



## Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán (\*)

**Dra. Barbara Huber**

*Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Strafrecht  
Friburgo de Brisgovia (Alemania)*

**Revista Penal, n.º 22.—Julio 2008**

**RESUMEN:** *La práctica procesal penal alemana relativa al juicio oral conoce desde hace más de 20 años el fenómeno de la negociación entre el Tribunal y los participantes en el proceso penal sobre la continuación del mismo y sus resultados. Esta negociación, que no se recoge en las disposiciones del Código Procesal Penal alemán, no se ajusta en absoluto a los principios básicos del proceso penal.*

*Este artículo pretende mostrar la gran preocupación, primero del Tribunal Supremo Federal alemán, y después también del legislador alemán, por conseguir que la regulación legal del proceso asuma el contenido admisible y las consecuencias de la negociación, formulando claras propuestas más concordes con las máximas procesales penales, de alguna manera traicionadas.*

**PALABRAS CLAVE:** *Negociación. Proceso penal. Tribunal Supremo Federal Alemán.*

**SUMMARY:** *Seit über 20 Jahren bedient sich die Praxis der strafprozessualen Hauptverhandlung des Phänomens der Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über den Fortgang und das Ergebnis des Strafverfahrens. Diese in der StPO nicht geregelte Verständigung entspricht weitgehend nicht den überkommenen Grundsätzen des Strafverfahrens. Der folgende Artikel zeigt, wie sich zunächst der deutsche Bundesgerichtshof und nunmehr auch der Gesetzgeber darum bemühen, eine gesetzliche Regelung des Verfahrens, des zulässigen Inhalts sowie der Folgen der Verständigung zu schaffen, um klare Vorgaben zu formulieren, die mit den tradierten strafprozessualen Grundsätzen stärker übereinstimmen.*

**KEY WORDS:** *Verständigung. Strafverfahren. Deutsche Bundesgerichtshof.*

**SUMARIO:** I. Introducción: ¿Declive de la cultura jurídica en Alemania? II. El desarrollo de la negociación en la práctica. III. Cuestiones clave: Vulneración de principios fundamentales del proceso penal. IV. Propuestas de solución en el ámbito de la justicia, de la abogacía y gubernamental. V. Conclusiones.

(\*) Ponencia de la autora presentada en el Simposio germano-argentino sobre «Criminalidad, Evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en la actualidad», celebrado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina, del 13 al 15 de diciembre de 2007. Traducción del Prof. Dr. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Jaume I de Castellón, España.

### I. Introducción: ¿Declive de la cultura jurídica en Alemania?

El tema de discusión central con el que culminó la Jornada de Profesores Alemanes de Derecho Penal de este año fue «El futuro del proceso penal, ¿despedida del Estado de Derecho?». Por suerte, la parte final de la frase se colocó entre interrogantes. Parece así que no todo esté perdido y que haya esperanza todavía para la ciencia procesal penal, al menos bajo determinados presupuestos. Se habló allí de cambio paradigmático<sup>1</sup>, de la aceleración dramática de la pérdida de cultura jurídica<sup>2</sup>, o de estructuras patológicas<sup>3</sup>. Como dijo ROXIN, el Código Procesal Penal alemán se encuentra de viaje hacia lo desconocido, proporcionando este autor datos crecientes de muchas tendencias inseguras del Derecho Procesal penal<sup>4</sup>. Las causas que están contribuyendo a que se expanda un cierto ánimo de declive son numerosas y se pueden citar de este modo:

— El aumento del poder policial, eliminándose la frontera entre actividad preventiva y represiva, por medio de una rapidísima dotación de medios técnicos en el ámbito de la persecución penal, y por medio de la inclusión de órganos y métodos de actuación secreta en la fase de investigación (por ejemplo, el hombre de confianza, el control de las comunicaciones, el almacenamiento de datos. De hecho hoy existe una expresión de moda en Alemania: VERPOLIZEILICHUNG, que quiere decir más o menos que la fase de investigación del proceso penal se ha vuelto predominantemente policial<sup>5</sup>).

— Se observa también un peligro para el proceso penal alemán en las pretensiones europeas que llegan desde Bruselas<sup>6</sup>, que desprecian el afianzamiento de los derechos del inculcado y otros principios procesales, en favor de un cierto pensamiento utilitarista.

— Y *last but not at all least* amenaza al proceso penal alemán un gran peligro, porque el procedimiento de negociación tiene como consecuencia *de facto* la abolición del juicio oral.

No es factible, ni aquí ni ahora, que pueda profundizar en la lista completa de los numerosos factores que ponen en peligro el proceso penal alemán en sus fundamentos jurídicos democráticos. Por ello, permítanme Vdes. que les

exponga con brevedad el último punto que acabo de mencionar, los acuerdos en el proceso penal, las tendencias que se empeñan en reformar su práctica y las controvertidas discusiones que sobre este complejo tema se han producido en los últimos tiempos. Hace algunos años que nos hemos enterado de la existencia de este fenómeno ilegítimo, ahora analizamos y buscamos la manera de legitimarlo.

### II. El desarrollo de la negociación en la práctica

En el Código Procesal Penal alemán no están previstas negociaciones sobre el resultado del juicio oral, y tampoco están reconocidas jurídicamente como institución admisible<sup>7</sup>, pero desde hace aproximadamente unos 25 años conforman un ingrediente permanente del día a día de la administración de justicia<sup>8</sup>, ante todo y especialmente de las Salas de Derecho Penal Económico, pero también hoy en los ámbitos de los delitos de estupefacientes, de los delitos sexuales y en casi todos los casos en los que aparecen más de dos acusados, tres defensores o diez testigos<sup>9</sup>. La sobrecarga de los órganos jurisdiccionales y el tiempo invertido con los grandes procesos, temas probatorios poco claros, difíciles cuestiones jurídicas, defensas conflictivas, son causas que motivan a la Justicia a fomentar soluciones económicas. Respecto al acusado, se trata de que la duración y la intensidad del procedimiento se minimicen, así como de que obtenga una reducción de la pena aceptable. De este modo se llega a un acuerdo bilateral en el que se recoge un programa de comportamiento a seguir, pero también a una especie de negocio de trueque: Se cambia confesión por reducción de pena.

De acuerdo con una breve encuesta llevada a cabo hace poco en un estado federado alemán considerado grande<sup>10</sup>, el 95,5% de los jueces-presidente, fiscales y defensores encuestados (todos especialistas en delitos económicos) habían participado ya en procedimientos de negociación en causas penales económicas, y el 57,4% habían resuelto en el año 2004 más de la mitad de sus procesos de manera consensuada. Para el 81% de los encuestados, los acuerdos sobre la sentencia fueron un instrumento irrenunciable para la finalización de las causas penales económicas.

1. Intervención de JAHN, véase *Beckemper*, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2007 in Osnabrück, 119 (2007) ZStW págs. 959 y ss., 988.

2. Anotación de ROXIN, véase *Beckemper* (nota 1), pág. 986.

3. Intervención DE NESTLER, véase *Beckemper* (nota 1), pág. 987.

4. Anotación de ROXIN, véase *Beckemper* (nota 1), pág. 984.

5. ALBRECHT, StV 2001, págs. 416 y ss.

6. Sobre esa cuestión SCHÜNEMANN, StV 2003, 531; v. además Einführung, en: Schünemann (editor), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Köln 2006, págs. 61 y ss.

7. BGHSt 50, 40; véase también SCHÜNEMANN, Festschrift f. Heldrich, 2005, págs. 1177 y ss. sobre los aspectos históricos.

8. WEIGEND, BGH-Festgabe, 2000, págs. 1011, 1013; BGH NJW 2004, págs. 1396 y s.

9. FISCHER, NStZ 2007, págs. 433 y ss.

10. ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMERL/STAMMEN, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007 (en prensa); ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMERL, Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse, NStZ 2007, págs. 71 y ss.

Es típico de la práctica negociadora<sup>11</sup>, que la mayoría de las conversaciones sobre posibles acuerdos tengan lugar antes o fuera del juicio oral (87,4%). En estas conversaciones se discute sobre el espectro global de los diferentes contenidos que puede tener el acuerdo, entre los que destaca esencialmente la posible pena en concreto a imponer en caso de llegarse a un acuerdo (96%). Los participantes en esta especie de conversaciones de tanteo son el juez, el fiscal y el defensor, pero el acusado generalmente no está presente<sup>12</sup>. Según opinión concorde de los juristas que participan, el acusado se irritaría pronto a causa de los razonamientos expuestos por los expertos jurídicos, especialmente sobre la pena en concreto a imponer, y no sería de mucha ayuda para hallar la solución deseada. Su no participación viene compensada con la ilustración acerca del contenido de las conversaciones que realiza el defensor de manera amplia una vez han concluido las conversaciones, de manera que puede participar como acusado informado en el devenir procedimental inmediato<sup>13</sup>.

Una consecuencia deseada de la práctica negociadora es obtener la *confesión del acusado*, que en la mayoría de los casos se traduce en una admisión global de la inculpación. Su comprobación esencial por medio de la práctica de la prueba no tiene lugar casi nunca, a lo sumo consiste en algunas aclaraciones y comprobaciones con las informaciones que constan en la *causa*, es decir, con resultados de investigaciones logrados por el fiscal, que no han sido sometidos a ningún examen crítico en el juicio oral. Una consecuencia ulterior de los acuerdos afecta a la *renuncia a los recursos*, que en verdad no siempre es mencionada en las mismas negociaciones, pero que es condición tácita. Con ello se consigue con frecuencia producir en el acusado por parte de defensores y fisales una presión especial que le obligue a negociar<sup>14</sup>.

### III. Cuestiones clave: Vulneración de principios fundamentales del proceso penal

En un proceso penal marcado por el principio de legalidad (§ 152 II Código Procesal Penal alemán, en adelante abreviado StPO) y por el principio de investigación oficial (§ 244 II StPO), en el que tengan rango constitucional los principios propios democráticos de la presunción de inocencia y de la igualdad ante la ley, en el que tengan una

importancia decisiva los principios de publicidad, oralidad e intermediación, así como el deber de hallar la verdad material en el juicio oral (§ 261 StPO), y en el que se garanticen como derechos del inculpado la libertad de declarar (§ 136 I 2 StPO), el derecho a preguntar y el derecho a tomar posición tras una declaración testifical, así como el derecho a solicitar la práctica de pruebas, tal comportamiento (aquí solo esbozado en sus líneas fundamentales) provoca, tanto en la doctrina<sup>15</sup> como en la jurisprudencia<sup>16</sup>, numerosas objeciones.

A diferencia del clásico juicio oral, en el que todo material recogido por el acusador está sujeto a un cuidadoso examen judicial antes de que se convierta en fundamento de una sentencia, la resolución judicial tras un acuerdo se apoya básicamente en la confesión del acusado. Si tras su constatación con el contenido de los documentos que conforman la causa o con el devenir del proceso, surgen dudas sobre su veracidad, o es demasiado insustancial, puede el juez, quien sigue siendo el único responsable de la rectitud en la recogida de los materiales y de la aplicación del Derecho, comparar el déficit fáctico haciendo referencia a los documentos procesales que conforman la causa<sup>17</sup>. El Tribunal parte consiguientemente de los conocimientos adquiridos en la fase de investigación, sin que éstos hayan sido puestos en el banco de pruebas contradictorio que es el juicio oral. Pero la fase de investigación no está configurada para una aceptación sin examen de sus resultados, pues faltan en esta fase procesal, por ejemplo, verdaderos derechos del inculpado como parte procesal (excepto en caso de interrogatorio judicial), el derecho a solicitar la práctica de pruebas, el derecho a examinar los autos, o la defensa necesaria. Queda afectado el principio propio de un Estado de Derecho de la presunción de inocencia, pues la sentencia consensuada puede basarse en una presunción de culpabilidad y conllevar una especie de «pena de sospecha».

Un acuerdo adoptado secretamente fuera del juicio oral como fundamento de una resolución en la que se imponga una condena penal contradice igualmente el principio procesal de publicidad, los principios que rigen la instrucción de la causa y el principio de oralidad. El Tribunal ya no forma su convicción partiendo de lo ocurrido en el juicio oral (§ 261 StPO), se retrae de su obligación de averiguar por completo los hechos hasta llegar al «veredicto de culpabilidad» (§ 244 StPO). El establecimiento de un li-

11. Véase también acerca del desarrollo de esta clase de procedimientos sobre la negociación SIOLEK, Zur Fehlentwicklung strafprozessualer Absprachen, en: Festschrift für Riess, 2002, pág. 562, con amplias referencias bibliográficas.

12. El acusado estuvo presente sólo en el 2,4% de las conversaciones llevadas a cabo previa o paralelamente al juicio oral. Véase ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMERL, NSiZ 2007, pág. 75.

13. Esto viene confirmado por el 92,6% de los jueces y fiscales encuestados. Pero véanse los resultados de SCHÜNEMANN, NJW 1989, pág. 1901, de los que se desprende que sólo el 40% de los defensores informaron a sus clientes de manera suficiente.

14. Véase sobre esa cuestión también la resolución de la Gran Sala del Tribunal Supremo Federal alemán, BGHSt 50, 40, 60. Las discusiones de la doctrina sobre el fenómeno de los acuerdos en el proceso penal son tantas que se han convertido hoy en inabarcables. Un buen resumen lo ofrece SCHÜNEMANN, Die Absprachen im Strafverfahren, en: Festschrift für P. Riess, 2002, págs. 527 y ss.; detalladamente acaba de aparecer también F. Meyer, ZStW 119 (2007), págs. 633 y ss.

16. BGHSt 43, 195 (IV Sala Penal de 28.8.1997); BGHSt 50, 40 (Auto de la Gran Sala de lo Penal de 3.3.2005).

17. BGHSt 50, 40, 49; véase también LANDAU/BÜNGER, ZRP 2005, págs. 268, 273.

mite máximo de pena en el marco de los acuerdos significa además una participación de la fiscalía en la resolución penal, lo que al mismo tiempo significa limitar al Tribunal en su poder de decisión.

Los perjuicios para el acusado en la negociaciones que ponen fin al proceso, se perpetúan más allá por la renuncia al ambicionado recurso como parte del paquete de consenso<sup>18</sup>.

#### IV. Propuestas de solución en el ámbito de la justicia, de la abogacía y gubernamental

La práctica de los Tribunales y de los defensores se ha ido haciendo tan dependiente de la «Droga Acuerdos», que no se puede contar con una deshabitación seria<sup>19</sup>. La ciencia toma conocimiento de la realidad de un paradigma informal, la economía procesal, al lado del paradigma clásico de proceso penal (Justicia y Verdad), con una cierta resistencia<sup>20</sup>, y participa en la discusión sobre una legitimación de la práctica del consenso, sea en el marco de los principios procesales actuales, sea a través de una nueva orientación del proceso penal introduciendo un principio del consenso como principio procesal, en plano de igualdad respecto al principio de investigación oficial.

En primer lugar, la Sala IV de lo Penal del Tribunal Supremo Federal, en su sentencia de 28 de agosto de 1997, fijó determinadas medidas para la estructuración de la práctica negociadora. Exigió en este sentido:

(i) Dación pública de los acuerdos en el juicio oral, estando presentes todas las partes procesales, y constancia de los resultados en el acta.

(ii) El Tribunal no hará ninguna promesa vinculante sobre la pena a imponer, únicamente indicará el límite máximo de la pena; pero la sentencia penal a dictar posteriormente no puede prescindir de «penar de manera adecuada en función de la culpabilidad».

(iii) Un acuerdo sobre renuncia al recuso solo puede resultar después de finalizar el juicio oral y conocer la sen-

tencia, para que el acusado no negocie sobre su derecho prematuramente.

A continuación, respecto al procedimiento en caso de acuerdos y al contenido y consecuencias de la práctica, el Tribunal Supremo Federal alemán, en una resolución de la Gran Sala de 2 de marzo de 2005, ha resaltado con precisión los límites de la práctica negociadora, y determinado los requisitos mínimos que deberían realzar la significación de los principios del *fair trial* y de culpabilidad:

(i) La confesión tiene que ser examinada respecto a su sinceridad y ser suficientemente concreta.

(ii) La pena que se puede imponer en el marco de una regulación de los acuerdos, por un lado, y la que procedería después de una vista contradictoria por otro, no pueden diferenciarse tanto entre sí que ello sea insostenible desde el punto de vista jurídico de la medición de la pena (el llamado «abanico» de sanciones), y que no pueda declararse ya gracias al efecto atenuante de la confesión.

(iii) El Tribunal no puede participar en la renuncia al recurso; el acusado debe ser instruido de manera clara sobre su derecho al recurso, pues en otro caso carecerá de efectos la renuncia.

Finalmente declaró la Sala que los límites del desarrollo jurídico<sup>21</sup> se habían alcanzado así, y reclamó la actividad del legislador, con el resultado de que hasta la fecha existen tres propuestas en fase de discusión<sup>22</sup>, a saber:

(i) El proyecto de recomendación del Ministerio Federal de Justicia (BMJ-RE) de mayo de 2006<sup>23</sup>.

(ii) El proyecto del Senado<sup>24</sup>, de diciembre de 2006 (BR-E), y

(iii) El proyecto de la Comisión de Derecho Penal del Colegio Federal de Abogados (BRAK-E)<sup>25</sup>.

Se toman como modelo los dos proyectos «oficiales», que no contienen grandes diferencias entre ellos y que adoptan los avances jurídicos más positivos en esta materia<sup>26</sup>. A diferencia del proyecto del Colegio Federal de Abogados, que propone, mediante la introducción del *principio del consenso* como principio procesal al mismo nivel que el principio de investigación oficial, una nueva

18. Detalladamente sobre esa cuestión MEYER, ZStW 119 (2007), págs. 654 y ss., con referencia a las limitadas posibilidades que ofrece el recurso de reposición, que hasta ahora únicamente se reconoce en caso de ineficacia de la renuncia al recurso, pero no en caso de romperse el acuerdo o de engaño en la creencia de que el acuerdo es válido.

19. Así, WEIGEND, NStZ 1999, págs. 57, 63.

20. MEYER, ZStW 119 (2007), pág. 634; MURMANN, GA 2004, págs. 65, 82; VOGEL JZ 2004, págs. 827, 829.

21. Sobre esa cuestión SALIGER, JuS 2006, pág. 8.

22. Véase resumidamente BITTMANN, DRiZ 2007, págs. 22 y ss.; JAHN/MÜLLER, JA 2006, págs. 681 y ss.; KÜPPER, HFR 2007, Ponencia 14.

23. Proyecto de recomendación de una Ley que regule las negociaciones en el proceso penal, de 18 de mayo de 2006 – (www.bmj.bund.de).

24. Proyecto de Ley para la regulación de los acuerdos en el proceso penal, de diciembre de 2006, BR-Drs. 235/06.

25. Se puede consultar en [brak.de](http://brak.de).

26. Ha investigado de manera especialmente clara las diferencias entre los procesos *Gieg*, GA 2007, 469 y ss. El Proyecto del Colegio Federal de Abogados se considera demasiado amplio: Véase críticamente BITTMANN, DRiZ 2007, pág. 22; MEYER-GÖßNER, StV 2006, págs. 485, 487; SCHÜNEMANN, ZRP 2006, págs. 63 y s.; HALLER, DRiZ 2006, pág. 277; WEISLAU, StV 2006, págs. 357, 359; Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, StrFo 2006, págs. 89 y ss.; por el contrario lo ven positivamente: SATZGER, StrFo 2006, págs. 45,50; LANDAU/BÜNGER, ZRP 2005, págs. 268, 270.

orientación consecuente desde el punto de vista dogmático procesal, los proyectos oficiales se atienen a los principios tradicionales y ponen de relieve la transparencia y seguridad jurídica de la regulación.

En el centro de ambos proyectos se encuentra la extensa y cualificada *confesión*<sup>27</sup>. Ésta debe contentar los principios de la verdad material y de la pena adecuada<sup>28</sup>. El acuerdo, a su vez, no tiene ningún efecto por el que se ponga fin al proceso directamente, no opera al igual por ejemplo que la *plea bargaining* como mecanismo resolutorio<sup>29</sup>. Para concluir el juicio oral se sigue requiriendo una resolución del Tribunal con base en la investigación de los hechos y en su valoración judicial. No debe perderse de vista que el principio de investigación oficial queda conservado solo en su forma externa<sup>30</sup>. Según la jurisprudencia, no se necesita ninguna investigación de los hechos ulterior, en caso de que la confesión, incluso la llamada confesión «vacía», sea acorde con la documentación de la causa y el desarrollo del proceso<sup>31</sup>. Respecto a las confesiones sobre hechos no esenciales, compensa el déficit echar un vistazo a la causa y así se salva para el juez la apariencia de una investigación oficial activa.

*Objeto de la negociación* pueden ser solo las consecuencias jurídicas y las medidas a adoptar en la fase de sentencia y el comportamiento procesal de las partes, pero no el fallo de culpabilidad, la renuncia al recurso o la medida de seguridad y corrección. El Tribunal puede fijar, valorando libremente todas las circunstancias del proceso, así como las reflexiones generales sobre la medición de la pena, los límites superior e inferior del marco penal de negociación.

*La transparencia y la documentación* de lo sucedido y sus resultados quedan asegurados por la obligación de redactar acta y los actos de comunicación. El proyecto exige que el presidente tiene que comunicar en el futuro si han tenido lugar y con qué contenido diálogos negociadores, o en su caso si han fracasado. Aunque el Tribunal Supremo Federal alemán ya había demandado unas líneas directrices sobre tal obligación de levantar acta<sup>32</sup>, en la práctica no se había actuado en ese sentido hasta la fecha<sup>33</sup>.

En este contexto es problemática la cuestión de la *renuncia al recurso*. Adhiriéndose a la sentencia del Tribu-

nal Supremo Federal alemán, prohíbe el proyecto de recomendación del Ministerio Federal de Justicia que sea objeto de negociación la advertencia de renuncia al recurso<sup>34</sup>. Si a pesar de ello formara parte de la negociación, por ejemplo, porque el acusado está sometido a presión por la parte profesional y transige, solo debería ser efectiva si el acusado hubiera sido instruido previamente de manera «cualificada» que respecto a ello no se da ningún efecto jurídico vinculante<sup>35</sup>.

También es de una gran importancia la cuestión del *aprovechamiento de la confesión* en el caso de que el acuerdo fracase. Los proyectos autorizan al Tribunal a resolver de nuevo partiendo de los acuerdos adoptados, bajo el presupuesto de que «en el procedimiento ulterior aparezcan nuevas circunstancias esenciales capaces de atenuar o agravar la pena, que no fueron conocidas por el Tribunal en el momento de la atenuación del marco penal» (§ 243 a, frase 2.<sup>a</sup> del proyecto del Senado). Según el proyecto de recomendación ministerial, «en caso de que se modifique su valoración de la situación fáctica o jurídica en el transcurso del juicio oral, o de que el comportamiento del acusado no se corresponda con aquello en que se fundamentó la prognosis del Tribunal» (§ 257 c, párrafo IV, apartado 1 de la misma). Con su confesión se expone el acusado a meterse en arenas movedizas. Se hunde sin remedio si en opinión del Tribunal la situación fáctica o la jurídica se modifica. Según el proyecto ministerial, discrepar acerca del aprovechamiento de una declaración del acusado no representa sin embargo inconveniente alguno, por tanto, al anticiparse el acusado asume todo el riesgo por su declaración con relación a la atenuación de la pena<sup>36</sup>. También el proyecto del Senado autoriza el aprovechamiento después de la instrucción sobre las consecuencias de una confesión (§ 243a, frase 6.<sup>a</sup>).

Es dudoso si la solución de dejar sin aprovechar por ejemplo una confesión hecha con anterioridad, atenuaría el peligro incluso si después el mismo Tribunal resolviera formalmente, como consecuencia del conocimiento de la confesión, que es cuestionable si él puede resolver «internamente» partiendo del hecho de que existe una confesión<sup>37</sup>.

27. BMJ-Re pág. 23; Heister-Neumann, ZRP 2006, págs. 137 y s.

28. También el proyecto BRAK hace mención de la confesión como fundamento legitimador de naturaleza dogmático-procesal. Para ulteriores consideraciones dogmáticas, véase MEYER, ZStW 119 (2007), pág. 636.

29. Sobre esa cuestión MEYER, ZStW 119 (2007), pág. 637, con ulteriores datos.

30. Véase MEYER, ZStW 119 (2007), pág. 639, con ulteriores datos.

31. BGHSt 41, 195, 204; BGHSt. 50, 40, 49; LANDAU/BÜNGER, ZRP 2005, págs. 268, 273.

32. BGHSt 43, 195, 206.

33. Sólo el 20,7% de lo encuestados en una investigación habían tenido la experiencia de que un acuerdo se consignara siempre en el acta; mientras que el 21,5% declararon que no lo habían visto nunca. Véase ALTENHAIN/HAGEMEIER/HAIMERL, NSZ 2007, págs. 71, 75.

34. § 257c II 3 BR-E.; el proyecto BRAK prohíbe la renuncia al recuso expresamente.

35. § 302 I 2 BR-E: Si se fundara la sentencia en una negociación conforme al § 257c, una renuncia carecerá de efectos, salvo que el afectado haya sido instruido conforme al § 35a frase 4.<sup>a</sup> (que él es libre en cualquier caso de decidir interponer un recurso).

36. También el proyecto BRAK hace aprovechable la confesión, v. § 243 a, apartado IV, Nr. 3, y V, 2.

37. Véase MEYER-GOßNER, NSZ 2007, págs. 425, 428.

Es además negativo para el acusado que los proyectos quieran limitar el *recurso*: Solo el proyecto de recomendación ministerial admite la apelación, y los motivos de casación deben reducirse a la queja por violación de las disposiciones que rigen el acuerdo, así como a los motivos de casación absolutos. Este proyecto quiere admitir también el motivo de violación del principio del *fair trial*, que en verdad en un Estado de Derecho siempre debería estar abierto. El acuerdo se paga, pues, con una relevante mengua de las posibilidades de impugnación.

### V. Conclusiones

El desarrollo de la práctica de las negociaciones en el proceso penal que hemos expuesto aquí tiene que ser contemplado como irreversible<sup>38</sup>. Tampoco constituye en verdad ningún cuerpo extraño en la realidad procesal penal europea: Esta práctica de acuerdos sobre determinadas consecuencias en el proceso penal no queda circunscrita a Alemania, pues se está desarrollando progresivamente por toda Europa. La atenuación de la pena tras un acuerdo sobre la acusación o su admisión (*charge bargaining* o *guilty plea*) es práctica común en Inglaterra desde hace mucho tiempo. Solo en el 7% de las causas penales ingresadas en los Tribunales de instancia (como por ejemplo el *Crown Court* inglés) tiene lugar el juicio oral, el resto finaliza por *guilty plea*, sin que el Tribunal sentenciador (juez con jurado) se constituya en absoluto o pronuncie una sentencia de culpabilidad. Esta práctica de acuerdos no está regulada legalmente, pero es objeto hoy de directrices sobre medición de la pena y, conforme a una nueva manera de enjuiciar criminalmente, puede el acusado preguntar detalles sobre la cantidad de pena que se le puede imponer antes de declararse culpable<sup>39</sup>. Se ha introducido también esta práctica en Escocia. El Derecho francés y el Derecho polaco han emprendido pasos en la misma dirección<sup>40</sup>. También encontramos en el proceso español esfuerzos en este sentido<sup>41</sup>. En el proceso penal holandés la fiscalía y la policía tienen amplios poderes para solventar acusaciones fuera del Tribunal, siempre que el acusado esté de acuerdo. En este «arreglo» se imponen obligaciones, la mayor parte de las ocasiones de carácter económi-

co, pero también pueden ser condición de la resolución del proceso la devolución de los objetos ocupados, la reparación o la realización de trabajos no retribuidos, en caso de que el delito esté castigado como máximo con 6 años de prisión. El instituto italiano del *patteggiamento*<sup>42</sup> prevé una solicitud del acusado dirigida al Tribunal pidiendo que se le imponga una pena privativa de libertad determinada. Se limita a penas privativas de libertad que, después de la reducción en un tercio de su duración, no sobrepasen el límite de dos años, por tanto solo aplicable a delitos cuyo límite de pena no sea superior a tres años. El juez no tiene ninguna influencia en la proporcionalidad de la pena impuesta, y la constatación de la culpabilidad no es producto de una práctica contradictoria de la prueba, bastando el examen de la documentación de la causa.

Sin embargo, esta práctica tiene lugar en Alemania en forma extendida sin tutela legal expresa, o si se prefiere en un régimen jurídico sin regulación, que no puede defenderse más desde el punto de vista del Estado de Derecho<sup>43</sup>. No tendría sentido que el legislador la prohibiera, pues presumiblemente la práctica continuaría con las negociaciones. Después de que las líneas directrices expuestas por los más altos Tribunales no se han asumido, viene exigida ya una regulación constructiva por el legislador, de modo que se garantice, por medio de una observación estricta de formalidades, un control que dé seguridad al acusado frente a presiones intolerables de todas las partes procesales.

No se cuestiona que el procedimiento de los acuerdos sobre sentencia debilita la *posición* procesal penal del acusado en todas las fases del proceso, para satisfacer el interés de la práctica de resolver rápidamente con el mínimo costo posible.

Con todo, en la fase de investigación tiene el inculpa-do pocas posibilidades de hacer valer sus derechos (de defensa, de actuación como parte) contra el creciente poder de las autoridades de investigación<sup>44</sup>. Faltan estructuras contradictorias para poder eliminar desarrollos defectuosos en un estadio temprano del proceso. Pues bien, si el Tribunal parte en la fase de juicio de los conocimientos obtenidos en la fase de investigación, se cercena la posibilidad de compensar los derechos de parte que faltan en

38. VOGEL, JZ 2004, págs. 827, 829.

39. Véase ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process*, 3ª ed., Oxford 2005, Cap. 10; Sentencing Guidelines Council, *Reduction in Sentence for Guilty Pleas* ([www.sentencing-guidelinepag.gov.uk](http://www.sentencing-guidelinepag.gov.uk)); Goodyear [2005] 1 Weekly Law Reports 2532 (C.A.).

40. Sobre esa cuestión VÖGLER, *Criminal Procedure in France*, in: Vogler/Huber (edit.), *Criminal Procedure in Europe*, Freiburg 2007 (en prensa); Weigend, T., *Why have a Trial when you can have a Bargain?* In: Duff/Farmer/Marshall/Tadros (edit.), *The Trial on Trial*, t. 2, Oxford 2006, págs. 211 y s.

41. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, Valencia 2007, t. III, págs. 271 y ss.; Gascón Inchaustil/Villamarín, *Criminal Procedure in Spain*, in: Vogler/Huber (edit.), *Criminal Procedure in Europe*, Freiburg 2007 (en prensa).

42. Sobre esa cuestión MANISCALCO, *Il Patteggiamento*, Torino 2006.

43. Sobre esa cuestión IGOR, *Referat Strafrechtslehrtagung*; quien coincide seguramente con el punto de vista de la opinión dominante de la doctrina procesal penal alemana.

44. Detalladamente sobre los déficits en la fase de investigación SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens*, tomo I, Ponencia C para el 65º Deutschen Juristentag, 2004.

45. Véase MEYER, ZSTW 119 (2007), págs. 633, 654.

dicha fase, de manera que los conocimientos obtenidos en ella ni son examinados entonces en cuanto a su poder de convencimiento fáctico y admisibilidad legal, ni en el juicio oral<sup>45</sup>. El procedimiento de impugnación perpetúa la debilidad de esta posición, en tanto en cuanto elimina de raíz las posibilidades de reclamar al tener que renunciar el acusado a ello<sup>46</sup>.

También el *Tribunal* modifica su perfil: El principio de libre apreciación de la prueba, símbolo de un proceso penal moderno<sup>47</sup>, amenaza con sacrificar el pragmatismo contemporáneo, porque es demasiado costoso para que pueda ser introducido extensamente como forma de resolución<sup>48</sup>. Mientras el único poder para adoptar una resolución judicial penal se haga depender de la aprobación de las partes procesales, se expone el Tribunal a mayor abundamiento a la dependencia de la fiscalía y del defensor<sup>49</sup>.

En el camino queda además el *interés en el esclarecimiento* en tema de acuerdos (como también en caso de sobreseñamientos), especialmente con ocasión de delitos espectaculares que se han conocido públicamente y que han afectado a hombres de negocios (Mannesmann/Ackermann/Esser; Hartz), a políticos (Kohl), a deportistas (dopaje, árbitros comprados), o hace poco también a médicos (dopaje en el ciclismo). En el ámbito internacional, el aprendizaje histórico que proporcionan los crímenes contra la humanidad y de guerra, queda malogrado por medio del instituto de la *plea bargaining*<sup>50</sup>.

El *perfeccionamiento del Derecho Penal* queda también debilitado por los Tribunales superiores, en el sentido de que cuestiones jurídicas importantes quedan fuera de la discusión y de la decisión en casación, porque ya no son objeto ni de apelación ni de casación.

Los tiempos están pues ya maduros para alcanzar un concepto legal que equilibre los déficits mencionados. Es dudoso que los proyectos legales, fragmentados, del momento presente sean suficientes para satisfacer las exigencias a favor de un reforzamiento de los derechos fundamentales y de los principios procesales, del mantenimiento de estructuras procesales y de la preservación de la cultura jurídica. Aunque la regulación legal para la formulación de los presupuestos y de los límites para llegar a un acuerdo sobre la sentencia, sea valorada como un importante revulsivo del proceso penal alemán desde la entrada en vigor del Código Procesal Penal de 1877<sup>51</sup>, también debemos preguntarnos en la misma forma si existe en estos momentos ímpetu legislativo y tiempo para discutir y conformar el cambio paradigmático actual, en el marco de un nuevo concepto global de la reforma procesal penal.

Quizás deberíamos recordar que no se puede querer conservar el Código Procesal Penal sin reformar nada, y al mismo tiempo querer introducir nuevas instituciones procesales en dicho código, que impliquen de hecho un nuevo proceso penal. O dicho con otras palabras, no se puede estar en misa y repicando al mismo tiempo.

46. MEYER-GOßNER, NSTZ 2007, pág. 429.

47. GOLLWITZER en: Löwe-Rosenberg, 25. Aufl. 2001, § 261 números marginales 1 y ss.

48. MEYER, ZStW 119 (2007), pág. 643.

49. Sobre esto realiza indicaciones convincentes MEYER-GOßNER, véase NSTZ 2007, pág. 428.

50. Sobre esa cuestión, ZStW 119 (2007), pág. 986.

51. GIEG GA 2007, págs. 469 y ss.