casos se exige el consentimiento del tribunal —a excepción de los casos de delitos leves—, pero no así el del imputado, quien ni siquiera debe ser escuchado. Por el contrario, en los supuestos en que es el tribunal quien dicta el sobreseimiento, el imputado puede oponerse e intentar lograr una absolución, aunque con el riesgo de ser condenado. En los casos de falta de sospecha suficiente o de delitos leves, si es la fiscalía la que dispone el sobreseimiento, este no produce efectos de cosa juzgada y las investigaciones pueden ser retomadas sin más. Pero también cuando es el tribunal el que dispone el sobreseimiento, el efecto de cosa juzgada es limitado y se admite un nuevo procedimiento en algunos casos.⁴ Existe, además, un procedimiento en gran parte criticado, de conclusión simplificada, en donde el imputado puede lograr la extinción de la acción penal mediante determinadas prestaciones monetarias.⁵ En todos los otros casos, la fiscalía eleva la acusación mediante un escrito en el que se describe el hecho imputado y se determina el objeto procesal y los posibles autores.

Así se arriba a la segunda etapa del proceso, denominada *procedimiento intermedio*,⁶ en la que es el tribunal el que decide acerca de si existe la sospecha suficiente afirmada por la fiscalía y luego, en caso de que así sea, admite el paso de la acusación al juicio oral.⁷ El presidente del tribunal comunica al inculpado el escrito de acusación y lo invita a presentar requerimientos de prueba o a oponer objeciones o excepciones antes de la decisión sobre la apertura del procedimiento principal. Una vez dictado, el tribunal queda vinculado al auto de apertura, no puede luego dejarlo sin efecto y el imputado tampoco puede impugnarlo. En caso de rechazo de la apertura del juicio, el efecto de cosa juzgada es limitado, pues la acusación puede renovarse si surgen hechos nuevos.

⁴ Fundamentalmente, cuando sean conocidos nuevos hechos o medios de prueba. Al respecto, véase p. 186.

⁵ Cfr. pp. 186 ss. Se trata de un procedimiento que opera mayormente en el ámbito de la criminalidad económica y que desde distintos sectores ha sido criticado bajo el nombre de “parágrafo del millonario”. Por lo general consiste en el pago de dinero a instituciones de interés público, no se imponen consecuencias de carácter penal y la condena no implica un antecedente penal.

⁶ Este no rige en los procesos por mandato penal ni en los procedimientos acelerados que a continuación se exponen.

⁷ También cabe, en esa instancia, el sobreseimiento por razones de oportunidad con el consentimiento de la fiscalía y del procesado (§§ 153 ss., StPO).

Es de destacar que a diferencia de sistemas procesales como el argentino, este juicio de mérito es realizado por el tribunal que intervendrá en el juicio oral. Al respecto, caben dos consideraciones: por un lado, es de celebrar que no sea el mismo sujeto que ha llevado adelante la investigación hasta aquel momento quien decida sobre la elevación de la causa a juicio oral, tal como sucede en nuestro país durante la etapa “crítica”, que de *crítica* poco tiene. Por otro lado, sin embargo, la solución ofrecida por la legislación alemana podría implicar cierto riesgo de parcialidad, en tanto el tribunal que decidirá la condena o absolución del imputado ya ha tomado conocimiento de la causa y se ha pronunciado previamente en el sentido de que la acusación es, por lo menos, plausible.

Por último, en el procedimiento principal se prepara y realiza el juicio oral (§§ 212 a 275, StPO). En primer lugar se interroga al acusado sobre sus datos personales, luego se le lee la acusación y se le concede la posibilidad de declarar sobre los hechos (si así lo desea). A continuación se pasa a interrogar a los testigos y a los peritos⁸ y se realiza toda otra producción de prueba para finalmente llegar al momento en que la fiscalía y la defensa alegan. Luego de ello, se le concede la última palabra al acusado y, por último, el tribunal delibera y da a conocer la sentencia. Muchas son las similitudes con nuestro sistema en la etapa del debate: jueces con derecho a preguntar,⁹ poca relevancia otorgada al sistema de *cross examination*, lectura de actas para eliminar lagunas en la memoria y contradicciones del testigo, incorporación de actas sin lectura pública, etc.¹⁰

El autor aclara, sin embargo, que este modelo es, en la práctica, una excepción, puesto que solo unos pocos casos llegan al tribunal y la mayoría no se encausa en el proceso ordinario, sino que se resuelven en el procedimiento por mandato penal (§§ 407 ss., StPO). Se trata de un instituto por cierto criticable, puesto que consiste en un procedimiento sumario en el que se decide según el estado del expediente, sin juicio oral, de forma no pública, sin la participación de jueces legos y sin que un defensor sea necesario en todos los casos.¹¹ Además, el imputado no

⁸ También se encuentra prevista la posibilidad de realizar “interrogatorios por comisión” (§ 244, inc. 1, StPO) en los casos en que, ante la amenaza de perder prueba, se anticipa una parte del juicio oral y se interroga a peritos y testigos cuyas declaraciones se vuelcan en un acta que puede ser leída en el juicio oral.

⁹ La regulación del nuevo código procesal penal argentino expresamente prohíbe a los jueces formular preguntas —con la excepción, sumamente criticable, de los casos de procedimientos abreviados—.

¹⁰ Se trata de aspectos que en la actualidad son criticados por la doctrina cada vez con mayor frecuencia dado el alegado carácter “inquisitivo” que implicarían, o bien por contrariar el carácter oral y público de la etapa del debate.

¹¹ Al respecto, véase el cap. 33.

debe estar presente, sino que puede hacerse representar por un defensor, el principio de la inmediación puede derogarse con consentimiento del imputado, el derecho de presentar pruebas se halla prácticamente suprimido y la prohibición de la *reformatio in peius* aquí no rige. El imputado debe, en consecuencia, optar por aceptarlo o insistir con un juicio oral, pero se arriesga a que la pena resulte más elevada. No obstante, el Tribunal Constitucional ha defendido la constitucionalidad del instituto con el argumento de que el procedimiento de mandato penal resulta inofensivo respecto de las capacidades de impugnación y que no resulta contradictorio con el sistema procesal penal alemán.¹²

III. Otras clases especiales de procedimiento

Además del procedimiento por mandato penal, la legislación del StPO prevé un procedimiento acelerado (cfr. §§ 417 a 420, StPO) para casos de circunstancias sencillas o situaciones probatorias diáfnas (cfr. Capítulo 33). En dichos supuestos, la fiscalía presenta el requerimiento de decisión e inmediatamente con ello comienza el juicio oral, es decir, no hay escrito de acusación, así como tampoco procedimiento intermedio. Aquí también puede prescindirse de la presencia de un defensor en los casos de sanciones más leves y el principio de inmediación puede ser dejado sin efecto mediando consentimiento. VOLK explica que dicho procedimiento fue instituido a los fines de agilizar la justicia penal, pero que la criminalidad pequeña y mediana puede combatirse de forma no menos efectiva en un procedimiento normal, impulsado velozmente. Tras una fuerte crítica, el referido autor concluye, con acierto, que las pérdidas seguras en formalidad, justicia del caso individual y lealtad no se compensan con una ganancia incierta en el plano temporal.¹³

Un tratamiento aparte merecen los acuerdos en el proceso penal alemán conocidos como “sentencias concertadas”.¹⁴ Estas tienen lugar en todos los estadios y funcionan de forma similar a *plea bargaining* estadounidense aunque en Alemania el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada por el tribunal y que no le impide a este

¹² Cfr. BvefGE t. 3, pp. 248 y 253; cfr. ESER, “Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la ‘reprivatización’ del proceso penal?”, en *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*, AMBOS (ed.), Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005, S. p. 87.

¹³ Cfr. p. 415.

¹⁴ Cfr. cap. 30.

ulteriores investigaciones.¹⁵ Se mencionan aquí tan solo algunas reglas del instituto en cuestión: la pena no puede establecerse y asegurarse con exactitud fuera del juicio aunque es admisible mencionar un límite penal máximo adecuado a la culpabilidad y efectuar la promesa de no excederlo. El BGH ha sostenido que si bien se permite indicar la regla de que una confesión opera morigerando el castigo y mencionar para este caso un cierto monto de pena, no puede ofrecerse como alternativa una pena mucho más alta, pues esta “brecha sancionatoria” constituye una inadmisibles coacción.¹⁶ Respecto del acuerdo deben poder manifestarse todos los intervinientes en el proceso (coimputados, acusadores adhesivos, etc.). Anteriormente, las resoluciones sobre una condena en suspenso no eran negociables de antemano, mientras que ahora sí lo son.

También se encuentra establecido que no puede ser determinada como condición una renuncia a los recursos, aunque, tal como bien observa VOLK, un acuerdo sin renuncia a los recursos en gran parte carece de sentido. Claro que lo contrario de todos modos lesionaría gravemente el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 al CEDH en lo que a la garantía de doble instancia se refiere. El problema parece, tanto allí como en nuestro país, irremediable. Finalmente, el acuerdo es vinculante; sin embargo, la obligatoriedad decae cuando el marco penal ofrecido ya no resulte adecuado para el tribunal (§ 275 c, inc. 4.º, 1.ª oración, StPO). Cabe preguntarse, tal como lo hace el autor, ¿para qué entonces un acuerdo formal si el principio inquisitivo puede invalidar el consenso? Más cuestionable aun es la disposición que autoriza al tribunal a salirse del convenio “cuando la conducta procesal del acusado no se corresponda con la conducta que sirvió de base al pronóstico del tribunal” (§ 275 c, inc. 4.º, 2.ª oración, StPO), lo que constituye a juicio de VOLK una verdadera amenaza.¹⁷ Asimismo, en su opinión esta clase de acuerdos son siempre peligrosos puesto que ponen bajo presión al imputado, quien debe decidirse por firmar el acuerdo a fin de evitar el riesgo de una pena más alta, pero renunciar a la chance de una absolución y brindar una confesión a la que se opone. En definitiva, a juicio del autor estos acuerdos ponen en peligro la validez de diversos principios del derecho procesal tales como el principio de legalidad procesal, el de culpabilidad, el de oralidad y publicidad, y el deber de esclarecimiento del tribunal

¹⁵ Cfr. SCHÜNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Revista de Derecho Penal de Montevideo*, Fundación Cultura Universitaria, n.º 11, junio de 2000, p. 113.

¹⁶ Cfr. BGH, NStZ 2007, p. 655; 2008, p. 170.

¹⁷ Cfr. p. 397.

(§ 257c, inc. 1.º, 2.ª oración, StPO), lo que oculta una eventual duda (*in dubio pro reo*) y afecta el principio *nemo tenetur*.¹⁸

Por último, en lo que concierne al procedimiento contra ausentes (§§ 276 a 295, StPO)¹⁹ cabe diferenciar los casos en los que el acusado *no comparece* (el juicio oral por regla no puede tener lugar), de aquellos en donde el acusado está *ausente*, supuestos en los que únicamente puede promoverse contra él un procedimiento de aseguramiento de la prueba. La regla general es, por tanto, la prohibición del proceso en contumacia (cfr. § 230, inc. 1, StPO).²⁰

IV. Organización, constitución y competencia de los tribunales alemanes

Enseña VOLK (Capítulo 5) que de acuerdo con las reglas de competencia objetiva, el asunto en primera instancia puede quedar radicado en el tribunal municipal, en el tribunal estadual o en el tribunal superior estadual. El Tribunal Supremo Federal nunca actúa en primera instancia, sino solo en el procedimiento de casación.

¹⁸ Sumamente crítico al respecto se muestra SCHÜNEMANN, para quien el procedimiento penal europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable por la adopción del *plea bargaining* que en Alemania ha desnaturalizado completamente la estructura procesal de la StPO centrado en los principios de verdad material y deber judicial de esclarecimiento de los hechos. En la opinión de este autor, cuando los acuerdos son realizados, como resulta habitual en Alemania, fuera del juicio oral, sin la presencia del acusado ni de los escabinos o también en forma de charla, se lesionan los principios de oralidad, de intermediación o de publicidad y la garantía del juez legal. Asimismo, la presunción de inocencia se ve afectada por toda iniciativa del juez dirigida a obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral, así como por cualquier decisión condenatoria tomada sobre la base de una magra confesión del acusado. Así pues, en la visión de SCHÜNEMANN, los acuerdos intentan regular los conflictos mediante criterios de poder y permiten ejercer las más brutales coacciones sin el menor peligro de sanción, al tiempo en que hacen desaparecer la sustancia moral del derecho penal, cfr. SCHÜNEMANN, *supra* nota 15, pp. 111-118. Por su parte, ESER sostiene en el mismo sentido que los acuerdos podrían lesionar el principio de legalidad, el principio de oficialidad, la presunción de inocencia, la máxima de lealtad en el proceso penal (*fairness*), el principio de justa aplicación de la pena y el principio de igualdad de trato, cfr. ESER, *supra* nota 12, p. 65. Para un análisis exhaustivo del instituto del procedimiento abreviado, consúltese LANGER, “La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglo-Sajona: Algunas Reflexiones a Partir del Procedimiento Abreviado”, en *El procedimiento abreviado*, pp. 114-123, MAIER y BOVINO (comps.), del Puerto, 2001.

¹⁹ Cfr. p. 416.

²⁰ Sobre las excepciones del deber de estar presente, véase p. 280 (por ejemplo, en casos penales de poco significado).

En el tribunal municipal actúan el juez unipersonal y el tribunal de escabinos y su competencia se encuentra limitada a aquellos delitos que prevean una pena de hasta cuatro años de prisión. Los casos en los cuales sea esperable una pena superior corresponden, por tanto, al tribunal estadual. El juez penal decide sobre las acciones privadas e infracciones en las cuales no resulta esperable una pena superior a dos años de prisión, mientras que el tribunal de escabinos decide sobre la criminalidad intermedia y se compone de un juez profesional y dos legos.

Respecto de la competencia objetiva del tribunal estadual cabe decir que en primera instancia deciden grandes cámaras penales, compuestas por tres jueces profesionales y dos legos. Junto a las grandes cámaras existen otras especiales, a saber: el tribunal de jurados, que decide sobre delitos capitales, la cámara en lo penal económico, la cámara de protección del Estado y la cámara de protección para la juventud. En materia de recursos el tribunal estadual decide sobre apelaciones contra sentencias del tribunal municipal (juez penal y tribunal de escabinos). Es competente para ello una pequeña cámara penal compuesta por un juez profesional y dos escabinos. Sobre las quejas contra decretos del juez ante el tribunal municipal decide en cambio una gran cámara penal, sin intervención de jueces legos.

Por su parte, el tribunal superior estadual se encuentra compuesto por tres o cinco jueces profesionales y resulta competente para los delitos de protección del Estado, así como para determinados hechos de asesinato y delitos de peligro común que se dirijan contra la existencia, la seguridad o la Constitución de la República Federal alemana. Respecto de la competencia en materia de recursos, en el tribunal superior estadual hay senados compuestos por tres jueces profesionales que resuelven mayormente sobre la casación *per saltum* contra las sentencias del tribunal municipal y sobre las quejas contra autos del tribunal estadual.

Por último, el Tribunal Supremo Federal se compone de cinco senados penales que resuelven sobre casaciones contra sentencias de primera instancia del tribunal superior estadual y de la gran cámara del tribunal estadual, así como también sobre determinadas quejas. Cuando se trata de una cuestión jurídica de importancia fundamental puede decidir el Gran Senado para Asuntos Penales, constituido por el presidente del Tribunal Supremo Federal y dos miembros de cada senado.

En cuanto a la constitución de los tribunales alemanes, es de destacar, por su diferencia con nuestro sistema en el ámbito nacional y de la Capital Federal, la presencia de jueces legos

denominados “escabinos”.²¹ El clásico tribunal por jurados en el cual los jueces legos deciden sobre la cuestión de la culpabilidad y los jueces profesionales sobre la cuantificación de la pena ha sido abandonado en 1924. Actualmente los escabinos deciden sobre la cuestión de la culpabilidad y la pena, así como sobre cuestiones de hecho y de derecho, de manera conjunta con los jueces profesionales y con igual derecho de voto. Sin embargo, a diferencia de aquellos, los escabinos deben formar sus convicciones únicamente a partir del juicio oral y no tienen por tanto derecho a examinar el expediente. Al abordar este tema, el autor muestra una gran desconfianza hacia el sistema de participación ciudadana en la judicatura penal al entender que en una sociedad moderna y profesionalizada “se trata tan sólo de romanticismo social del siglo XIX”, y concluye que no es demostrable que la participación de jueces legos tenga algún valor, aunque agrega, tampoco resulta dañina.²² En este punto habría sido interesante, tal vez, un mayor desarrollo del autor en torno al sistema de tribunales escabinos y, en particular, respecto del sistema de valoración de la prueba por parte de los jueces legos.

V. Los intervinientes en el proceso

El sistema alemán es muy similar al argentino en lo que respecta a las partes intervinientes en el proceso. Estas son ante todo el imputado, su defensor, la fiscalía, el acusador adhesivo y el acusador particular (cfr. Capítulo 20). Además, existen intervinientes accesorios como el ofendido.²³ El imputado debe estar presente en el juicio oral, pues, tal como fue dicho, no existe en la actualidad el proceso en contumacia (§ 230, inc. 1, StPO). El defensor debe hallarse presente solo en los casos de defensa necesaria (§ 145, inc. 1, StPO). La fiscalía también debe estar presente mediante algún representante en el juicio oral (§§ 226-227, StPO) aunque no es necesario que sea el mismo durante todo el proceso, ciertamente, ni tampoco durante el juicio oral.

El acusador adhesivo se adhiere a la acusación pública (§§ 395 ss., StPO). Persigue una reparación personal y el castigo del imputado; no tiene deber de estar presente y tampoco puede poner en marcha el proceso por sí mismo, a diferencia del acusador privado. Sin embargo, él no

²¹ Cfr. pp. 56-57.

²² Cfr. p. 57.

²³ En el proceso también participan testigos, peritos, funcionarios de la policía o del tribunal, aunque no son considerados intervinientes en el proceso en sentido estricto. El tribunal tampoco pertenece a esta categoría puesto que intervinientes en el proceso son todos aquellos que ejercen derechos procesales o que indirectamente resultan afectados por una decisión.

es un auxiliar de la fiscalía, sino que se entiende que actúa más bien controlando a esta última. En tiempos recientes la víctima ha logrado una mayor consideración tanto en el derecho procesal penal, ya en virtud de la sanción de la Ley de Protección de las Víctimas, como también en el ámbito del derecho penal material en el que se presta una atención más intensa a la noción de reparación.²⁴ El autor se muestra algo escéptico respecto de la legitimidad de esta figura y entiende, correctamente, que la concesión al acusador adhesivo de derechos propios amenaza el balance con los legítimos intereses del acusado y pone el acento en la venganza en lugar de la resocialización.²⁵

Por su parte, el acusador privado (para el caso de las acciones privadas) persigue el mismo interés pero puede actuar en lugar de la fiscalía y tiene el deber de estar presente, al menos mediante un representante. Entre los intervinientes accesorios se encuentra el ofendido (la víctima), quien puede atender sus propios intereses y, por ejemplo, evitar que se le atribuya responsabilidad. En caso de constituirse en acusador adhesivo obtendría derechos adicionales.

VI. Principios de la persecución penal. Posición de la fiscalía y la policía

Explica VOLK (Capítulos 6 y 7) que en el derecho procesal penal alemán las funciones del acusador y del juez se encuentran separadas y no se concibe la posibilidad de un proceso sin acusación (principio acusatorio). En rigor de verdad, tal como el propio autor lo señala en diversos pasajes, el vigente proceso penal regulado en la StPO es denominado “proceso acusatorio con principio de averiguación” (“*Anklageverfahren mit Ermittlungsgrundsatz*”) y no se identifica ni con el proceso inquisitivo del derecho común, ni con el proceso acusatorio puro. El elemento acusatorio se encontraría en la función y posición que ocupa la fiscalía, como única autoridad que incoa el proceso y formula la acusación. El elemento inquisitivo en cambio, consistiría en que, tras la incoación del proceso, a instancias de la fiscalía, el juez investiga y realiza las pruebas. Tal como se verá más adelante, rige el proceso el principio de oficialidad y la búsqueda de la verdad material en cabeza del Estado: el proceso alemán no es concebido como un proceso de partes.²⁶

²⁴ Cfr. ESER, *supra* nota 12, p. 66.

²⁵ Cfr. p. 467. El nuevo código procesal penal de nuestro país también recepta esta nueva tendencia de otorgar cada vez más facultades a la parte querellante.

²⁶ Cfr. GARCÍA FALCONÍ/AMBOS, *Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Instituto ecuatoriano de derecho penal e investigaciones criminales, Quito, Cevallos, 2011, pp. 245-246. Cabe señalar sin embargo, las dificultades que conlleva la tarea de catalogar determinado sistema como acusatorio o

Así como ocurre en la Argentina, la mayoría de los delitos son perseguibles de oficio, pero existen algunos delitos de instancia en los que se requiere la petición del ofendido para dar curso a la persecución penal. En este último caso, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema, el ofendido no solo puede no presentar la instancia de persecución penal, sino que aun luego de presentarla puede retirarla y, en consecuencia, la fiscalía se verá impedida de continuar con la investigación. También existen los delitos de acción privada, en los que el ofendido puede ejercer por sí mismo la acción penal en lugar de la fiscalía, aunque curiosamente la fiscalía puede asumir en cualquier momento la continuación del proceso, aun en contra de la voluntad del acusador privado.

Al igual que en nuestro país, en Alemania rige el principio de oficialidad, por lo que la persecución penal en su conjunto es un deber del Estado (§§ 160, inc. 1 y 163, inc. 1, StPO), así como también es deber del Estado actuar ante el conocimiento de un hecho punible (principio de legalidad conforme al § 170, inc. 1, StPO). Cabe destacar, sin embargo, que en algunos casos, por razones de conveniencia, la fiscalía tiene permitido prescindir de la acusación y sobreseer un asunto (principio de oportunidad conforme al § 153 ss., StPO).²⁷ Se trata de casos de menor culpabilidad, falta de interés público en la persecución o bien de insignificancia de los daños. En estos supuestos, el pedido de sobreseimiento o archivo por parte del fiscal es por sí mismo concluyente si se trata de hechos de poca gravedad en los que no hay pena mínima fijada, mientras que tiene que ser aprobado por el tribunal si se trata de delitos también de menor cuantía pero de cierta gravedad (mínimo de pena inferior a un año de prisión). Resulta llamativo que a excepción de estos casos de sobreseimientos basados en el ejercicio del principio de oportunidad, la determinación de sobreseer no hace cosa juzgada ni impide una posterior reapertura del trámite.

En Alemania todos los fiscales se subordinan en última instancia al Ministro de Justicia. La fiscalía constituye una estructura jerárquica y monocrática que pertenece ciertamente al poder ejecutivo, aunque posee una fuerte afinidad hacia la judicatura en virtud del deber de objetividad (§ 160, inc. 2, StPO), el poder de adoptar decisiones propias (como en los casos de

inquisitivo, frente a los numerosos y diversos usos en doctrina de dicha dicotomía. Al respecto, véase LANGER, *supra* nota 18.

²⁷ Más aún: se sostiene que el principio de legalidad se convierte casi en una excepción debido a la consolidación de las posibilidades previstas en los §§ 153 y 154e, StPO, especialmente aplicables al campo de la criminalidad de bagatela. Asimismo, también el principio de oficialidad ha experimentado una nueva restricción a través de la consolidación de la posibilidad de que intervenga la víctima; cfr., ESER, *supra* nota 12, p. 61.

sobreseimiento) y su función de “guardiana de la ley”.²⁸ Pese a ello, la fiscalía es considerada un órgano de la administración de justicia relativamente independiente. A modo de ejemplo, durante la fase preparatoria la fiscalía solo debe recurrir al juez a los fines de lograr la aprobación judicial de ciertas medidas coercitivas. Este examen, sin embargo, se limita a evaluar la legalidad de la medida, mas no su conveniencia. Los jueces, por tanto, no poseen atribuciones propias en la investigación, sino que actúan autorizando las iniciativas de la fiscalía (§ 162, StPO).²⁹

Asimismo, el fiscal posee una libertad de actuar relativamente amplia respecto de sus superiores. Pueden existir indicaciones de su superior pero en caso de oposición fundada del fiscal, el superior no puede instarlo a que obedezca y puede sustituirlo o asumir él mismo la acusación. Más cuestionada en cambio se encuentra la sujeción de la fiscalía a la jurisprudencia en los supuestos en que pese a considerar una conducta no punible, el fiscal sabe que los tribunales son de otra opinión. Se aduce que en caso de omitir una acusación la fiscalía ejercería un poder judicial y que, por lo tanto, ha de estar vinculada a la interpretación de los tribunales cuando esta posición jurídica sea uniforme.³⁰

Por su parte, la policía se encuentra subordinada al Ministerio del Interior y está obligada a actuar conforme a las directrices de la fiscalía (§161, 2.^a oración, StPO). Esta última puede asumir por sí misma las investigaciones (§ 161 I, primer inciso, primera alternativa, StPO) o permitir que sean realizadas por la policía (§ 161 I, primer inciso, segunda alternativa, StPO), la que, como “brazo prolongado de la fiscalía”, está obligada a satisfacer el requerimiento o la instrucción del ministerio fiscal (§ 161 I, segundo inciso, StPO) y se encuentra vinculada en el ámbito represivo a las órdenes de este último. La policía sería así una suerte de mandataria del ministerio fiscal. Sin embargo, la realidad del proceso es bien distinta, pues en la práctica existe un gran dominio policial en la fase de la investigación, que ha ido reemplazando poco a poco al Ministerio Fiscal como amo y señor del procedimiento de investigación. Lo cierto es que este último posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de delincuencia grave, como delitos capitales y delincuencia económica. Pero en todos los demás casos, es decir, en los supuestos de criminalidad media y baja, y especialmente en el ámbito de la lucha preventiva contra la

²⁸ Cfr. pp. 67-68.

²⁹ A excepción de los supuestos ya mencionados de peligro en la demora.

³⁰ Cfr. VOLK, p. 179.

delincuencia para combatir la criminalidad organizada, el verdadero dueño y señor de la investigación ha pasado a ser la policía.³¹

VII. La figura del defensor

En el capítulo 11 de la obra reseñada KLAUS VOLK se dedica a trazar las líneas generales que caracterizan la figura del defensor. Se trata de una temática interesante en razón de las diferencias que pueden observarse entre el sistema alemán y el argentino. En efecto, ambos sistemas jurídicos son, a grandes rasgos, similares en el nivel constitucional, pero difieren en la configuración positiva del derecho de defensa en el nivel de leyes procesales. La diferencia esencial está dada por el hecho de que en Alemania existe solo un derecho a contar con un abogado defensor (§ 137, StPO) mientras que el ordenamiento argentino impone la obligación (arts. 104 y ss., CPPN).³²

En efecto, en Alemania en principio es el imputado quien decide si quiere autodefenderse o si elige a un defensor. Solo en los casos excepcionales del § 140, StPO³³ existe una defensa técnica obligatoria. En el sistema procesal argentino, en cambio, si el imputado no elige a un abogado defensor de su confianza, automáticamente se le designa un defensor oficial. Esta diferencia esencial del derecho a un abogado defensor —en un caso como un derecho disponible y en el otro como un derecho irrenunciable— se manifiesta durante todo el proceso. Así es que en Alemania el abogado no está obligado a asistir a todos los interrogatorios del imputado —ni siquiera existe un derecho a que asista, por ejemplo, a los interrogatorios efectuados por la policía— y en la mayoría de los casos el StPO prevé solo un derecho de asistencia al debate y no contiene una obligación de alegar para el defensor.³⁴

Se destacan también otras diferencias. En Alemania el imputado puede designar hasta tres abogados, puede participar activamente en la elección de su defensor público y puede hacerse defender por un abogado particular también en los casos de defensa pública. Así es que un abogado puede trabajar como defensor público y defensor designado al mismo tiempo. Asimismo,

³¹ Cfr. GARCÍA FALCONÍ/AMBOS, *supra* nota 26, pp. 35-63.

³² Cfr. RICHTER, *Usted tiene derecho a un abogado. Una comparación de la posición del defensor penal en Alemania y en Argentina*, manuscrito inédito. En dicho texto la autora analiza *in extenso* las diferencias entre ambos sistemas aunque con particular referencia al sistema procesal penal cordobés.

³³ Se trata de casos excepcionalmente complejos o de supuestos en los que al imputado se lo acusa por un delito grave o se halla en prisión preventiva o internado en un hospital psiquiátrico, u otros casos en los que el imputado evidentemente no pueda autodefenderse.

³⁴ Cfr. RICHTER, *supra* nota 32.

en el sistema procesal penal alemán, conforme al § 146 StPO se prohíbe la defensa múltiple, es decir que si hay identidad fáctica, un defensor puede defender solo a un imputado. Lo que se intenta evitar es una eventual colisión de intereses y el imputado no puede decidir nada al respecto.

La última cuestión abordada por el autor se refiere al derecho de comunicación entre el imputado y su mandante. Cabe decir que, tanto en el ordenamiento alemán como en el argentino, la comunicación entre ambos se halla especialmente protegida. No obstante, pueden identificarse algunas diferencias que probablemente respondan a una diversa concepción del instituto de la defensa. En Alemania existe, por ejemplo, el llamado “bloqueo de comunicación” (*Kontaktsperre*) que interrumpe durante un período determinado cualquier conexión de los presos entre sí y con el mundo exterior, inclusive todo contacto con el defensor, lo que difícilmente pueda armonizar con la Ley Fundamental alemana.³⁵

Tal como se advierte en el manual reseñado, en doctrina y jurisprudencia se encuentra muy discutido cuál es el rol que debe cumplir el abogado defensor. Pues, por un lado este tiene un deber de asistencia y de guardar silencio. Pero por el otro, el defensor tiene un deber de decir verdad y se le prohíbe hacer valer los intereses de su mandante a costa de la verdad. A modo de ejemplo, se ha discutido largamente la cuestión acerca de si el defensor puede informar a su defendido sobre medidas que tienen un efecto sorpresa (allanamiento, registro, orden de detención, etc.). La discusión se centra en los actos de defensa permitidos, por contraposición a los actos que darían lugar a un encubrimiento personal punible de conformidad con el § 258, StGB. Con el objeto de orientar al lector, VOLK expone una serie de sentencias del BGH y aclara que la discusión aún se halla vigente y que en la práctica se suele adoptar un punto de vista casuístico. La regla general parecería ser que el defensor puede dar información jurídica en todo momento, incluso cuando piense que el mandante sacará al respecto sus propias conclusiones, pero no puede aconsejar ciertos actos que en la práctica configurarían un auténtico encubrimiento. Así, conforme a la doctrina y jurisprudencia dominante, hay encubrimiento personal cuando el defensor disuade al acusado de su decisión de confesar en el juicio oral, mas no cuando explica las ventajas de mantenerse callado en el debate. También se configuraría un caso de encubrimiento cuando el defensor le aconseja trasladarse al extranjero, pero no así cuando solicita información jurídica sobre los países que no extraditan. Lo mismo ocurre cuando el defensor solicita la absolución debido a la “inocencia comprobada” cuando sabe que el imputado es

³⁵ Cfr. RICHTER, *supra* nota 32.

culpable. Ello implicaría un encubrimiento personal, mientras que pedir la absolución por “falta de pruebas” cuando se sabe que el acusado es culpable sería un acto lícito.³⁶

Como se ve, la delimitación resulta absurda. Al defensor se le exige, por un lado, callar la verdad, pero al mismo tiempo debe atender a que todo lo que se dice en el proceso sea verdadero. Se trata de dos deberes que en la práctica parecerían inconciliables. Además, dicha regulación deja entrever un claro rasgo inquisitivo al imponer en cabeza del abogado defensor de forma cuasi irrestricta un deber de decir verdad. Lo anterior probablemente halle su origen en el hecho de que la opinión dominante ve al defensor como un órgano de la administración de justicia a quien se le atribuyen funciones públicas que forman parte de la tarea (original del Estado) de averiguar la verdad en un proceso penal. En esta visión, el abogado defensor no es percibido como un representante del interés de la parte, lo que, a todas luces, pone en duda seriamente el derecho a una defensa efectiva.

En conclusión, si bien el autor, tal como ocurre en la mayor parte de la obra, se limita a describir el sistema alemán y no efectúa ningún juicio de valor al respecto, cabe observar que la protección en el sistema alemán del derecho del imputado a contar con un abogado defensor y la relación entre ambos no parece ser muy robusta.

VIII. El imputado y la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare*

Dada la amplitud del siguiente tema, aquí serán expuestos tan solo dos aspectos que hacen a la prohibición de obligación de autoincriminación y cuyo tratamiento jurisprudencial expuesto por Klaus VOLK resulta particularmente interesante (cfr. Capítulo 9).

El primero se vincula con las declaraciones del imputado en los primeros momentos del procedimiento de investigación. El BGH ha sostenido que las manifestaciones espontáneas recibidas “solo pasivamente” por la policía pueden ser valoradas porque han sido efectuadas fuera

³⁶ Al respecto, véase la p. 166 del manual reseñado. Particularmente objetable resulta la regla que establece que quien quiere defender a un mandante que está bajo la sospecha de haber cometido un hecho de lavado de dinero comete por sí mismo lavado de dinero si acepta los honorarios del mandante (ver p. 173). En dicho caso, se impone rechazar el mandato y remitirlo a una defensa obligatoria. Si bien ha sido morigerado en parte por la jurisprudencia, este precepto, tal como lo sostiene VOLK, es cínico y contrario a la Ley Fundamental. De esta manera, además de implicar una interpretación excesivamente amplia, a nuestro juicio, respecto de la conducta típica del delito de lavado de activos, se causa una injerencia en la libertad de ejercicio de la profesión y, al mismo tiempo, en la institución de la defensa de elección.

de un interrogatorio y, por tanto, no puede afirmarse que ha tenido lugar alguna indagación.³⁷ También han sido aceptadas como susceptibles de valoración las declaraciones que tienen lugar en el marco de un interrogatorio informativo en razón de que en este estadio de las investigaciones no existe aún un deber de instruir.³⁸ El deber de instruir consiste precisamente en informar al imputado que, según la ley, queda a su criterio manifestarse sobre la imputación o bien no declarar sobre la cuestión (§ 136, inc. 1, 2.ª oración, StPO).³⁹ El criterio estaría dado por el concepto de “imputado”: cuando una sospecha ha traspasado una determinada intensidad, el “sospechoso” debe ser tratado como “imputado” y es allí donde nace en cabeza de las autoridades el deber de instruir.

El criterio expuesto resulta cuestionable, pues la decisión acerca de desde qué momento comienza a regir la garantía del *nemo tenetur* estará en muchos casos en manos de la policía, la que, en virtud de dicha discrecionalidad, podría verse tentada a extender el interrogatorio más allá de lo permitido a fin de recabar la mayor información para el caso. Lo que ocurre es que en contraposición a lo regulado por nuestro código procesal, el sistema procesal alemán faculta al órgano policial a interrogar durante el procedimiento de investigación (cfr. §§ 163a, inc. 4, 136).⁴⁰

La segunda cuestión también se relaciona con el alcance de la garantía en cuestión pero en los supuestos de agentes encubiertos. El imputado, en principio, no debe creer que está obligado a dar explicaciones al funcionario que lo interroga y por lo tanto, el deber de instruir lo protegería frente a ese error. Sin embargo, dicho deber no se origina cuando el sujeto se acerca al imputado y astutamente oculta su identidad, tal como ocurre en los casos de agentes encubiertos o introducción deliberada de personas de confianza. La delimitación es difícil, en tanto conforme a lo sostenido jurisprudencialmente, el “engaño” estaría prohibido, mas no así la “astucia”. Tampoco el callar constituiría un engaño.⁴¹ A modo de ejemplo, se entiende que lo que dice el funcionario debe ser cierto, pero puede no ser claro (explicaciones ambiguas, preguntas capciosas constituyen

³⁷ Cfr. BGH StV 1990, p. 194, con comentario reprobatario de FEZER, cfr. p. 88 de la obra reseñada.

³⁸ BGH StV 1990, p. 194; BGHSt t. 38, pp. 214 (228), cfr. p. 91 de la obra reseñada.

³⁹ Asimismo, el imputado debe ser puesto sobre aviso de que cuenta con el derecho de “consultar con un defensor de su elección” de acuerdo con la mencionada disposición.

⁴⁰ El actual código procesal penal argentino en su art. 184, inc. 10 prohíbe expresamente a los funcionarios de la policía recibir declaración al imputado. La diferencia con el sistema alemán puede hallar alguna de sus razones en la larga tradición de abusos policiales de nuestro país.

⁴¹ Cfr. BGHSt t. 33, p. 217; t. 35 p. 328; t. 335, cfr. p. 348 de la obra reseñada.

“astucia”). La cuestión en los casos de agentes encubiertos, sin embargo, es si ello constituye un engaño prohibido o una elusión del deber de instrucción, de modo tal que se configura una prohibición de valoración para las declaraciones así obtenidas.⁴²

A partir de aquí el autor presenta dos casos:⁴³ en el primero el imputado se encuentra en prisión preventiva y hasta el momento ha guardado silencio. En la celda se le coloca un compañero que es en realidad un co-detenido al que la policía ha instruido tácticamente mediante la promesa de diversas ventajas. El imputado confiesa el hecho a este co-detenido. En estos supuestos se ha entendido que la conversación aparentemente privada es una “intrusión deliberada en la libre voluntad de decisión”.⁴⁴ En el segundo supuesto la policía tomó conocimiento por medio de un

⁴² PAWLIK ha tratado los supuestos de aprovechamiento de la expectativa del imputado de que se mantendrá en secreto su confidencia en los casos de investigaciones secretas. Él sostiene que en principio cada uno es responsable de la decisión que haya tomado de entablar una conversación, así como de las consecuencias. Su autonomía comunicativa se salvaguarda suficientemente a través del hecho de que puede colaborar en la fijación de los contenidos de la conversación en igualdad de condiciones y puede retirarse de la interacción en caso de que le sean impuestos dichos contenidos. La excepción se da en los casos de investigaciones secretas cuando se cumplen dos condiciones. En primer lugar, cuando quien trabaja para los órganos estatales ha de expresar su deseo de recibir información de una manera tan insistente que exceda considerablemente lo que es la curiosidad normal y someta al acusado a una presión “atípica”. En segundo lugar, cuando la relación social en la que el imputado se vea sometido a un deseo de información ha de ser especialmente estrecha. Ello lo es en especial cuando el imputado no se puede resistir en absoluto a la petición de aquel a quien se enfrenta, o cuando solo puede negarse a colaborar bajo el peligro de que con ello pone al otro en las manos un motivo admitido socialmente no solo para interrumpir la comunicación particular, sino para revocar en su totalidad la relación, cfr. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 231-247.

⁴³ Véase pp. 96 ss.

⁴⁴ BGHSt t. 34, pp. 362 (364). Se trata de un caso muy conocido: el “caso de la adivina”, en el que una detenida que trabajaba conjuntamente con la policía simulaba leer el futuro de las mujeres presas y, haciendo uso de sus poderes sobrenaturales, les prometía influenciar de tal manera a la fiscalía y la judicatura que lograría una absolución. El presupuesto para el empleo de sus habilidades, empero, era una confesión sincera expresada por escrito. El BGH sostuvo allí que el empleo de personas privadas para el esclarecimiento de hechos punibles choca con límites —principio del Estado de derecho, proceso leal— cuando a la clandestinidad de la pesquisa se le agregan otras circunstancias que perturban adicionalmente la libertad del imputado de manifestarse sobre el hecho (en el caso, el aprovechamiento de las circunstancias extraordinarias de la prisión preventiva y la entrega de drogas que alteran la personalidad). El tribunal omitió valorar otras circunstancias que es de suponer que también habrían tenido incidencia, tales como el engaño consistente en poder obtener, con medios sobrenaturales, una sentencia más benigna y la amenaza de “poderes superiores” llevada a cabo por la adivina. Si bien la sentencia final es correcta, cabe señalar que el tribunal no calificó de ilegítimos en sí ni el interrogatorio por ardid ni la utilización de personas privadas a los fines de recabar información, sino que descalificó el procedimiento por las circunstancias en las que había sido llevado a cabo.

agente encubierto⁴⁵ de que el imputado había confesado el hecho a través de una conversación telefónica con aquel. La policía persuade al agente para que llame al imputado una vez más y los escucha. Según VOLK, en este caso sucede lo mismo que en el supuesto anterior, pues, se trata de todos modos de un interrogatorio en donde la autoridad se esconde detrás de un instrumento privado y lo conduce. Sin embargo, el Gran Senado del BGH, en una sentencia fundamental,⁴⁶ lo juzgó de otra manera: se opuso al hecho de que la policía estuviera actuando por sí misma y rechazó que ello implicara una elusión de la ley en lo que respecta al deber de instruir. Según la opinión del tribunal, la clandestinidad estaría cubierta a través del principio de la libre configuración del procedimiento de investigación y el principio *nemo tenetur* no habría sido infringido porque solo garantiza la libertad frente a la coacción, pero no la libertad frente al error. Tras la influencia de la jurisprudencia del TEDH⁴⁷ el BGH parece ya no adherir a esta concepción, o al menos ello se desprende de un caso en el cual el referido tribunal sostuvo que no resultaba conciliable con el principio de libertad frente a la autoincriminación que un agente encubierto “sonsacara” al acusado declaraciones autoincriminatorias a través de preguntas insistentes y haciendo referencia a una relación de confianza fingida.⁴⁸

En efecto, lo cierto es que pese a los intentos de la jurisprudencia de salvar la figura del agente encubierto bajo el argumento —tramposo, por cierto— de que en dichos supuestos no se trataría de un interrogatorio porque el agente no se da a conocer como una persona de carácter oficial que interroga, la figura del agente encubierto pareciera ser inconciliable con el derecho a guardar silencio y el deber de instruir que debe regir en todo proceso leal.⁴⁹ La utilización del agente

Para un análisis completo de estos casos jurisprudenciales véase ROXIN, *La prohibición de la autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 1.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, en particular, pp. 59-81.

⁴⁵ Dicha figura se encuentra regulada en el § 110 a y ss. En estos casos, ha de engañarse indeterminadamente a muchas personas acerca de la verdadera identidad del funcionario policial. No son agentes encubiertos los funcionarios policiales que se presentan de forma encubierta solo ocasionalmente (como los compradores aparentes de drogas) ni los informantes o personas de confianza. Estas figuras carecen de toda regulación legal, cfr. pp. 143 ss. y 377 ss. Para una comparación con la normativa argentina véase la Ley 27.319 (2016).

⁴⁶ BGHSt t. 42, p. 139.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, TEDH StV 2003, 257, 259.

⁴⁸ BGH NStZ 2007, p. 714, 715. Cabe observar nuevamente que en el caso de investigaciones secretas mediante el empleo de agentes encubiertos los presupuestos de admisibilidad de la prueba se encuentran regulados de forma expresa, mientras que el empleo de informantes, personas de confianza y funcionarios policiales que investigan de forma oculta carece de toda regulación legal, cfr. p. 377 de la obra reseñada.

⁴⁹ Distinta es la opinión de VOLK, para quien cabe distinguir los supuestos en los que el agente simplemente “oye” y “se entera” de aquellos en los que monta un interrogatorio. El autor parte de la premisa de que el

encubierto en el proceso penal, además, introduce una dificultad adicional⁵⁰ relacionada ya no con la garantía del *nemo tenetur*, sino con el principio de intermediación y las facultades de la defensa para interrogar a los testigos, pues con frecuencia los agentes encubiertos, así como los informantes y las personas de confianza, no estarán disponibles como testigos directos en el juicio oral.⁵¹

afectado que cree mantener una conversación privada sabe que queda a su criterio lo que dice y lo que calla, cfr. p. 379.

⁵⁰ Muchas son las dificultades que la figura acarrea: a modo de ejemplo, cabe preguntarse qué ocurre cuando el agente instiga a la comisión del hecho delictivo (agente provocador) de manera que el Estado es responsable por el hecho de que otro resulte culpable. ¿Es ello un motivo suficiente para el sobreseimiento? En contra de un impedimento procesal se manifiesta la jurisprudencia desde BGHSt t. 32, p. 345, confirmada en BGH NStz t. 45, p. 321; a favor, numerosas opiniones en la doctrina alemana, cfr. LUDERSEEN, Jura 1985, p. 113; VOLK, p. 217. A juicio del autor, los impedimentos procesales no son sanciones para la conducta procesal errónea, por lo que la idea de una “pérdida de la pretensión punitiva” sería en principio preferible. Sin embargo, a pesar de toda influencia, sostiene VOLK, la víctima de la manipulación sigue dominando sus resoluciones y es responsable por el hecho. Por ello, cree preferible una solución flexible, que valore la co-culpabilidad del Estado en el ámbito de la medición de la pena. Así también BGHSt t. 33, p. 356; BGH NStZ 1994, p. 289; 1995, p. 506. Al respecto, DUFF ha abordado la problemática y ha afirmado que resulta claro que la “defensa por instigación” (*entrapment*) no puede ser de una defensa que exculpe al acusado al mostrar o bien que su conducta está justificada o bien que él no es culpable o lo es menos. Con ello, los oficiales de policía que lo instigan no autorizan ni legitiman su comisión del delito, en tanto el mero hecho de que, sin que él lo sepa, sean policías no puede hacerlo menos culpable de lo que sería si, como él cree, los inductores fuesen ciudadanos particulares (en cuyo caso no podría alegar instigación al delito). El quid es más bien, a juicio del autor, que la hipocresía e incongruencia moral implícitas en el hecho de que una comunidad política procese a alguien por un delito instigado por sus funcionarios transforman el juicio en ilegítimo. Por tanto, decir “tú, Estado, me alentaste a hacerlo” no exculpa al sujeto pero sí debilita la legitimidad del Estado para condenarlo. Por ello es adecuado hablar de “*estoppel*” en tales casos y por eso la instigación al delito debería ser un impedimento para el juicio y no una defensa en este, cfr. DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, HORACIO PONS (trad.), Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2015 pp. 83-84.

⁵¹ Cfr. p. 359. De acuerdo con la legislación alemana, el interés en poder utilizar al agente de manera encubierta también en el futuro alcanzaría para conceder un permiso para no declarar y para no brindar información sobre el nombre y domicilio del testigo. En la Argentina se encuentra previsto que el agente encubierto y el agente revelador serán convocados al juicio únicamente cuando su testimonio resultara absolutamente imprescindible y que cuando la declaración significare un riesgo para su integridad o la de otras personas, o cuando frustrare una intervención ulterior, se emplearán los recursos técnicos necesarios para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro. La declaración prestada en estas condiciones no constituirá prueba dirimente para la condena del acusado y deberá ser valorada con especial cautela por el tribunal interviniente (art. 8, Ley 27.319, año 2016). También en Alemania se ha creado, aunque jurisprudencialmente, la posibilidad de un interrogatorio audiovisual realizado de un modo

IX. Medidas de injerencia y prohibiciones de valoración probatoria

Las medidas de injerencia y las prohibiciones de valoración probatoria son probablemente las temáticas abordadas en mayor detalle en el manual (Capítulos 10 y 28). Resulta por demás interesante la contribución del autor en este capítulo a través de la presentación de decenas de casos diferentes y el análisis respecto de la legitimidad o no de dichas medidas de injerencia y por tanto, su susceptibilidad de ser valoradas probatoriamente.⁵² Los límites de este trabajo impiden ciertamente considerar la totalidad de las medidas de injerencia previstas en el sistema procesal germano, por lo que aquí se hará referencia únicamente a dos cuestiones que suscitaron un gran debate en Alemania y cuyas soluciones advierten acerca del alcance que los tribunales germanos han otorgado al derecho fundamental a la intimidad.

Particularmente problemática es la posibilidad prevista por la “Ley para el perfeccionamiento de la lucha contra la criminalidad organizada”⁵³ de vigilar el domicilio del acusado (§ 100 c, StPO).⁵⁴ Existen algunas excepciones: quien cuenta con un derecho de denegar el testimonio por razones laborales no puede ser espionado cuando esté afectada la relación de confianza con su cliente, paciente, etc. Sin embargo, se permite la vigilancia acústica cuando exista la sospecha de participación o un favorecimiento personal, ¡incluso cuando se trata del defensor! El BVerfG había declarado inconstitucionales partes de la antigua regulación y había exigido, entre otras cosas, que fuera protegido absolutamente un ámbito nuclear de desenvolvimiento de la vida privada y que no pudieran vigilarse las conversaciones con los parientes más próximos y con los portadores del secreto profesional, así como que se restringiera el catálogo de hechos punibles y se lo limitara a los casos de criminalidad especialmente grave.⁵⁵ El legislador intentó hacerse cargo de estas exigencias en la redacción de las normas sobre el espionaje acústico. Sin embargo, algunas de ellas parecen difícilmente practicables, como por ejemplo, el § 100 c, inc. 5.º, StPO, que debería

“protegido”, es decir, con la imagen y el sonido distorsionados, cfr. BGH NStZ 2003, p. 274; NStz 2004, p. 345.

⁵² Se destaca en el mismo sentido la metodología utilizada para la exposición de las reglas relativas al instituto de la prisión preventiva, en la que se incluyen instrucciones al supuesto abogado defensor, así como los remedios jurídicos existentes ante una orden de detención, el momento y la manera de instrumentalizarlos, cfr. pp. 111 ss.

⁵³ De fecha 4 de mayo de 1998.

⁵⁴ Al respecto, pp. 136 ss.

⁵⁵ BVerfG, NstZ 2004, p. 270.

proteger el ámbito nuclear de la vida privada, pues, ¿cuál es, si no el propio domicilio, el lugar central de desarrollo de la vida privada?⁵⁶

Cabe preguntarse qué ocurre cuando lo que se oye y graba como prueba no es producto de una conversación entre dos personas, sino una manifestación del acusado en solitario. Al respecto, en un caso en el que el acusado permanecía en la habitación de un hospital mientras se lo vigilaba según el § 100 c, StPO, se dijo a sí mismo que hubiera sido mejor si mataba a la víctima de un tiro en la cabeza.⁵⁷ Según el Tribunal Supremo Federal esta “conversación” debía asignarse al ámbito nuclear intangible porque de ninguna forma estaba cosificada ni expuesta al peligro de una intrusión. De allí se desprende que el caso del monólogo sería distinto al de una conversación que se mantiene con otra persona, puesto que ello tendría una connotación social (diálogo).⁵⁸

Controvertidos han sido también los casos en que el imputado registra el delito cometido en un diario íntimo, pues en dichos supuestos no existe una jurisprudencia uniforme, sino que los tribunales han decidido caso por caso. A modo de ejemplo, en un caso en el que el acusado habría cometido falso testimonio y su diario ofrecía información acerca del hecho, se le otorgó prioridad al derecho a la personalidad.⁵⁹ Por el contrario, en un supuesto en donde un asesino múltiple de mujeres registró en su diario íntimo sus dificultades para relacionarse con ellas, el BGH sostuvo que se trataba de un caso de la más grave criminalidad y autorizó su valoración.⁶⁰ El autor de la obra reseñada se muestra crítico al respecto pues entiende, con acierto, que no hay nada más íntimo que el reconocimiento de padecer una grave desviación psíquica y que este ámbito más íntimo de la privacidad no se desplaza hacia otra esfera por su exteriorización en el hecho.⁶¹ De esta manera, VOLK advierte que la jurisprudencia parece no definir de forma independiente el ámbito nuclear intangible del derecho a la intimidad, sino que más bien decide sobre la base de los resultados que se obtienen en cada caso frente al eterno dilema que se presenta entre derechos fundamentales y fines de la persecución penal.

⁵⁶ Respecto de esta cuestión, véase ROXIN, La vigilancia acústica del domicilio o el ámbito esencial de configuración de la vida privada, *Revista Penal* n.º 23, enero 2009, pp. 172-180.

⁵⁷ BGH NStZ 2005, p. 700, cfr. p. 382 de la obra reseñada.

⁵⁸ BVerfG NStZ 2004, p. 270.

⁵⁹ BGHSt t. 19, pp. 325 (331).

⁶⁰ BGHSt t. 34, p. 397.

⁶¹ Cfr. p. 382 de la obra reseñada.

Hasta aquí se ha intentado esbozar una presentación general del libro de Klaus VOLK, traducido recientemente al español. Asimismo, se han puesto en evidencia diversas similitudes y diferencias entre el sistema procesal germano y el argentino. Por cuestiones de extensión, lógicamente no han podido ser abordados todos los aspectos que el autor desarrolla en su manual. No obstante, se invita al lector a consultar la obra reseñada, cuya claridad será de gran utilidad para cualquier jurista en la tarea de profundizar el estudio del derecho procesal penal.