

EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL EUROPEO

Klaus Tiedeman

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

## El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista

Klaus TIEDEMANN

### I.

Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, que seguí por televisión en la costa catalana, y sobre los que inicialmente pensé, al volver de jugar al golf, que estaba viendo escenas de una película de ciencia ficción, han hecho reflexionar universalmente que el terrorismo, que desde hace tantos años existe en España, ha adquirido una nueva dimensión internacional, ciertamente global, que por ello representa una amenaza moderna para la paz mundial. En numerosos Estados los legisladores han empezado a adoptar medidas legales o de tipo organizativo, más o menos reflexionadas o precipitadas, con el fin de luchar contra este nuevo peligro mundial. En este punto, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal desempeñan casi siempre un papel especial, al ser considerados como las armas más potentes que tiene el Estado. Su eficacia sin embargo parece estar limitada desde el principio, a causa de la tradicional vinculación del poder punitivo con los Estados nacionales particulares.

Sorprendentemente, la extensa “Ley alemana para la lucha contra el terrorismo internacional”, de 9 de enero de 2002, contiene ciertamente abundantes reformas legales, por ejemplo sobre cuestiones relacionadas con pasaportes y extranjería, con la actividad de los servicios federales de información y protección constitucional, con el intercambio de datos personales entre autoridades, y con la obligación de dar información que tienen ciertas entidades no públicas, como bancos, compañías aéreas, compañías telefónicas y correos. Estas medidas deberían aumentar los patrones generales de seguridad. Pero la ley no propone ni una sola nueva medida penal o procesal penal, y tampoco refuerza las ya existentes en el Derecho Penal y Procesal Penal. Con ello, el legislador alemán ha rechazado de manera evidente las corrientes teóricas y políticas que en nuestra especialidad se denominan *Derecho Penal del Enemigo*, que propugnan que a los terroristas – nacionales o internacionales - no se les vea como ciudadanos, sino que se les señale como enemigos de la sociedad<sup>1</sup>.

Como ya he expuesto en el comienzo de mi obra breve “Introducción al Derecho Procesal Penal”, traducida por el Profesor Gómez Colomer al castellano, en principio existen dos posibilidades legales enfrentadas para luchar contra los terroristas con los medios del Derecho Procesal Penal: Mediante el establecimiento de disposiciones especiales, o mediante la aplicación o reforzamiento del Derecho

---

<sup>1</sup> Al respecto véase *Lüderssen*, en *BGH-Festgabe*, tomo IV (2000) pág. 883 (909 y ss.).

Procesal Penal ordinario<sup>2</sup>. Pero esta última posibilidad es totalmente distinta de la primera sólo en teoría. Por ejemplo, el legislador alemán ha admitido también en la Ley Procesal Penal, ya desde hace tiempo y para determinados delitos – pero en absoluto sólo para hechos violentos de terrorismo -, medidas especiales con ocasión de la instrucción y de la persecución, y por medio de ulteriores reformas parciales ha desubicado las estructuras fundamentales del proceso penal en su conjunto:

A título de ejemplo, los problemas que pueden plantear *los grandes procesos* - tales como terrorismo, crimen organizado, criminalidad económica, etc.- son resueltos por el legislador alemán, facilitando, entre otras medidas, la interrupción de la vista oral en caso de que se prevea una larga duración; por tanto, se está utilizando un criterio procesal formal como es el de la duración de la vista oral. Este criterio no es siempre materialmente acertado, aunque en verdad lo es frecuentemente. Del mismo modo, se planifican ulteriores ampliaciones de los plazos. Yendo más lejos, y en cada delito, se pueden delimitar amplios materiales procesales bajo los puntos de vista de la *oportunidad*; lo que para el también clásico en Alemania principio de legalidad significa una dramática limitación o merma. Además, determinados derechos procesales, como la reclamación de la competencia, sólo pueden hacerse valer hasta cierto momento, teniendo como consecuencia después del mismo, lo que una defensa capaz y eficaz ha de conocer, la *preclusión*, que está más cercana al proceso de partes anglonorteamericano que al proceso regido por el principio de oficialidad en el entendimiento continental.

Es discutible, desde un punto de vista político-jurídico, si esta tendencia hacia el reforzamiento del Derecho Procesal Penal ordinario es más conveniente en un Estado de Derecho, que la articulación de normas procesales especiales contra terroristas y otros “enemigos” de la sociedad. En cualquier caso, el legislador alemán se ha decidido hasta ahora indubitadamente por la primera vía, modificando así progresivamente y por completo el contenido y naturaleza del proceso penal.

En cambio, la Decisión marco de la *Unión Europea* de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, no sólo enumera las órdenes ya emitidas durante la segunda mitad de los años 90 a Europol y a otras instituciones que tienen competencia en la lucha contra el crimen internacional, sino que además y sobre todo busca una armonización de las definiciones de los hechos punibles de terrorismo, así como introducir una competencia judicial especial y, ante todo, estatuir la primacía del Derecho Comunitario, puesto que los fines para la lucha contra el terrorismo “se alcanzarán con base en la necesaria reciprocidad a nivel comunitario mejor”, que individualmente por cada Estado miembro (consideración 9 de la Decisión).

---

<sup>2</sup> Tiedemann, en Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht (4<sup>a</sup> ed. 2003) pág. 117 (121) = Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal (Ariel 1989), pág. 133 (137).

Con esta excepción al principio de subsidiariedad del Derecho de la Unión Europea, se está invocando un principio muy moderno e importante, que desde la cumbre extraordinaria de la Unión Europea de Tampere en octubre de 1999 no solamente se formula claramente, sino que controla desde entonces la política de la Unión Europea: El proyectado “*espacio único europeo de la Libertad, Seguridad y Justicia*”, mencionado también en el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea, sólo puede crearse bien mediante la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, bien mediante mecanismos sustitutorios, entre los cuales la clásica cooperación oficial y jurídica ha demostrado ser demasiado lenta. Un moderno mecanismo sustitutorio, sobre el que volveré, es el *reconocimiento mutuo* de las *resoluciones* judiciales nacionales en el proceso penal. La introducción de la orden de detención europea en el año 2002, muestra claramente estas nuevas ideas sobre sustitución de las formas tradicionales de la cooperación oficial y jurídica, y su necesidad se justifica por el hecho de que la armonización de los códigos penales y procesales penales nacionales exigirá aún probablemente bastante tiempo. Es verdad que los artículos 29 y ss. del Tratado de la Unión Europea prevén un fundamento expreso que autoriza la armonización en materia de lucha contra el terrorismo. Que sin embargo ese instrumento de armonización esté conformado según el llamado tercer pilar como cooperación intergubernamental, nos sugiere de entrada las primeras dudas respecto a su eficacia, pues las decisiones marco del tercer pilar vinculan ciertamente a los gobiernos, pero no a los parlamentos nacionales. Éstos se aferran no pocas veces a la tradición nacional. Como ejemplo claro citaré – dejando de lado el problema de la lucha contra el terrorismo – la negativa por el momento del legislador español a seguir la decisión marco (o “acción común”) del Consejo Europeo de 22 de diciembre de 1998, relativa a la corrupción en el sector privado, quizás porque la introducción de la punibilidad del soborno y corrupción de empleados de empresas privadas es algo novedoso en los ordenamientos jurídicos de raíces romanas<sup>3</sup>. El ejemplo afecta con la *corrupción* a un problema que por su complejidad es en principio comparable al terrorismo, aunque se trata más bien de un problema interno del estado de una sociedad. Por lo demás, el “Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad Europea y sobre la creación de una Fiscalía Europea”, presentado por la Comisión de la Unión Europea a finales de 2001, da a entender que para estas materias especiales la “armonización de las reglas probatorias en el ámbito comunitario” es *desproporcionada*, porque se limita a la persecución penal de determinados delitos<sup>4</sup>. Sólo la inclusión de ulteriores delitos transfronterizos, como en especial los cometidos por terroristas, conformará un impulso eficaz de cara a la armonización de los códigos procesales penales nacionales europeos o a la articulación de figuras procesales supranacionales.

---

<sup>3</sup> Véase *Tiedemann*, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (11<sup>a</sup> ed. 2002), números marginales 1 y s. y 27, con referencias.

<sup>4</sup> Libro verde COM (2001) 715, pág. 64.

## II.

El nuevo principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de los Estados miembros, es cualquier cosa menos intocable o reconocido. Famosos penalistas han advertido en Alemania – en parte con campañas públicas-, sobre todo contemplando la inminente ampliación de la Unión Europea a los países del Este, que mediante el reconocimiento mutuo de actos procesales penales descenderán los estándares de los derechos fundamentales nacionales. Como ejemplo de esta discusión se cita el artículo 579, núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, según el cual se puede acordar mediante resolución motivada la intervención de las comunicaciones telefónicas básicamente en todos los delitos, mientras que el Derecho Procesal Penal alemán, en el § 100a de la Ley Procesal Penal, presupone la sospecha respecto a una serie de delitos especialmente graves enumerados con carácter exclusivo en un catálogo. Una considerable parte de la bibliografía alemana exige, por ello, que la valoración de una medida de intervención de comunicaciones dictada en España, solamente sea admisible en el proceso alemán cuando la medida también se hubiese admitido en el proceso penal alemán. Igualmente produce escándalo, en mi país sobre todo, que el Derecho extranjero admita parcialmente *sucedáneos probatorios*, que en Alemania no se aceptan o que solamente se aceptan limitadamente. Así lo establece la Ley Procesal Penal alemana, al aplicar el principio de inmediación en su § 250, de forma que se da preferencia fundamental al interrogatorio del testigo (por el juez), frente a la lectura de la diligencia de un interrogatorio (judicial) anterior del mismo testigo. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal española reconoce, especialmente en el artículo 730, este principio de “inmediación”, permitiendo la lectura de la diligencia de interrogatorio judicial solamente cuando interrogar de nuevo al testigo no sea posible en el juicio oral. La jurisprudencia española y alemana están de acuerdo en que las diligencias de interrogatorios policiales en absoluto pueden ser leídas, debiendo el funcionario que efectuó el interrogatorio prestar declaración como testigo en el juicio oral<sup>5</sup>.

Por el contrario, en el Derecho francés es posible sin problema alguno la lectura en el juicio oral, por ejemplo, de la diligencia judicial de un interrogatorio testifical efectuado en la instrucción judicial, como *preuve littérale*<sup>6</sup>. Esto requiere únicamente que sea objeto de una vista contradictoria y para el principio de oralidad (*oralité*) con ello basta. Según el Derecho francés, por tanto, no es preciso recurrir incondicionalmente a un testigo directo y a su declaración ante el tribunal competente para dictar sentencia. Como fundamento de esta libre elección probatoria se indica, al lado de la posibilidad del interrogatorio del testigo realizado ya por el juez instructor -

---

<sup>5</sup> Montero Aroca et al., Derecho jurisdiccional, III Proceso penal (11ª ed. 2002), pág. 292, con referencias.

<sup>6</sup> Art. 310 Code de procédure pénale; más específicamente en ap. III.

la misma posibilidad existe en Alemania para el juez investigador -, que una diligencia levantada poco tiempo después de cometido el hecho, por tanto realizada de manera profesional, refleja mejor las impresiones más recientes del testigo, que la declaración del testigo de nuevo realizada posteriormente en la vista oral<sup>7</sup>.

Pero en cambio, el Derecho inglés concede un valor especial a la inmediación (y a la oralidad), de manera que para que la declaración de un testigo sea fiable, no basta solamente con el juramento, sino que también se debe poder asegurar la posibilidad del interrogatorio cruzado ante el tribunal sentenciador – institución típica del modelo procesal de partes<sup>8</sup> -. Es cierto igualmente que según la Ley Procesal Penal alemana, la diligencia judicial del interrogatorio es un documento privilegiado, aunque en todo caso, en lo que afecta a su utilización conforme al § 251 de nuestro código, limitado al punto de vista de que la declaración (leída) del testigo en el juicio oral tiene que poder ser controlada mediante el derecho a interrogar de las partes<sup>9</sup>. El problema general de la utilización en el proceso penal alemán de las pruebas obtenidas en el extranjero lo resuelve la jurisprudencia alemana, especialmente la del Tribunal Supremo Federal, concluyendo en definitiva (pragmáticamente), que si bien en principio el cumplimiento de las normas del Estado donde se ha realizado la práctica de la prueba es determinante (“*locus regit actum*”), los defectos que existan desde el punto de vista alemán tienen que ser considerados en la valoración de la prueba<sup>10</sup>. El Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, declara en su artículo 4 que el Derecho Procesal del Estado requirente es determinante, ayudando así la validez del principio “*forum regit actum*”. Para finalizar y en el ámbito específico, ya mencionado, de la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, se ha querido introducir en el Corpus Iuris de 2000 (artículo 33, apartado 2), y en el Libro Verde de la Comisión, dentro del concepto del principio del reconocimiento, una “capacidad de circulación” de los medios de prueba procesales penales obtenidos dentro de la Unión Europea, correspondiendo al derecho de libre circulación de mercancías y servicios, de manera que se tenga que aceptar el medio de prueba obtenido legalmente en un Estado miembro, sin necesidad de un posterior control por cualquiera de los tribunales existentes en la Comunidad Europea.

---

<sup>7</sup> Véase *Gless*, ZStW tomo 115 (2003),pág. 131 (140), con referencias.

<sup>8</sup> Véase *Gless*, loc.cit., pág. 140, con referencias.

<sup>9</sup> Véase en el sentido expresado sólo *Böse*, ZStW tomo 144 (2002), pág. 148 (156 y s.), con referencias.

<sup>10</sup> BGHSt 7, 15 y ss., *Goltdammers Archiv für Strafrecht* 1976, 218 y ss.; críticas al respecto *Perron*, ZStW tomo. 112 (2000) pág. 202 (208) y *Vogel*, ZStW tomo 110 (1998) pág. 974 (977).

Sobre todo, la comparación con la capacidad de circulación de mercancías ha suscitado en Alemania intensas protestas, que llegan a afirmar que las pruebas procesales penales – a diferencia de las mercancías – “no son productos que pueden formar parte de la libre circulación de mercancías... sin ponerlos en relación con las circunstancias que se daban en el momento de practicar la prueba”<sup>11</sup>. Las pruebas procesales penales tienen que contemplarse más bien desde un aspecto funcional – en vista de la búsqueda de la verdad y justicia –, mientras que la libertad de circulación de mercancías es “el fin absoluto de la liberalización”<sup>12</sup>. Por supuesto, esto último no es del todo exacto: La libre circulación de mercancías, una de las libertades fundamentales de la Unión Europea, tampoco es el fin absoluto, sino que sirve para la protección del comercio, de los competidores y de los consumidores.

El problema de la admisión en el proceso penal interno de las pruebas obtenidas en el extranjero, parece ser en consecuencia apenas solucionable por medio de vías de consenso o diálogo, si se excluyen las vías políticas, hasta ahora poco exitosas, para una armonización general de los códigos procesales penales, o al menos de su Derecho probatorio. Acto seguido debe señalarse que sólo el *principio de reconocimiento mutuo*, sustentado por el Corpus Iuris y por el Libro Verde, promete éxitos realistas en el futuro – especialmente también en la lucha contra el terrorismo -. No se desconoce en este punto que casi todos los sistemas jurídicos, compensan una eventual generosidad en la obtención de pruebas por medio de límites funcionales de clase distinta en otras etapas del proceso – y viceversa. La opinión común del Gobierno Federal alemán y de los Estados federados ante el Libro Verde, indica en este sentido que el procedimiento preliminar y el juicio oral de los diferentes códigos procesales penales dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales, forman una unidad, y por ello no está permitido que, para un entendimiento internacional, puedan fraccionarse en piezas intercambiables<sup>13</sup>. Este argumento refuerza y generaliza la opinión, más allá incluso de las ideas desarrolladas por *Peters*, que en no pocos casos el Derecho Procesal Penal compensa los déficits o prejuicios del Derecho Penal material – y viceversa. Con este fundamento, parece que a primera vista el principio “forum regit actum” sea preferible, ya que admite una extensa evaluación propia de la práctica probatoria extranjera conforme a las medidas funcionales del juez interno.

### III.

La discusión sobre el futuro del proceso penal europeo ha tomado una más clara dirección, como consecuencia de dos posiciones jurídico-políticas relevantes: En

---

<sup>11</sup> *Gless*, loc. cit., pág. 148.

<sup>12</sup> *Satzger*, Revista „Strafverteidiger“ 2003, pág. 137 (142).

<sup>13</sup> Véase *Satzger*, loc. cit., pág. 141.

primer lugar, el Acuerdo del *Parlamento Europeo* sobre el Libro Verde, de 27 de marzo de 2003, exige establecer como fundamental el principio del reconocimiento mutuo de pruebas, complementándolo “con normas comunes con relación a inculpaciones y medidas penales”, posiblemente también con “un procedimiento unificado en toda Europa para la admisión de las pruebas” y con “unas reglas sobre disposiciones europeas comunes en materia probatoria”. En segundo lugar, se pronuncia también el Proyecto de una *Constitución para Europa*, aceptado por consenso en la Convención europea de Junio-Julio de 2003, por un “espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, y por el “principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales” (artículo III-171, apartado 1). Para facilitar el reconocimiento mutuo deben promulgarse normas mínimas europeas sobre “la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros”, sobre los “derechos de las personas durante el procedimiento penal”, sobre los “derechos de las víctimas de los delitos”, y sobre otras cuestiones todavía por determinar (artículo III-171, apartado 2). Estas regulaciones deben realizarse mediante leyes marco europeas, que se correspondan con las actuales directivas. La promulgación de estas normas mínimas no debe impedir a los Estados miembros, según el texto expreso del Proyecto de Constitución, “conservar o introducir un nivel de protección más elevado de los derechos del individuo en el proceso penal”. El texto del proyecto de Constitución europea quiere prever la introducción de una Fiscalía Europea, además de para los delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea, también para toda la “grave criminalidad con dimensión transfronteriza”, por tanto también para el terrorismo internacional, e introducir a través de una Ley europea (que se corresponde con los antiguos reglamentos del Consejo) “normas sobre la admisibilidad de las pruebas, así como sobre el control jurisdiccional de las diligencias practicadas por la Fiscalía Europea en el desempeño de sus funciones” (artículo III-175).

Ambos textos se deducen del principio del reconocimiento mutuo, si bien el Proyecto de Constitución lo limita de momento a las “resoluciones” judiciales. Junto a la exigencia de una armonización parcial europea de los códigos procesales de los Estados miembros y/o de las reglas procesales supranacionales, la decisión del Parlamento Europeo prevé también la posibilidad de un procedimiento especial para la admisibilidad de pruebas, en manos del “juge des libertés”, como igualmente lo pretenden las propuestas de transposición del artículo 25 bis del *Corpus Iuris*, orientadas hacia el “giudice della libertà” italiano (Juez de las Libertades) y al “Ermittlungsrichter” alemán. Fuera del ámbito especial de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, es tema todavía abierto si esa función de control debe quedar salvaguardada por un Juez supranacional o por un Juez nacional, o por el último que tenga obligación de plantear prejudicialmente la cuestión y/o con posibilidad de recurso, frente a una instancia europea. Medidas de control resultan especialmente, fuera de las reglas europeas futuras y/o disposiciones de armonización, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con su principio central del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), al que se refiere también el artículo 29,



apartado 2 del Corpus Iuris. Este principio es asimismo un estándar mínimo<sup>14</sup>, que sin embargo es aplicado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el proceso penal *en su conjunto*<sup>15</sup>. Por tanto, permitir la aplicación de ese estándar mínimo en un procedimiento probatorio concebido de forma independiente, será un cometido para el futuro, para cuyo cumplimiento las normas mínimas futuras, serían a su vez un gran apoyo. Se espera también que ayude, en el sentido del Proyecto de Corpus Iuris, la regulación autónoma de dos medios de prueba capitales, a saber, una diligencia europea de interrogatorio testifical a levantar por un Juez independiente, y otra diligencia europea de interrogatorio de inculpados a levantar asimismo por un Juez con dicha característica (artículo 32, apartado 1, letras a) y b), del Corpus Iuris). Para ambos interrogatorios están prescritas la presencia de un Abogado y su derecho a preguntar, así como su grabación en vídeo. Estas diligencias así levantadas deberían ser pues capaces de circular, tras su admisibilidad por el “juge des libertés” (Juez de las Libertades), dentro de la Unión Europea y ser válidas como medios de prueba ante los tribunales de los Estados miembros. También por esto se escandaliza en verdad una parte considerable de la doctrina alemana, que censura la lectura de la diligencia en el juicio oral por vulnerar el principio de inmediación, una de las máximas fundamentales del proceso penal alemán<sup>16</sup>. En la medida en que la obstinación alemana por el principio de inmediación, en su actual conceptualización por el Código Procesal Penal y por la jurisprudencia alemana, es inadecuada, se pone de relieve a modo de ejemplo y al margen de la referencia a las tendencias reformistas\_alemanas restrictivas del mencionado principio, el ya citado modelo francés vecino sobre utilización de las diligencias de interrogatorio en el juicio oral, situado en el primer plano de la crítica por los detractores de la reforma europea:

Históricamente el papel central de las diligencias de interrogatorio judicial tiene su origen en el Code d’instruction criminelle (CIC) de 1808, que llegó a ser modelo determinante para la reforma procesal penal alemana del siglo XIX, aunque la necesidad de alcanzar un compromiso representó ya una difuminación del Derecho Procesal de la Revolución de 1789: Su así llamado “système mixte” dio forma al procedimiento preliminar inquisitivo, y sólo el juicio oral quedó sometido a los revolucionarios principios de publicidad, oralidad y contradicción. Bajo este sistema y en el procedimiento preliminar, redactaba el juez instructor junto con el secretario las diligencias de interrogatorio a los testigos (“procès verbaux”). Verdaderamente ésta era la obligación principal del juez instructor<sup>17</sup>. En el juicio oral ya regía el principio de

---

<sup>14</sup> Véanse *Jung*, ju. 2000, pág. 417 (419) y *Weigend*, ZStW tomo 105 (1993), pág. 774 ( 777 y s.).

<sup>15</sup> *Gless*, loc. cit., pág. 150 con referencias.

<sup>16</sup> Véase con *Satzger*, loc. cit., pág. 141, especialmente *Schünemann*, GA 2002, pág. 501 (514 y ss.). En el mismo sentido, para España, *Gómez Colomer*, Revista de Derecho Penal y Criminología núm. 6 (2000), pág. 139 (171, 175).

<sup>17</sup> *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren (1979), pág. 48.

oralidad sólo para el Tribunal del Jurado (Cour d'assises), pues en él sólo intervenían jueces legos. Ante el Tribunal correctionnel y ante el Tribunal de simple police no rigió desde un principio la máxima de la oralidad. Más bien se practicaba la prueba con base en diligencias, y los testigos aparecían en escena sólo en tanto faltaban las diligencias, necesitaban un complemento, o eran contradictorias, o contenían fallos formales. El Derecho francés no contempló por tanto desde un principio, o sólo mínimamente, el principio de intermediación, tal y como lo conoce la dogmática alemana<sup>18</sup>, fijando en cambio como determinante el principio de oralidad, que nada o poco tiene que ver con la materia de los medios de prueba, sirviendo únicamente para excluir decisiones basadas sólo en los documentos que conforman la causa. También en la recepción alemana del Derecho francés en la primera mitad del siglo XIX, el principio de oralidad jugó desde un primer momento un papel más relevante<sup>19</sup>. Sin embargo, se le consideró decisivo en cuanto al contenido cualitativo de las pruebas, y se le conectó por ello en la prueba testifical con la exigencia de la comparecencia personal del testigo ante el tribunal en el juicio oral<sup>20</sup>.

El Code de procédure pénale (CPP) de 1959 y la jurisprudencia actual de la Cour de cassation, se atienen en principio al sistema descrito, pero resaltan que junto a la posibilidad genérica de lectura de diligencias de confesión (como en el Derecho alemán), sólo la diligencia de interrogatorio *judicial* puede sustituir a un nuevo interrogatorio de testigos en el juicio oral. Además, desde la jurisprudencia sentada en los casos Dobbertin y Randhawa, se reconoce como principio que un testigo de cargo tiene que ser interrogado en el juicio oral si lo pide el acusado, cuando éste no tenía hasta ahora ninguna posibilidad de preguntar por sí mismo a los testigos. Diligencias distintas a las judiciales son, según orden expresa del art. 430 CPP, "simple renseignements", es decir, meros indicios sin fuerza probatoria formal (de gran alcance generalmente, al lado de en legislación especial, sólo en caso de faltas, de acuerdo con el art. 537 CPP). Como ha explicado detalladamente la contribución de la anterior Presidenta de la Cour de cassation, Rozès, en el Libro homenaje editado en Alemania al anterior presidente del Tribunal Supremo Federal, Pfeiffer, el proceso ante un juge d'instruction independiente por causa de delitos castigados con pena privativa de

---

<sup>18</sup> Acertadamente Barth, en Perron (editor), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands (1995) pág. 89 (108, 112), y Kühne, Strafprozeßrecht (6ª ed. 2003), § 72, núm. marginal 1233.

<sup>19</sup> Compárese Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht (1845); Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens (1846). Véase también al respecto Stegmaier, Die Frage der Unmittelbarkeit bei der Behandlung der Zeugen und Sachverständigen in der Gesetzgebung und im Schrifttum des reformierten deutschen Strafprozesses vor der Reichsstrafprozessordnung. (1935) y desde una visión actual (de la defensa) Dahs, Strafverteidiger 1988, págs. 169 y ss.

<sup>20</sup> Mittermaier, Die Lehre vom Beweise im Strafprozesse (1834) págs. 354 y s.

libertad mínimas superior o inferior a un año es, a mayor abundamiento, un auténtico proceso penal con garantías para la defensa, así como un proceso contradictorio y, por tanto, también un proceso oral<sup>21</sup> - como se prevé en el § 168, c), apartado 2 del Código Procesal Penal alemán y propone el artículo 32 del Corpus Iuris -. Que una diligencia producida de esta manera pueda sustituir en principio a un nuevo interrogatorio de testigos, especialmente si el acusado está de acuerdo, es comprensible, y así se contempla en el § 251, apartado 1-4 y en el § 251, apartado 2 del Código Procesal Penal alemán. Desde un punto de vista internacional, y también alemán, la solución francesa es, ante todo, menos escandalosa, si se consideran de un lado los resultados de la investigación sobre las causas de las sentencias erróneas, y, de otro, los datos que proporciona la psicología experimental: En su virtud, corresponde auténtico valor probatorio sólo a la declaración, en lo posible espontánea, del testigo realizada inmediatamente después de ocurridos los hechos. Conforme vaya aumentando la distancia temporal respecto al hecho ocurrido y conforme se vaya repitiendo la declaración del testigo, disminuye su capacidad de decir la verdad<sup>22</sup>. Para las declaraciones de niños está ampliamente reconocido que, a causa de su capacidad de olvido o interiorización, la primera declaración efectuada representa el medio de prueba más fiable. Una diligencia de interrogatorio testifical practicada por un juez en un proceso penal conforme a Derecho, en presencia de la defensa, tiene generalmente por ello en principio un mayor valor probatorio, que las declaraciones posteriores y reiteradas de los testigos en el juicio oral. La primacía de los testigos frente a la prueba documental, establecida en el § 250 del Código Procesal Penal alemán, es por ello a la luz de la ciencia moderna ampliamente cuestionable. Que ello estuviera garantizado hasta incluso por el principio del Estado de Derecho y que por ello fuera constitucional, parece poco convincente<sup>23</sup>. Menos aún se puede hablar, en vistas de la tradición francesa, de que el principio de inmediación en el juicio oral es parte del principio del derecho a un proceso equitativo, y por ello se contiene en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con esta valoración en general concuerda el gran procesalista inglés *Spencer*, al considerar que la regla propuesta en el artículo 32, apartado 1, letra a) del Corpus Iuris es compatible con el “hearsay rule”, que de todas formas es objeto de numerosas excepciones<sup>24</sup>. El Tribunal Constitucional italiano por otra parte, especialmente con su resolución número 255 del año 1992, ha declarado inconstitucional la estricta regla del Codice di procedura penale italiano de 1989, según

---

<sup>21</sup> Véanse *Rozès*, in *Pfeiffer-Festschrift* (1988) pág. 175 (183 y ss.); y *Kühne*, loc. cit., § 3, núm. marginal 48.

<sup>22</sup> Resumidamente sobre ello *Tiedemann*, JZ 2000, 139 (143 con referencias).

<sup>23</sup> En este sentido – pero con limitaciones – *Vogel*, en *Delmas-Marty/Vervaele* (editores), *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member Status*, tomo II (2000) pág. 362 (407).

<sup>24</sup> *Spencer*, en *Delmas-Marty/Vervaele*, loc. cit., tomo III (2000), pág. 857 (934 y s.); véase también *White*, op. cit., tomo I, pág. 347 (359 – „in line with current legal thinking“).

la cual no puede ser utilizada una declaración testifical anterior en el juicio oral como medio de prueba, y colocado en lugar preferente el principio de conservación de los medios de prueba; siendo ello tenido en cuenta por la Ley italiana número 63, de 1 de marzo de 2001<sup>25</sup>.

En resumen, resulta pues que el proceso penal francés, así como de manera idéntica el alemán, deduce únicamente un privilegio para la diligencia de interrogatorio *judicial* y que – también de nuevo como el Derecho alemán – ubica el tema en función de la conformidad del acusado, con la limitación de la lectura de esa diligencia en casos de relevante significado. Por ello, debería consensuarse para toda Europa la propuesta del Corpus Iuris inspirada en el Derecho francés.

#### IV.

En el momento actual no se puede observar si las propuestas mencionadas, ni con qué redacción, se están desarrollando. Pero la tendencia apunta claramente en la dirección de una armonización parcial en toda Europa del Derecho Procesal Penal, o de una introducción de reglas supranacionales directamente aplicables para la más grave criminalidad transfronteriza, por tanto y especialmente también para el terrorismo internacional, y de la introducción de una Fiscalía Europea, que se incluirá en el orden del día de la Conferencia Intergubernamental para la Reforma de las Instituciones a celebrar en 2004. La armonización parcial o mínima no hace superfluo el principio del reconocimiento, ni la capacidad circulatoria de la diligencia europea de interrogatorio, pero debería facilitar su desarrollo. La salvedad de un nivel de protección mayor “para los derechos de las personas durante el procedimiento penal” (artículo III-171, apartado 2 del Proyecto de Constitución), no afecta, según el tenor literal y sistemática de la propuesta constitucional, a la grave criminalidad transfronteriza y tampoco, especialmente, al Derecho probatorio, aunque éste se entremeta, en caso de medidas coercitivas, en los derechos de los individuos. También por el interrogatorio del inculcado y los testigos queda afectada la posición jurídica de estas personas. Sería muy difícil obtener un resultado en una discusión sobre la primacía del nivel de protección de distintos modelos procesales, con vistas a la averiguación de la verdad y a la evitación de sentencias erróneas, como demostró hace pocos años una serie de la cadena de televisión franco-alemana “Arte”.

La reserva judicial, especialmente para todas las medidas coercitivas, permitiría ofrecer un estándar mínimo europeo en conexión con el principio de proporcionalidad, que podría y debería ser establecido por medio de las disposiciones de armonización, o

---

<sup>25</sup> Sobre el principio de inmediatez en diferentes ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, véanse *Dannecker, ZVgIRWiss.*, tomo 97 (1998), págs. 407 y ss.; *Eser, ZStW* tomo 108 (1996), pág. 86 (89); *Perron* (editor), loc. cit.

también a través de las reglas supranacionales para la grave criminalidad transfronteriza. Una intervención telefónica ordenada por el juez en el extranjero, sería también un medio de prueba admisible en Alemania, en caso de faltar la correspondiente regulación en las reglas supranacionales y/o en las normas mínimas, si quedara salvaguardada la proporcionalidad, cuyo valor probatorio según el Libro Verde depende “naturalmente de la libre apreciación del tribunal (alemán) conforme al derecho nacional a aplicar”. El Tribunal Constitucional federal alemán ha negado expresamente que, en caso de utilización de la información extranjera en el juicio oral (alemán), estemos una vulneración de un derecho fundamental, si la práctica extranjera de la prueba no afecta a la soberanía alemana<sup>26</sup>. También para los interrogatorios debería la prescripción europea de deberes de información y de una prueba prohibida en caso de vulneración de esas obligaciones hacer superfluo, en la medida de lo posible, al lado de la introducción del llamado modelo de diligencia europeo, el recurso al nivel de protección nacional.

Puesto que la reserva de un nivel de protección nacional más elevado de los derechos de las personas en el proceso penal, sólo afecta a las “normas mínimas” de armonización, continúa vigente que mientras esas normas mínimas no se promulguen, se tiene que mantener el principio del reconocimiento, que se deduce inicialmente de la equivalencia de todos los actos de investigación en la Unión Europea, y que emana del tradicional principio fundamental de territorialidad. Especialmente, la referencia al principio de reconocimiento mutuo de “resoluciones” judiciales en el texto constitucional europeo, hace suponer sin embargo la introducción prioritaria y urgente de un procedimiento judicial sobre admisibilidad de las pruebas, al modo como se establece en el procedimiento nacional de aseguramiento de la prueba, así como para la práctica de la prueba, en el art. 8, 3 apartado 3 del Reglamento (Euratom, CE), número 2185/96 del Consejo, de fecha 11 de noviembre de 1996 (véase también el artículo 194, apartado 4 del Tratado Euratom). La propuesta de creación de un “medio de prueba europeo” por el Corpus Iuris, señala en la misma dirección.

Naturalmente, en la introducción de tal procedimiento de admisibilidad de la prueba hay una cierta independización jurídica de la práctica de la prueba y de sus partes. Esto es evidente en la propuesta de Corpus Iuris, a la vista de las diferencias competenciales en caso de pruebas supranacionales. Sin embargo, ya se aplica también en los procedimientos nacionales existentes para el aseguramiento de las pruebas y en otros procedimientos intermedios. En cambio, en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas la relación funcional que predomina en todos los actos procesales penales para llegar a la obtención de la sentencia, y la relación que se deduce de ello también en la práctica probatoria extranjera de las valoraciones nacionales, se corresponde verdaderamente con una concepción dinámica del Derecho Procesal, tal y como James *Goldschmidt* ha fundamentado en su famoso “Prozess als Rechtslage” (1925). Pero ante

---

<sup>26</sup> Así “de lege lata” BVerfGE 100, 313 (363 y s.).

todo, desde el punto de vista de la protección jurídica, esta opinión es en parte un anacronismo, que en Alemania sirve de excusa para negar al inculpado todo recurso frente al sobreseimiento del proceso penal contra él<sup>27</sup>. En cambio, la doctrina más antigua (*¡Zachariä!*) había puesto el acento ya en la importancia de los pasos intermedios. La relativa independización existente en la introducción de un procedimiento de admisibilidad de la prueba y su valoración como acto procesal propio, no sólo impulsaría el proceso político de integración de la Unión Europea, sino que también sería idóneo para dotar a la teoría del proceso penal de un fundamento renovado. Que la iniciativa para esta nueva orientación deba surgir del Derecho probatorio, es consecuencia de su papel central en el proceso penal<sup>28</sup>. Obviamente falta aquí el tiempo para presentar esta nueva teoría del proceso penal de forma elaborada.

---

<sup>27</sup> Sobre ello en nuestro contexto, *Tiedemann*, en Roxin/Arzt/Tiedemann, loc. cit., pág. 119.

<sup>28</sup> Véanse ahora las consideraciones e indicaciones en *Tiedemann*, JZ 2000, 143.