

El principio del proceso debido

En la práctica, las mencionadas previsiones constitucionales junto con los preceptos también constitucionales que las determinan, incluyen dos garantías distintas, según se deduce de una inicial aproximación al tema¹²⁸:

1a) El DPL implica lo que es conocido como "Due Process procesal", lo que significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar de la vida, libertad o propiedad, a ningún sujeto de derecho, excepto a través de procesos ajustados a la USC¹²⁹. Así, una persona no podrá ser expropiada sin ser notificada de ello y oídas sus alegaciones, ni puede ser privado nadie de su libertad sin un juicio limpio ("Fair trial")¹³⁰.

2a) La cláusula de DPL garantiza el "Due Process sustantivo", lo que significa que la administración no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos

128 DÖRR D. Faires Verfahren, Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Kehl am Rhein 1984, pp. 10 y ss.

129 Las demandas ante los Tribunales Federales motivadas por la privación del DPL procesal, muestran en los años setenta un incremento de un 350% sobre la década anterior, teniendo en cuenta que el incremento general de la litigiosidad fué de un 70%. La tendencia se mantiene para la década de los ochenta. MASHAW J. L. Due Process..., op. cit. págs. 9 - 10.

130 La práctica de la Corte Suprema liga indisolublemente los principios de Due Process of Law y Fair Trial. SCHMID N. Das amerikanische Strafverfahren, Heidelberg, 1986, pág. 130. La doctrina encadena también básicamente la limpieza del procedimiento "procedural fairness" con las reglas y principios que configuran el DPL procesal. GREY T.C. Procedural fairness and substantive rights, en "Due Process..." op. cit., pág. 183. MORENILLA RODRIGUEZ J. M. Los derechos..., op. cit., p. 637, donde también se parte de la identidad entre los conceptos "debido proceso legal/due process of law" y "juicio limpio/fair trial".

Derechos Fundamentales, como aquellos contenidos en la USC, sin disponer de un motivo que así lo justifique, se trata en definitiva de una forma de autocontrol, constitucional, de la discrecionalidad en la actuación de la administración pública en general¹³¹ (v. gr. el Due Process sustantivo prohíbe a los poderes públicos la aplicación de leyes restrictivas de la libertad de expresión, excepto si pueden, los poderes públicos, demostrar que tales leyes son necesarias por un apremiante - y por tanto superior - interés público)¹³².

Vamos ahora a centrarnos específicamente en el primero de los significados citados que hemos denominado DP procesal, que constituirá nuestro inmediato objeto de estudio. Debemos prescindir de parte de lo que para la doctrina anglosajona significa el DPL, concretamente de las implicaciones del DPL con el inicio del procedimiento legislativo y su posterior desarrollo

131 Amendment V (1791) "...nor shall private property be taken for public use, without just compensation". HASTIE W. H. Judicial method in Due Process inquiry, en "Government under law..." op. cit., Cambridge, 1956, pág. 343. En STRONG F. R. Substantive due process of law, a dichotomy of sense and nonsense, Durham (North Carolina), 1986; Se realiza un completo análisis histórico del origen del DP sustantivo en la "Magna Carta" inglesa como una limitación de las prerrogativas de la corona. También se analiza el significado de la institución tras su recepción por el derecho norteamericano, (limitación a las expropiaciones por apropiación pública, limitación de situaciones de monopolio público o privado), y su posterior desarrollo. En general sobre esta materia es de interés el minucioso análisis histórico realizado en, COWLES W. B. Treaties and constitutional law: Property interferences and due process of law, Westport (Connecticut), 1975 (Reimpresión).

132 El ejemplo ofrecido procede de la conferencia SPRINGER E.CH. Sistema... cit. posteriormente transcrito en la documentación recibida del mismo, 07.01.1991 y 18.06.1991; Y es llamativo el empleo que en el mismo se hace de conceptos indeterminados como "apremiante interés", siempre presentes en la jurisprudencia USA y cuyo alcance deberemos fijar en páginas posteriores.

El principio del proceso debido

- sometidos en todo momento a los límites impuestos por el DP sustantivo en el sentido ya anticipado - centrándonos exclusivamente en las manifestaciones del DPL en el aspecto jurisdiccional, su significado, exigencias y alcance ante la eventual existencia de un conflicto que requiera de un proceso para su resolución¹³³.

Prescindiremos en definitiva del estudio del DPL sustantivo por no resultar aplicable a una manifestación jurisdiccional de la norma.

La finalidad del DPL procesal la constituye en esencia la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso y en especial para las partes en un proceso penal, ya que la función jurisdiccional aplicada de acuerdo a sus características minimiza el riesgo de resoluciones injustas.

133 Tomaremos como punto de partida las "garantías básicas o derechos fundamentales" que extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU, destaca sucintamente - a lo largo de esta parte de la tesis desarrollaremos y ampliaremos más en profundidad dichos elementos - como contenido del DPL procesal, MORENILLA RODRIGUEZ J. M. Los derechos..., op. cit., pp. 638, 639. "1) El Tribunal debe tener jurisdicción sobre el acusado atendiendo al lugar donde el delito se cometió. 2) El acusado debe ser juzgado con orden y por un Tribunal imparcial. 3) El acusado debe ser notificado de los cargos que existan contra él para preparar su defensa. 4) El acusado tiene derecho a ser asistido de un letrado; si careciere de medios económicos para procurárselo el Estado tiene que proporcionarle abogado defensor. 5) El acusado tiene derecho a exigir la presencia de los testigos de cargo y a carearse con ellos. 6) El acusado tiene el derecho de ser oído en su propia defensa. 7) El acusado tiene el privilegio de no poder ser declarado culpable en base a confesiones obtenidas contra su libre voluntad y sin conocimiento de sus derechos constitucionales. 8) El juicio debe ser público y rápido. 9) El acusado-condenado tiene el derecho de obtener la transcripción de cuanto se dijo en el juicio. 10) El acusado-condenado tiene derecho a recurrir contra la sentencia ante un Tribunal superior."

Iñaki Esparza Leibar

En otras palabras, en los USA la garantía del juicio limpio es parte, y parte nuclear pero no la totalidad, del alcance de la cláusula del DPL que contiene superpuestas y desarrolladas otras específicas garantías destinadas a asegurar la realización de la Justicia en los procesos principalmente penales.

Varias de las garantías a las que hacemos referencia, las más básicas, que constituyen elementos irrenunciables del "Fair trial" y por tanto manifestaciones propias del DPL en su faceta procesal, están recogidas a modo de catálogo en la Sexta Enmienda¹³⁴ de la USC y son:

a.- Derecho a un proceso rápido, ("Justice delayed is justice denied")¹³⁵.

134 Amendment VI (1791) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, wích district shall have been previously ascertaines by law, and to be informed of the natura and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense"/"En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que le defienda".

135 La consecución del "speedy trial" como fundamento del "fair trial" y por tanto imprescindible para que el DPL exista, ha centrado buena parte de los esfuerzos de las instituciones norteamericanas en los últimos años, particularmente es el caso del "National Center For State Courts" y los estudios y publicaciones que impulsa. Description and analysis of the Passaic County (NJ) speedy trial demonstration project, North Andover (Massachusetts), 1980. Implementing delay reduction and delay prevention programs in urban Trial Courts, Denver

El principio del proceso debido

- b.- Derecho a un proceso público.
- c.- Derecho a un proceso con jurado imparcial.
- d.- Derecho a Juez natural.
- e.- Derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación formulada.
- f.- Derecho al careo con testigos.
- g.- Derecho a la asistencia letrada.

Podemos provisionalmente concluir que en los USA la garantía del juicio limpio no es un concepto simple, sino una combinación de elementos que aseguran una determinada forma de procedimiento en torno a los valores equidad, imparcialidad, independencia, igualdad, publicidad, racionalidad, certeza y universalidad¹³⁶, estando todos ellos incluidos y presentes en la cláusula de DPL que además incorpora otros requisitos específicos contenidos en otras partes de la USC¹³⁷.

III. AMBITO DE APLICACION DE LA INSTITUCION EN LOS USA

(Colorado), 1985. Vid. también el vol. 23, nº 1, de la revista The Judges journal, Chicago (Illinois), 1984, que se ocupa monográficamente de la cuestión. La resolución de este problema depende de la aplicación de técnicas principalmente de racionalización de la gestión, que por no constituir materia procesal no analizaremos aquí.

¹³⁶ Existe un generalizado acuerdo sobre estos elementos como integrantes del DPL (tanto en su faceta sustantiva como procesal), MARSHALL G. Due process in England, en "Due Process...", op. cit., New York 1977, pág. 69.

¹³⁷ SPRINGER E.CH., conferencia Sistema... cit.

Iñaki Esparza Leibar

Intentaremos inmediatamente proporcionar un concepto de DPL adaptado a categorías jurídicas continentales con el objeto de sistematizar lo hasta ahora visto y que simultáneamente sea apto para ser completado con lo que a partir de este momento diremos.

Se trata de un principio general de los ordenamientos jurídicos anglosajones de naturaleza constitucional, que presenta una importante faceta procesal (ampliamente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia), y que contiene elementos de directa aplicación como garantías procesales (recogidos no sólo en las Enmiendas Quinta y Decimocuarta de la USC, sino también en otras partes de la misma), tanto estrictamente técnicos como de otra índole, que hacen referencia a las bases científicas que integran el Derecho Jurisdiccional: Poder Judicial, derecho de acción y proceso.

A) La primera cuestión que cabe plantearse es la de saber si en cualquier caso y siempre que los poderes públicos realicen un acto desfavorable, restrictivo de derechos, para uno o varios individuos, deben hacerlo dentro de los límites del DPL o no¹³⁸ (ámbito material). La respuesta a dicha cuestión ha determinado las fluctuaciones de la jurisprudencia en cada momento histórico. Podemos destacar la existencia de dos posturas al respecto:

1) **DOCTRINA RESTRICTIVA:** No existe un mandato general que obligue al gobierno a instituir un procedimiento previo a

138 **SPRINGER E.CH.** Limitations on government power Carson City 1986, págs 526 y ss.

El principio del proceso debido

cualquier acto desfavorable para algún individuo. Solamente será así cuando la restricción, privación o daño recaigan sobre la vida, libertad o propiedad de alguna persona y en atención, precisamente, a dichos derechos será obligado un proceso ajustado a los principios que integran el DPL. El fundamento de tal interpretación radica en la no consideración de la vida, libertad y propiedad como un enunciado general y omnicomprendido de todos los aspectos de la vida de un individuo en sociedad, sino que la jurisprudencia de la Tribunal Supremo ha establecido restrictivamente el ámbito de los términos vida, libertad y propiedad referidos a un limitado grupo de intereses determinando así los actos del gobierno que ni afectan ni privan a un sujeto de uno de los citados tres intereses, y por tanto no requieren un DPL¹³⁹. Aunque la tendencia jurisprudencial apuntada se manifiesta con claridad sólo desde 1972, existen precedentes ya en el siglo anterior, que permiten complementar la argumentación restrictiva, cuando se establece la distinción entre derechos y privilegios, estando la restricción de derechos sometida a los límites constitucionales, lo que no ocurrirá con los privilegios cuya limitación no está sujeta a las restricciones establecidas por la USC¹⁴⁰. Cuando un acto de la administración perjudica un

139 Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564, 1972. United States Labor Party v. Oremus, 619 F.2d 683, 689, (7th. Cir.), 1980.

140 McAuliffe v. Major of New Bedford, 155 Mass. 216, 220, 29 N.E. 517, 1892. El caso de un policía que pierde su empleo por comprometerse con actividades políticas. El Juez Oliver Wendell Holmes sentenció: "El solicitante tiene efectivamente el derecho constitucional de intervenir activamente en política (derecho, por tanto la restricción del mismo deberá ajustarse al DPL), pero no tiene el derecho constitucional de ser policía (privilegio, por tanto su tutela no exige la aplicación del DPL)".

Iñaki Esparza Leibar

derecho individual pero no constituye una denegación de la vida, libertad o propiedad, el gobierno no tiene la obligación de facilitar el DPL a esa persona.

2) **DOCTRINA AMPLIA:** Entiende esta línea interpretativa, que los tres términos incluidos en la frase "vida, libertad o propiedad" son descripciones genéricas de todos los intereses individuales, no habiéndose pretendido con su redacción la creación de una jerarquía de intereses con su correlativo reflejo en el ámbito jurisdiccional. Lo contrario, se aduce, supondría una incomprensible limitación de la actividad revisora propia de la jurisdicción¹⁴¹.

B) Una segunda cuestión que ha sido planteada es la de determinar la eventual existencia de otras limitaciones en la aplicación del DPL, limitaciones fundamentadas en la libertad de cada estado para ajustarse o no a los principios del DPL, a la hora de establecer las normas relativas a la función jurisdiccional. Debe señalarse a este respecto que los garantías recogidas en las ocho primeras enmiendas, ratificadas en 1791, fueron originalmente concebidas, o al menos así se interpretó por los Estados, para su aplicación en el caso de procesos originados por la transgresión de una norma federal, en estos casos se

141 **MONAGHAN** Liberty and Property, 62 Cornell L. Rev., 1977, págs. 405, 415. **SMOLLA** The re-emergence of the Right-Privilege distinction in Constitutional Law: The price of protesting too much, 35 Stanford L. Rev., 1982, pág. 69. **SIMON** Liberty and Property in the Supreme Court: A defense of Roth and Perry, 71 Calif. L. Rev., 1983, pág. 146.

El principio del proceso debido

aplicaría necesariamente el DPL ante un Tribunal Federal, con todas las garantías mencionadas.

En principio ello no sería aplicable a los casos de acusación en base a la violación de una ley estatal que tuvieran asimismo que ventilarse ante un Tribunal Estatal; Pero el Tribunal Supremo ha acudido a la Enmienda Decimocuarta, ratificada en 1868, en virtud de la cual deberán ser respetadas las garantías incluidas en el DPL también en los casos relativos y resueltos por instancias estatales "The nationalization of the Bill of Rights"¹⁴².

De la interacción entre las enmiendas que venimos citando en este apartado surge, tras la necesaria y lenta elaboración jurisprudencial¹⁴³, un más amplio concepto de DPL que incluye los derechos y garantías recogidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta Sexta y Octava y los aplica al ámbito territorial resultante de la combinación de las Enmiendas Quinta (que permitía una amplia discrecionalidad por parte de cada Estado) y Decimocuarta (que controla la situación anterior imponiendo la observancia de la cláusula del DPL a todas las legislaciones estatales), resultando de todo ello una situación de básica igualdad que permite un

142 *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 535, 1884. *Howard v. Fleming*, 191 U.S. 126, 1903. Sobre la suficiencia de una acusación. *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 1908. Sobre la protección frente a la autoinculpación. *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991, en The United States Law Week, Justice O'Connor opinion dissenting, vol. 59, Nº 34, págs. 4159 y 4168. Sobre anulación de leyes estatales por vaguedad en los términos de aplicación y como exigencia del DPL.

143 *Frank v. Magnum*, 237 U.S. 309, 1915. *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380, 1927. En este último caso se aplica el DPL como protección de algunos acusados frente a procesos no limpios ("unfair") ante tribunales estatales.

Iñaki Esparza Leibar

desarrollo y aplicación homogéneos del DPL en todo el territorio nacional¹⁴⁴. Siendo la descrita la situación actual, a partir de la que deberemos enfocar las páginas siguientes.

**IV. MANIFESTACIONES DEL DPL EN EL PROCESO PENAL FEDERAL
USA¹⁴⁵**

Abordaremos ahora la tarea de resaltar las concretas manifestaciones del DPL a lo largo del proceso penal, y lo haremos en base a un modelo estándar, es decir un modelo en el que queden reflejados los mínimos - referidos a garantías procesales - exigidos por las leyes federales y por la propia USC, sin mencionar las particularidades existentes en las diversas legislaciones estatales, salvo las de especial interés por su gran especificidad; con la finalidad de conseguir una mayor claridad expositiva sin - entendemos - menoscabo de los objetivos de esta Tesis Doctoral. Para facilitar su comprensión realizaremos previamente un somero esquema que trata de reflejar las fases y actos principales del proceso penal USA:

Producido el hecho ilícito y una vez que el MF tiene conocimiento del mismo.

144 STARR I. Justice: Due Process of Law, St. Paul (Minn.), 1981, págs. 5 y ss.

145 MARCUS P. Criminal justice reforms in the United States, relación norteamericana presentada en el XXV congreso AIDP "Los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los Derechos Humanos", Toledo 1992.

El principio del proceso debido

A) PROCEDIMIENTO PRELIMINAR:

- **Denominación USA:** "Pre-trial phase/stage"
- **Sujetos intervinientes:** MF/policía judicial. OJ (eventualmente) "preliminary hearing" para adopción de medidas cautelares.
- **Actuaciones procedentes:** Investigación. Adopción de medidas cautelares (eventualmente)
- **Finalidad:** Conclusión de la investigación sobre las circunstancias del delito y del presunto delincuente.

B) COMPARECENCIA PREVIA:

- **Denominación USA:** "Pre-trial phase/stage"
- **Sujetos intervinientes:** OJ ante el que se realizan las actuaciones.
MF y/o gran jurado.
Imputado.
- **Actuaciones procedentes:** Formalización de la acusación.
"Guilty pleas/plea bargaining"/posibilidad de conformidad.
- **Finalidad:** Informar al acusado de los hechos que se le imputan.
En caso de conformidad: Inmediata conclusión del proceso por sentencia.
En caso de no haber conformidad:
Apertura del juicio oral.

C) JUICIO ORAL:

- **Denominación USA:** "Trial phase/stage".
- **Sujetos intervinientes:** OJ, jurado, MF y acusado.
- **Actuaciones procedentes:** Selección del jurado.
Realización de la vista.
Práctica de la prueba.
- **Finalidad:** Posibilitar el veredicto del jurado y la sentencia sobre el fondo del asunto.
Eventualmente cabe la posibilidad de que se produzca una resolución que termine el proceso cuando su continuación sea imposible, "mistrial".

D) FASE DE CONCLUSION:

- **Denominación USA:** "Post-trial phase/stage".
- **Sujetos intervinientes:** Jurado, OJ.
- **Actuaciones procedentes:** Emisión del veredicto por el jurado y correlativa sentencia.
- **Finalidad:** Obtención de una resolución definitiva en el proceso.

E) APELACION:

Iñaki Esparza Leibar

- **Denominación USA:** "Apellate review of sentencing/Right to appeal".
- **Sujetos intervinientes:** OJ (Tribunales de apelación).
- **Actuaciones procedentes:** Revisión de la resolución apelada por considerarse perjudicial para el condenado en la misma.
- **Finalidad:** Garantizar mediante la revisión que la privación de la vida, la libertad o la propiedad al condenado por la sentencia, ha sido realizada en la estricta observancia de lo que el D exige.
Si no hay vulneración del DPL se confirmará la sentencia apelada.
Si existe violación se modificará la resolución apelada.

A. Procedimiento preliminar/"Pretrial phase"¹⁴⁶

1. Detención ordenada por órgano jurisdiccional/
"Arrest under warrant"

La norma básica aplicable a toda la materia agrupada bajo los epígrafes referidos a las medidas cautelares es la Enmienda Cuarta de la USC¹⁴⁷, ratificada en 1791, que se desarrolla a través, por una parte, de las legislaciones estatales

146 GEORGE B.J. Jr. Due Process Rights of the Criminal Defendant in the Pre-Trial Phase, en "Protection of Human Rights in the criminal procedure of Egypt, France and the United States, Second conference of the egyptian section of the A.I.D.P.", Alexandria, 1989, pág. 12 y ss.

147 Amendment IV, USA. Constitution: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized"/"El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas".

El principio del proceso debido

("statutes") y por otra, y principalmente por el sistema del "Common Law" o desarrollo de la ley a través de las sentencias dictadas por los jueces en casos concretos y basadas en la tradición y en las costumbres¹⁴⁸.

Veremos a continuación el resultado de algunas de las concreciones más importantes que se han producido en el proceso de adaptación de la enmienda a la realidad práctica a través de los años:

a) Podrán los funcionarios de policía en el ejercicio de sus funciones, solicitar al OJ competente una orden de detención, cuando exista una causa para creer que la persona cuya detención se interesa, ha cometido un delito federal¹⁴⁹.

b) Los funcionarios de policía no necesitan estar en posesión de la orden de detención en el momento de verificarla, si bien deberán mostrarla al detenido tan pronto como ello sea posible. Entretanto, la persona detenida será informada del delito que ha motivado su detención, así como del hecho de la expedición de la orden de detención¹⁵⁰.

¹⁴⁸ STARR I. Justice:..., cit. pág. 260. WILLIAMS F. J. Classifying pre-trial detention decisions under the Bail Reform Act of 1984: A statistical approach, ACLR 1993, pp. 255-336.

¹⁴⁹ Fed. Cr. Crim P. R.4(a), (b).

¹⁵⁰ Fed. Cr. Crim. P. R. 4(d)(4).

Iñaki Esparza Leibar

c) Un Fiscal Federal puede, previamente a la expedición de la orden de detención, citar a una persona (previsiblemente objeto de inmediata detención) con las ventajas que para aquella se derivarán de la no existencia de custodia física y de no estar sujeta a las condiciones de la detención preventiva.

d) Una orden de detención es preceptiva para la detención de una persona en su casa¹⁵¹. Si el individuo cuya detención se pretende se hallare en la residencia o propiedad de otra persona, será precisa además una orden de registro identificando a esa persona, antes de que los funcionarios de policía puedan entrar en aquella propiedad para detenerla¹⁵².

2. Detención no ordenada por órgano jurisdiccional/
"Arrest without warrant"

Todo funcionario de policía, incluso estando fuera de servicio, puede detener por la comisión de delitos o infracciones menos graves cometidas en su presencia; asimismo y aún no estando presente podrá detener a quien cometa un delito. Tanto la jurisprudencia como numerosas legislaciones estatales manifiestan una clara tendencia expansiva, permitiéndose la detención en base a una "razonable creencia" de autoría, y extendiendo dicha

¹⁵¹ Payton v. New York, 445 U.S. 573, 1980.

¹⁵² Steagald v. United States, 451 U.S. 204, 1981 y Welsh v. Wisconsin, 446 U.S. 740, 1984.

El principio del proceso debido

facultad a los casos no ya de delito sino incluso a las infracciones menos graves¹⁵³.

Los funcionarios de policía no tienen la obligación de obtener una orden de detención si cuentan con "razones válidas" para realizarlo, aunque dicha posibilidad desaparece en el caso de tener que verificarse la detención en una propiedad privada¹⁵⁴.

Está prohibido el uso de medios desproporcionados y violentos por parte de los agentes de policía, salvo actuando en la creencia de que la persona que va a ser detenida supone una amenaza grave de muerte o graves lesiones tanto para los agentes como para otras personas¹⁵⁵.

Tradicionalmente se viene permitiendo a los ciudadanos particulares la detención de quien cometa delito o infracción violenta en su presencia (algunos estados como Nueva York han extendido en virtud de la legislación estatal dichas facultades). En todo caso el ciudadano particular que detenga a otra persona debe ponerla inmediatamente a disposición de la policía para ulteriores diligencias¹⁵⁶.

153 N.Y. Crim. Proc. Law § 140.10. *Draper v. U.S.*, 358 U.S. 307 1958.

154 Será de aplicación en este punto lo dicho para las detenciones ordenadas por Organo Jurisdiccional (1.a).

155 *Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1, 1985.

156 N.Y. Crim. Proc. Law. § 140.40 (1).

Iñaki Esparza Leibar

Una vez que cualquier persona haya sido detenida deberá ser inmediatamente puesta a disposición judicial, tanto si existe como si no una orden de detención¹⁵⁷.

3. Otras posibilidades de investigación/"Stop-and-Frisk"

Con fundamentos razonables para sospechar que un individuo armado puede resultar peligroso, para los propios agentes o para terceros, pueden los funcionarios de policía proceder al cacheo del individuo¹⁵⁸; la sospecha para la actuación descrita puede proceder tanto de la observación directa de los agentes como de referencias de otras personas¹⁵⁹.

Podrán también los funcionarios de policía detener brevemente para su identificación a cualquier persona sobre la "razonable base" de sospechar que está involucrado en la comisión de un delito o buscado por la autoridades por la misma causa¹⁶⁰. Ninguna norma establece el tiempo máximo de tal detención, cuestión de la que se ocupa la jurisprudencia estableciendo su duración "de treinta a cuarenta minutos"¹⁶¹.

157 Fed. R. Crim. P. 5(a).

158 Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 1968. Sibron v. New York, 392 U.S. 40, 1968. Son los primeros casos que se ocupan de delimitar la cuestión de los cacheos (frisk).

159 Adams v. Williams, 407 U.S. 143, 1972.

160 United States v. Hensley, 469 U.S. 221, 1985.

161 United States v. Sharpe, 470 U.S. 675, 1985.

El principio del proceso debido

En el caso de que no existan motivos legales para proceder a la detención de una persona, pero ante la sospecha de que ha cometido un delito, podrán los funcionarios de policía, según indicaciones del Tribunal Supremo, tomar las huellas digitales de la misma en el lugar en que fuese hallada¹⁶².

4. Registros-Incautaciones/"Searches-Seizures"

Como ya hemos tenido ocasión de ver en anteriores páginas el DPL incluye la garantía frente a registros e incautaciones ilegales (Enmienda Cuarta USC), en el sentido de excluir tal tipo de evidencias de un uso procesal como material probatorio (ello atentaría contra la Decimocuarta Enmienda USC). La situación es idéntica respecto a la producción y ejecución de órdenes de registro no debidamente justificadas y así ha sido entendido y desarrollado por el Tribunal Supremo¹⁶³.

Ningún funcionario de policía podrá efectuar un registro sin la debida orden que lo autorice, excepto si acredita fehacientemente no sólo que existe una probable causa que fundamente eventualmente una orden de registro, sino que también deberá mostrar la existencia de circunstancias urgentes que impiden la obtención de una orden de registro sin grave riesgo de pérdida, daño o destrucción de la evidencia que se pretende

¹⁶² Hayes v. Florida, 470 U.S. 811, 1985.

¹⁶³ Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 1886. Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 1914. Sgro v. United States, 287 U.S. 206, 1932. Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 1949. Chimel v. California, 395 U.S. 752, 1969. Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 1971.

Iñaki Esparza Leibar

lograr, en el tiempo que transcurrirá hasta la efectiva obtención de la orden¹⁶⁴.

El consentimiento para la entrada y registro por parte del sujeto pasivo, constituye igualmente una base que permite proceder al registro sin la necesidad de una previa autorización judicial¹⁶⁵.

Los funcionarios que efectúen el registro pueden incautarse de material no especificado en la orden de registro que ejecutan, siempre que el descubrimiento sea involuntario y se produzca a simple vista¹⁶⁶. No obstante, viola el DPL la actividad de los funcionarios de policía consistente en incautarse de la totalidad del material existente en el local y retirarlo para un ulterior examen oficial¹⁶⁷.

5. Escuchas/"Eavesdropping"

Pueden también constituir una violación del DPL en tanto en cuanto ataquen al contenido dispuesto por la cuarta enmienda USC en lo que a la protección de la privacidad concierne¹⁶⁸.

164 *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740, 1984.

165 *Stoner v. California*, 376 U.S. 483, 1964. *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 1973. *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164, 1974.

166 *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443, 468, 1971. *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730, 1983. *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321, 1987.

167 *Kremen v. United States*, 353 U.S. 346, 1957.

168 La primera vez que se plantea ante el Tribunal Supremo el problema de las escuchas como medio para la obtención de prueba es en el caso *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 1928. Las reglas para determinar el valor, los medios de acuerdo con las

El principio del proceso debido

La sentencia del caso Katz v. US. afirma que las escuchas realizadas con autorización de un órgano jurisdiccional pueden ser compatibles con la cuarta enmienda USC. La legislación del Congreso se ocupa ampliamente de la cuestión¹⁶⁹, estableciendo los siguientes actos prohibidos en relación con las escuchas:

1. Interceptación premeditada o tentativa.
2. Uso, intento de uso o uso indirecto de una interceptación mecánica.
3. Revelación premeditada o intento de revelación de los contenidos de una comunicación oral o por cable, con conocimiento, o posibilidad de tenerlo, de que la información fué obtenida por medios ilegales.
4. Uso premeditado o intento de uso de los contenidos de una comunicación oral o por cable con conocimiento, o posibilidad de tenerlo, de que la información fué obtenida por medios ilegales.
5. Fabricación, distribución, posesión o publicidad de medios, con conocimiento o posibilidad de tenerlo, de que son básicamente utilizables para la interceptación subrepticia de comunicaciones orales o por cable.

Se promulga la "Electronic Communications Privacy Act" en 1986 alterando el ámbito de protección de la Ley Federal de Escuchas de 1968, para reflejar y abarcar las modalidades de

nuevas tecnologías y las circunstancias de validez de dicha vía de obtención de prueba se sientan en Berger v. New York, 388 U.S. 41, 1967. y Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967.

¹⁶⁹ 18. U.S.C. §§ 2510-2520, 1988.

Iñaki Esparza Leibar

escuchas ilegales posibles al amparo de nuevas tecnologías. De la misma se derivan las siguientes consecuencias:

a) Constituye delito la advertencia al sujeto pasivo (persona objeto de la escucha) de la existencia de dicha intervención para la que alguna agencia federal o funcionario han sido autorizados o han solicitado autorización bajo los postulados de la ley federal. Ello les habilitará para interceptar comunicaciones tanto por cable, como orales o electrónicas.

b) Tanto los funcionarios públicos como las personas privadas que violen la ley cometerán un delito federal y serán consideradas civilmente responsables.

c) La prueba, también la prueba "derivada", obtenida con violación de la ley deberá ser excluida de todo procedimiento, tanto estatal como federal, y también administrativo¹⁷⁰.

6. La denominada "Exclusionary rule" de la cuarta
enmienda USC

Inicialmente concebida como una limitación en el uso de material probatorio ilegalmente obtenido exclusivamente ante los Tribunales Federales, se ha visto progresivamente extendida a los

¹⁷⁰ 18 U.S.C.A. § 2232(c) (Supp. 1988). 18 U.S.C.A. § 2511(1).
¹⁸ U.S.C.A. § 2520. 18 U.S.C.A. § 2515 y 18 U.S.C.A. § 2708 (Supp. 1988).

El principio del proceso debido

Tribunales Estatales con el amparo de la Enmienda Decimocuarta USC que incluye la cláusula del DPL¹⁷¹.

La Regla de Exclusión es considerada por el Tribunal Supremo como el mejor de los remedios disuasorios frente a los abusos de autoridad¹⁷², y de su aplicación resultan las siguientes particularidades:

1) El alcance de la exclusión abarca tanto la prueba directa como la derivada (indirecta)¹⁷³.

La exclusión se aplica en todas las fases de un procedimiento penal. También será de aplicación en procedimientos expropiatorios, no así en procedimientos civiles o

171 *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914, aplicación restringida a Tribunales Federales; Se señala este precedente como el origen de la "exclusionary rule", igualmente en *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172, 1952 y *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 1960. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, se extiende su aplicación a los tribunales estatales, vid. comentario sobre dicha sentencia en *WORTON S. N. Law enforcement and justice*, Rochelle Park (New Jersey), 1977, págs. 33 y ss. Y en general sobre esta materia, *NAGEL S. S. Testing the effects of excluding illegally seized evidence*, Wis. L. Rev., 1965, (Spring), págs. 283 y ss.

172 Existen además remedios alternativos o complementarios a la aplicación de la exclusión, así la "Federal Civil Rights Act" de 1981 ha sido empleada para fiscalizar la constitucionalidad de la actividad policial. También se ha incrementado el uso de remedios administrativos y procedimientos disciplinarios contra funcionarios que hayan infringido las cláusulas del DPL incluidas en la cuarta enmienda USC. En *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388, 1971, se sugieren remedios alternativos civiles ya que se considera que la aplicación de la "exclusionary rule" penaliza a los ciudadanos a causa de errores policiales.

173 *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1963.

Iñaki Esparza Leibar

administrativos de deportación o en procedimientos sancionadores civiles en materia de impuestos¹⁷⁴.

Dado que la Cuarta Enmienda USC no regula la actividad de personas o entidades privadas, la exclusión no podrá ser invocada si el Gobierno no ha participado en las investigaciones y registros, incluso aunque posteriormente haga uso de dichas pruebas¹⁷⁵.

En el caso de que no exista una relación causal entre la actividad anticonstitucional y la obtención de la prueba en cuestión, no existe base suficiente para invocar, mejor para aplicar, la exclusión¹⁷⁶.

2) Principio del **Descubrimiento Inevitable**: El Tribunal Supremo entiende que incluso cuando la prueba haya sido conseguida como resultado de una actividad ilegal de la policía, no obstante, si el procedimiento de investigación tuviera inevitablemente como resultado el descubrimiento de la prueba en cuestión, la misma deberá ser admitida en el proceso como tal¹⁷⁷.

174 United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 1974, respecto a procedimientos penales. One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania, 380 U.S. 693, 1965, procedimientos expropiatorios o confiscatorios. I.N.S. v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032, 1984, procedimientos de deportación. United States v. Janis, 428 U.S. 433, 1976, procedimientos sancionadores civiles en materia de impuestos.

175 United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109, 1984.

176 Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1963. Segura v. United States, 468 U.S. 796, 1984.

177 Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 1984.

El principio del proceso debido

3) La **Excepción de Confianza**: En los casos en los que sea precisa orden de un órgano jurisdiccional para la investigación, si los oficiales de policía actúan bajo la confianza de una orden aparentemente válida para efectuar un registro o incautación, o en el caso de que la ley que autorizó dicha orden sea posteriormente derogada, en ambos casos la exclusión no debe ser aplicada y las pruebas así obtenidas podrán introducirse normalmente en el proceso¹⁷⁸.

7. Interrogatorios-confesiones-silencio-privilegio frente a la autoincriminación/"Interrogation-confessions-self incrimination"

En este caso sí existe una previsión constitucional al respecto estando recogido este derecho en la Quinta Enmienda USC¹⁷⁹. A tenor de la misma el acusado tiene el derecho a no declarar en su contra a lo largo del procedimiento, ello excluye lógicamente el uso en el proceso de declaraciones obtenidas por medio de métodos impermisibles¹⁸⁰.

178 Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981, 1984. United States v. Leon, 468 U.S. 897, 1984. Illinois v. Krull, 480 U.S. 340, 1987.

179 Amendment V (1791) "...nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself,"/"Nadie será compelido a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal".

180 McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 1943. Malinski v. New York, 324 U.S. 401, 1945. Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 1957. Mathis v. U.S., 391 U.S. 1, 1969. Oregon v. Mathiason, 429 U.S. 492, 1977. DELVO M. Der Lügendetektor im Strafprozeß der USA, Königstein/Ts, 1981. BARLAND G. H. The polygraph test. Lies,

Iñaki Esparza Leibar

Tradicionalmente las leyes Anglo-Americanas sobre la prueba han tratado restrictivamente, por el rechazo que producen los medios inquisitoriales para la obtención de pruebas, el uso procesal de las confesiones obtenidas por medio distinto a la "guilty plea" que implica la asistencia letrada¹⁸¹.

Ya tempranamente el Tribunal Supremo USA declaraba que el uso de una confesión obtenida por medios no adecuados podría violar el privilegio de la quinta enmienda contra la autoinculpación¹⁸². Finalmente la Tribunal Supremo estableció que el uso judicial por parte de un Estado de una confesión obtenida por medio de coacción supone una negación del DPL contenido en la Enmienda Decimocuarta¹⁸³.

Desde entonces el Tribunal Supremo ha empleado cuatro criterios basados en la USC para regular la admisibilidad de la confesión:

1. Cualquier confesión lograda por medio de coacción será rechazada por los términos de la Quinta Enmienda, de tal modo que

truth and science, the polygraph test in the USA and elsewhere, London 1988.

181 MAYER L. The American Legal System, New York 1964, pp. 32 y ss. ROGGE J. O. Confessions and self-incrimination, en "The rights of the accused in law and action", coordinado por NAGEL S.S. Beverly Hills (California) 1972, pág. 61.

182 Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542, 1897.

183 Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278, 1936.

El principio del proceso debido

su uso viola el privilegio de la no autoinculpación, suponiendo una directa violación del DPL¹⁸⁴.

2. Las declaraciones realizadas por una persona detenida contraviniendo el contenido de la cuarta enmienda, serán consideradas como fruto de dicha violación y por tanto deberán ser suprimidas como prueba¹⁸⁵.

3. La "Miranda Rule": El Tribunal Supremo declara que la protección de la Quinta Enmienda contra la autoinculpación requiere que la persona bajo custodia policial sea informada del derecho a permanecer en silencio y del derecho de contar con la presencia de un abogado durante el interrogatorio, así como del derecho a la designación de oficio de un abogado en el caso de que el detenido no pueda procurárselo¹⁸⁶.

La efectividad de la "Miranda Rule" requiere los siguientes elementos: A) El inculpado tiene derecho a guardar silencio; B) Cualquier cosa que declare podrá ser utilizada como prueba adversa; C) El inculpado tiene derecho a la presencia de un

184 Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560, 1958. Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385, 1978.

185 Brown v. Illinois, 422 U.S. 590, 1975. Dunaway v. New York, 442 U.S. 200, 1979.

186 No se trata aquí del mismo derecho a la asistencia letrada recogido en la sexta enmienda, sino de un especial derecho auxiliar de dicha asistencia, derivado de la Quinta Enmienda dirigido a salvaguardar la correcta aplicación del privilegio de no autoinculpación. Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 1964. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966, vid. WORTON N. S. Law enforcement..., op. cit. comentarios sobre las mencionadas sentencias, págs. 20 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

abogado durante el interrogatorio; D) Si el inculcado no puede procurarse un abogado, le será designado uno de oficio antes de que tenga lugar el interrogatorio.

La "Exclusionary Rule" en combinación con la "Miranda Rule" determina que ninguna confesión obtenida violando la segunda de las reglas podrá ser usada como prueba para sostener absolutamente ninguna acusación¹⁸⁷.

Si una primera confesión viola la "Miranda Rule" ello no significa necesariamente que se invalide también una ulterior confesión producida con las advertencias precisas y renuncia de los derechos derivados de la mencionada regla¹⁸⁸.

4. Aún habiendo cumplido con las prescripciones constitucionales citadas, si un individuo deviene acusado, no ya inculcado como en los casos anteriores, en un proceso penal, cualquier interrogatorio en ausencia de su abogado infringe el derecho de la sexta enmienda a su concurso, y por tanto incluso las admisiones voluntarias deben ser excluidas¹⁸⁹. El derecho constitucional a la asistencia letrada puede ser renunciado en aquel contexto, pero el acusado debe ser especialmente advertido

187 Estelle v. Smith, 451 U.S. 454, 1981. Donde se pretendió emplear como base para la acusación las declaraciones procedentes de una entrevista psiquiátrica, realizada sin las debidas garantías.

188 Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298, 1985.

189 United States v. Henry, 447 U.S. 264, 1980.

El principio del proceso debido

más allá de lo establecido en la "Miranda Rule" antes de aceptar su renuncia como válida¹⁹⁰.

B. Comparecencia previa al juicio/"Pretrial phase"

1. Imputación/"Indictment, information or presentment"¹⁹¹

La manifestación más importante del DPL en esta subfase procesal¹⁹², última del procedimiento preliminar y destinada a separar las acusaciones infundadas del resto¹⁹³, conectando a cada una de ellas las consecuencias fijadas por el ordenamiento, se da en el denominado Acto de Acusación ("Arraignment on Indictment") o Información, consistente en una comparecencia del acusado ante el órgano jurisdiccional que ha recibido el

190 Brewer v. Williams, 430 U.S. 387, 1977.

191 La acusación en los casos de delitos graves puede revestir alguna de las siguientes formas: **Indictment**, presentada por un gran jurado ("Grand Jury" es un órgano acusador cuya regulación varía grandemente de un estado a otro, no debe confundirse con el jurado que determina la culpabilidad o inocencia), sobre la base de la evidencia facilitada por el MF **Information**, presentada por el MF por propia iniciativa. **Presentment**, realizada por el gran jurado por propia iniciativa. En la práctica es preponderante el papel del MF en cuyas dependencias se preparan prácticamente la totalidad de los instrumentos acusatorios. Vid. **KARLEN D./SCHULTZ J.L. Justice in the accusation**, en "The rights of the accused in law and action" op. cit., p. 121.

192 Amendment VI (1791) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to...be informed of the nature and cause of the accusation".

193 Vid. en general, **KARLEN D./SCHULTZ J. L. Justice in the accusation**, en "The rights of the accused..." op. cit. págs. 113 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

instrumento acusatorio, normalmente remitido por el MF, donde oirá la acusación de la que le será facilitada una copia literal¹⁹⁴. Además, y dado que nos hallamos dentro de un procedimiento criminal, deberá facilitarse al acusado la asistencia letrada si no se ha hecho anteriormente.

En la misma información u otra posterior comparecencia el acusado se pronunciará sobre el instrumento acusatorio "Pleas", y podrá también hacer uso de determinados mecanismos que, actuando a modo de nuestros artículos de previo pronunciamiento, están orientados al eventual planteamiento de objeciones procesales o de fondo que deberán ser resueltos la mayor parte de la veces antes del juicio (v. gr. prueba de discriminación en la acusación, discriminación en la selección del jurado, etc.¹⁹⁵) La negación del uso de alguno de los mecanismos referidos abrirá la posibilidad de apelación.

2. Fianza/"Bail"

Otra manifestación del DPL en esta fase procesal es la derivada de la Octava Enmienda del texto constitucional¹⁹⁶, y consiste en la prohibición de requerir fianzas excesivas o

¹⁹⁴ Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97, 1934. Smith v. O'Grady, 312 U.S. 329, 1941. Fed. R. Crim. P. 7(f) y P. 10; N.Y. Crim. Proc. Law. § 200.90 y § 210.15 (McKinney 1981).

¹⁹⁵ Discriminación en la persecución por razones de raza, Oyler v. Boles, 368 U.S. 448, 1962. Discriminatoria selección del jurado, Beck v. Washington, 369 U.S. 541, 1962.

¹⁹⁶ Amendment VIII (1791) "Excessive bail shall not be required"/"No se exigirán fianzas excesivas".

El principio del proceso debido

desproporcionadas. La posibilidad de fianza se abre en principio a toda persona acusada por un delito no capital, y así lo recogen la mayoría de las constituciones estatales¹⁹⁷.

Los factores a tener en cuenta a la hora de fijar el importe de la fianza son: La naturaleza del delito, el peso de la prueba contra el acusado, y además otro tipo de circunstancias extra-procesales (familia, renta, empleo, moralidad, etc.)¹⁹⁸.

3. Especial referencia a la prisión provisional/ "Preventive detention"

Debe tenerse en cuenta en este punto que la prisión provisional presenta dentro del ordenamiento norteamericano una sustantividad propia, no siendo considerada una simple medida cautelar personal, a nuestro juicio correctamente. Su reciente configuración ha despertado una importante polémica ampliamente reflejada por la doctrina.

Las disposiciones reguladoras de la materia son las comparativamente recientes "Bail Reform Act" de 1984 y "Comprehensive Crime Control Act" de 1986. Con diferencia la cuestión más novedosa y por tanto controvertida derivada de dicha normativa es la autorización de alternativas a la prisión provisional para acusados por determinados delitos federales

197 Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 1951. Carlson v. Landon, 342 U.S. 524, 1952.

198 Vid. en general sobre esta materia, WALD P. M. The right to bail revisited: A decade of promise without fulfillment, en "The rights of the accused", op. cit. págs. 177 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

graves, siempre que constituyan figuras menos onerosas y que prevengan igualmente las posibilidades de huida o peligro para la comunidad¹⁹⁹.

La ley incorpora la presunción - cabe por tanto prueba en contrario - de que no existe otra posibilidad de garantizar razonablemente la seguridad de la comunidad. Si no se destruye dicha presunción, surgida de la existencia de tres presupuestos que a continuación se citarán, procede la prisión provisional.

Los tres presupuestos mencionados para acordar la prisión provisional son:

A) Existencia de una condena anterior del imputado por un delito federal caracterizado por su violencia, por su punibilidad (hasta prisión perpetua o muerte), por su relación con algunas específicas materias relacionadas con el narcotráfico con penas de diez o más años, o por ser de los denominados de "criminalidad preferente"²⁰⁰.

B) Comisión del delito mientras el acusado está en libertad provisional por un proceso pendiente por otro delito federal, estatal o local.

199 18 U.S.C.A. § 3142(e) (Supp. 1988).

200 18 U.S.C.A. § 3142(e)(1), (f)(1)(D). Idem. § 3142(e)(1), (f)(1) A). "Controlled Substances Act", 1988. "Controlled Substances Import and Export Act" (Supp. 1988).

El principio del proceso debido

C) Que habiendo pasado un período no mayor de cinco años desde la fecha de condena o libertad por un delito de los especificados en el punto A), haya cometido cualquier otro²⁰¹.

Un Tribunal Federal actuando de oficio o a instancia del MF, puede ordenar la prisión preventiva, tras una audiencia, basada en la existencia de grave riesgo de que el acusado bien huya, bien obstruya o intente obstruir la actividad de la justicia o atente o intimide a un eventual testigo o jurado.

La constitucionalidad de la precedente normativa ha sido objeto inmediato de examen, pero el Tribunal Supremo ha mantenido su validez. Los argumentos contrarios mantienen²⁰² que dicha normativa supone un atentado al DPL del acusado tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal, los argumentos esgrimidos son: La prisión provisional impone una condena anticipada, y supone la adopción de dicha medida, una evidente desproporción respecto a la legítima finalidad pretendida de salvaguardar la seguridad de la comunidad. Además entienden tanto la doctrina como algunos magistrados disidentes, que cualquier periodo de prisión provisional no sujeto a límites en su duración atenta al DPL.

El Tribunal Supremo afirma por contra la proporcionalidad existente entre los delitos, muy graves, en relación a los que la prisión provisional puede ser acordada y añade que la duración

201 18 U.S.C.A. § 3142(e)(2), (e)(3).

202 Unites States v. Salerno, 107 S. Ct. 2095, 1987.

Iñaki Esparza Leibar

de la prisión está regulada por los estrictos plazos establecidos en la "Speedy Trial Act"²⁰³.

La argumentación del Tribunal Supremo en el caso de referencia desarrolla el siguiente postulado: Es evidente que se pretende garantizar para los acusados la libertad mientras no exista sentencia en sentido contrario. Dicho interés debe, sin embargo, ceder ante uno más respetable como es el interés social, siempre, eso sí, en circunstancias cuidadosamente determinadas. Más concretamente, si se consigue demostrar mediante claras y convincentes pruebas que el acusado por un delito supone una amenaza para otro individuo o para la comunidad, el DPL en tales casos no impedirá a un Tribunal incapacitar a dicha persona para la ejecución de la amenaza²⁰⁴.

Finalmente el Tribunal Supremo encuentra que los procedimientos regulados en la ley federal reúnen todas las exigencias del DPL procesal. En particular, y con criterio ya establecido²⁰⁵, considera perfectamente comprensibles las previsiones de peligrosidad como base de la prisión provisional. Entiende además que se reconocen los derechos de asistencia letrada, autodefensa y derecho de confrontación. Se determinan detalladamente los supuestos en que la prisión provisional podrá acordarse y se precisa de una audiencia ante el órgano jurisdiccional donde serán revisados los motivos de la posterior

203 18 U.S.C.A. §§ 3161-3162, 3164, 3172-3173 (Supp. 1988).

204 United States v. Salerno, cit... 2103.

205 Schall v. Martin, 467 U.S. 278, 1984.

El principio del proceso debido

decisión que será siempre fundada, además es inmediatamente admisible el recurso frente a la orden de prisión²⁰⁶.

Son también rechazadas las objeciones que se realizan en base a la octava enmienda, ya que el Tribunal Supremo considera que la citada enmienda al prohibir las fianzas excesivas, no determina si las mismas deben siempre hacerse disponibles.

Para concluir con esta cuestión es necesario constatar la inexistencia de apoyo legal o jurisprudencial para determinar la prisión provisional fuera de los supuestos de riesgo para personas determinadas o para la comunidad, o huida de la persona presuntamente responsable eludiendo consiguientemente su presencia ante los órganos jurisdiccionales²⁰⁷, quedando así definidos los límites a los que la regulación de la prisión provisional deberá atenerse.

C. Fase de plenario o juicio oral/"Trial phase"

1. "Due process"

El punto de partida a la hora de enfocar esta cuestión ha sido y es la constatación de una palmaria desigualdad donde "los instrumentos y recursos a disposición del gobierno, para el procesamiento del delincuente, son infinitamente superiores a aquellos de los que, incluso el más rico de los acusados, podrá

206 18 U.S.C.A. § 3142(f), 3145(b) (c), (Supp. 1988).

207 GEORGE B.J. Jr. Due Process..., cit. pág. 37.

Iñaki Esparza Leibar

emplear para su defensa"²⁰⁸. Las salvaguardas derivadas del DPL no pretenden otra cosa que corregir la mencionada situación garantizando en la medida de lo posible la igualdad entre las partes procesales, buscando un punto de equilibrio entre los medios y posibilidades de los contendientes.

Los derechos procesales fundamentales del acusado en un proceso penal parten de los genéricos enunciados del DPL y se manifiestan en las concretas exigencias que a continuación veremos, recogidas en las diez primeras enmiendas de la USC que son comúnmente conocidas con el nombre de "Bill of Rights"²⁰⁹, las cuales deben concurrir todas en cada proceso para reputar al mismo su carácter de proceso debido, y que en virtud de la Enmienda Decimocuarta de la USC son de obligado cumplimiento por parte de los Estados miembros²¹⁰. Sobre esta cuestión y en contra de gran parte de la doctrina, el Tribunal Supremo ha adoptado un criterio selectivo-restrictivo, analizando minuciosamente el contenido de cada enmienda de las que conforman el "Bill of Rights" para determinar cuando su contenido es fundamental o no para salvaguardar el DPL. Así por ejemplo en el caso de la Sexta

208 CAVISE L.L. Human Rights in the trial phase of the american system of criminal procedure, en "Protection of Human Rights in the criminal procedure of Egypt, France and the United States, second conference of the egyptian section of the A.I.D.P.", Alexandria, 1989, pág. 67.

²⁰⁹ De los 26 derechos diferenciados recogidos en las 8 primeras enmiendas del "Bill of Rights", 15 están específicamente dirigidos a ser aplicados en procesos penales.

210 WOOD V. Due Process of Law. 1932-1949. The Supreme Court's Use of a Constitutional Tool. Louisiana 1951 (reimpr. 1972), pág. 260 y bajo el epígrafe "Due Process" Equals a "Fair Trial", págs. 267 y ss.

El principio del proceso debido

Enmienda, que ha sido históricamente interpretada en el sentido de requerir un veredicto unánime del Jurado para los procesos penales federales - lo que supondría en virtud de la Decimocuarta Enmienda la extensión a los procesos estatales - nos encontramos sin embargo con una sentencia de 1970 del Tribunal Supremo en la que arguye que el derecho a un veredicto unánime no es tan fundamental como para violar, si no se diera, el contenido del DPL y por lo tanto no podrá imponerse a los Estados miembros dado que, entiende el Tribunal Supremo, no es un requisito del DPL y podrán ser promulgadas por lo tanto leyes estatales permitiendo sentencias condenatorias en base a veredictos no unánimes²¹¹.

2. Presunción de inocencia/"Presumption of innocence"

En todos los asuntos criminales se presume, o más exactamente, es asumida la legalidad de la conducta del acusado y correlativamente su no culpabilidad respecto de las acusaciones contra él formuladas²¹². La fuerza de la presunción de inocencia no podrá ser enervada salvo por la obtención de pruebas lo suficientemente persuasivas como para demostrar la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable. La presunción de inocencia no aparece recogida en el articulado constitucional,

211 **CAVISE L.L.** Human Rights...op. cit., pág. 81 - 82.

212 La descrita es la situación presente, pero para llegar a la misma se han debido superar situaciones como las "Statutory Presumptions of Guilt" (presunciones de culpabilidad establecidas por la ley), así en *Atlantic Coast Line Ry. Co. v. Ford*, 287 U.S. 502, 1933. *Morrison v. California*, 291 U.S. 82, 1934. *Tot v. United States*, 319 U.S. 463, 1943.

Iñaki Esparza Leibar

lo que no impide su unánime consideración como un componente básico del "fair trial" en el sistema de los USA.

3. Prueba más allá de toda duda razonable/"Proof beyond a reasonable doubt"

Tampoco existe una previsión constitucional en la que incardinar la intensidad requerida a la prueba para que la misma sea considerada eficaz y por tanto válida para la condena de un acusado (por destruir la presunción de inocencia), pero todavía permanece como uno de los principios básicos del sistema procesal penal norteamericano.

Una vez más nos hallamos ante un concepto indeterminado e incompatible con cualquier cuantificación objetiva, por ello la determinación de si persiste o ha sido despejada la duda razonable, o en otras palabras la cuantificación de la evidencia necesaria para satisfacer la carga, corresponde exclusivamente y para cada caso concreto a la racionalidad del jurado, el cual determinará en base a su convencimiento la culpabilidad o no del acusado.

La carga de la prueba recaerá sobre la acusación que deberá, para que sea eficaz, probar todos y cada uno de los elementos incriminadores del caso y probarlos más allá de toda duda razonable.

4. Derecho a un juicio con jurado/"Right to jury trial"

El principio del proceso debido

La USC se ocupa de este derecho en su Sexta Enmienda²¹³ que posteriormente ha sido delimitada por el Tribunal Supremo resultando que toda persona acusada de haber cometido un delito tiene el derecho a ser juzgada por un Tribunal con Jurado, siempre que la acusación se refiera a delitos cuya pena exceda los seis meses de prisión. Para los delitos "petty offenses" que comportan penas de prisión de seis meses o menores, la ley federal no dispone automáticamente el derecho a un juicio con jurado, de manera que habrá que estar a lo que las legislaciones estatales establezcan²¹⁴.

El enunciado constitucional tampoco hece referencia al número de personas que integrarán el jurado (la sentencia de Williams v. Florida, cit., admite un jurado compuesto por seis personas), ni a la forma en que aquellas deberán emitir su veredicto (en Johnson v. Louisiana - 40 LW. 4524, 1972 - se admite un veredicto no unánime, 9-3.), de modo que será cada estado el que lo determine y module los concretos límites del derecho a un juicio con jurado dentro de su jurisdicción.

El derecho que nos ocupa es susceptible de renuncia por parte del acusado siempre que aquella revista ciertas garantías

213 Amendment VI (1791) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed,..."

214 Como fundamento del esquema norteamericano de justicia, Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 149, 1968. En relación con las llamadas "petty offenses", Williams v. Florida, 399 U.S. 78, 138, 1970. Como requisito del DPL cuando la potencial sentencia exceda de los seis meses de privación de libertad, Dyke v. Taylor Implement Mfg. Co., 391 U.S. 216, 1968. Baldwin v. New York, 399 U.S. 66, 1970. MORENILLA RODRIGUEZ J. M. Los derechos..., op. cit., pp. 630 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

(consciente, voluntaria, estando asistido por letrado), y su aceptación o rechazo corresponderá al Tribunal, el cual impedirá el uso de la renuncia como un mero instrumento dilatorio o táctico al servicio del acusado²¹⁵.

El procedimiento para la selección del jurado opera como una garantía del derecho que nos ocupa. Existen así "causas de recusación" que serán aplicadas a las personas llamadas a formar parte de un jurado. Dichas causas variarán dependiendo del delito o tipo de delitos, y se harán efectivas con diversa intensidad en los casos de enjuiciamiento de minorías étnicas, para impedir la sistemática exclusión, por parte del acusador, de jurados miembros de la misma minoría étnica y/o del mismo grupo socio-económico que el acusado²¹⁶.

5. Contradicción-derecho de defensa/"Right to present
defense"

Se trata de uno de los elementos fundamentales del DPL, no enunciado expresamente así por la USC²¹⁷, consistente en el derecho que asiste a todo acusado por un delito a preparar una

215 Fed. R. Crim. Pro. 23(a). Sobre los requisitos de la renuncia, *Dranow v. United States*, 376 U.S. 912, 1963. *Rosemon v. United States*, 386 U.S. 918, 1966.

216 *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 1965. *Witherspoon v. State of Illinois*, 391 U.S. 510, 1969. *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 1975. *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 1986.

217 Amendment VI (1791) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to... **be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor**".

El principio del proceso debido

defensa en igualdad de condiciones que la acusación. Dado que los componentes técnicos que posibilitan la misma (asistencia letrada, presunción de inocencia, etc.) se encuentran garantizados por otras vías, el derecho a la defensa se entiende en los USA como el derecho a conocer los elementos en los que la parte contraria fundamentará su acusación y sus peticiones, garantizando así la plena contradicción²¹⁸.

El tratamiento que por parte del Tribunal Supremo ha recibido este derecho se ha materializado en una potenciación del mismo impidiendo la creación de trabas dentro del procedimiento. No se trata sin embargo de un derecho absoluto, y los Estados podrán a través de su propia legislación determinar algunas de sus concretas manifestaciones, aunque no la esencial confrontación²¹⁹.

Uno de los pilares de este derecho es el deber de la acusación de descubrir sustancialmente la fundamentación de su postura (hechos, pruebas materiales, declaraciones...), a la parte acusada, y ello para impedir situaciones de sorpresa o engaño que redundarían en una inadecuada preparación de la defensa, lo que supondría una violación del DPL quedando por tanto abierta la posibilidad de apelación²²⁰.

218 **KARLEN D./SCHULTZ J.L.** Justice in the accusation, en "The rights of the accused..." op. cit., págs. 127 y 128.

219 *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 1965.

220 Un importante hito en la determinación de éste derecho lo encontramos en *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 1949. Aquí el Juez entiende que el DPL queda a salvo, en lo que al derecho de defensa concierne, ya que el acusado ha tenido oportunidad de conocer los cargos que frente a él se presentan, y ha podido examinar a los testigos contrarios. No se considera necesario,

Iñaki Esparza Leibar

6. Derecho a la asistencia letrada/"Right to counsel"

Es en este caso la Sexta Enmienda de la USC quien se ocupa de su reconocimiento²²¹. La trascendencia de este derecho no es poca, pues "es probablemente el más importante para prevenir sentencias erróneas y el hostigamiento del acusado"²²². En algunos casos es tan imprescindible que si no fuera posible garantizar su efectividad podría suponer una denegación del DPL según la Decimocuarta Enmienda²²³.

La cláusula de DPL exige, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, garantizar la asistencia letrada de oficio para todas las personas (indigentes en terminología de la doctrina USA, "indigent defendant") que no dispongan de ella²²⁴. Además,

para el cumplimiento del derecho, el examen por parte del acusado de las pruebas inculpativas, si bien hay dos Jueces que disienten en este punto marcando el que hoy es ya el criterio generalmente aceptado.

221 Amendment VI (1791) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to have the assistance of counsel for his defense"

222 NAGEL S. S. The rights of the accused, in law and action, Beverly Hills (California), 1972, pág. 17. DAMASKA M. Die Stellung des Verteidigers im amerikanischen Strafprozeß, ZStW 90, pp. 829 y ss., 1978.

223 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 71, 1932 (con los votos en contra de los Jueces Butler y McReynolds, por considerar dicha interpretación como una injerencia del poder federal en un campo en el que sólo cada estado es competente).

224 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 68-69, 1932. Garantiza expresamente, y por primera vez, el derecho a la asistencia para un acusado ante un tribunal estatal. Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458, 1938, como precedente de la obligación de proveer de asistencia letrada a un acusado indigente en un caso federal. Betts v. Brady, 316 U.S. 455, 462, 1942. Todavía no se establece la obligación por parte de los estados de proveer de abogado a quien lo precise como principio general, aunque si se prescribe

El principio del proceso debido

y por la misma vía, este derecho de la Sexta Enmienda será básicamente de aplicación en todos los estados, en virtud de la cláusula de DPL de la Decimocuarta Enmienda.

El ámbito de aplicación de este derecho en el proceso está determinado por la concurrencia de dos circunstancias, la primera derivada de la penalidad aparejada al delito y la segunda en relación con determinadas fases procesales. Por un lado se hará efectivo en todos los asuntos penales incluidos los "petty offenses" (delitos menores) de los que resulte necesariamente una pena privativa de libertad²²⁵. Otra circunstancia determinante está constituida por las fases críticas ("critical stages") del proceso - virtualmente la totalidad-, ya que será principalmente en ellas, es decir cuando derechos fundamentales del acusado puedan verse afectados, donde se requiere la plasmación del

bajo especiales circunstancias por lo que deberá analizarse su necesidad caso por caso. Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12, 1955. En base a enlazar DPL con la necesidad de igual protección, se ha conseguido incrementar los derechos de los indigentes en general y por lo que respecta a la designación de defensor de oficio en particular. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 344, 1963. Donde el Tribunal Supremo establece la obligatoriedad para los estados de garantizar la asistencia en virtud de la Decimocuarta Enmienda ya que el derecho a la asistencia es considerado "fundamental and essential to a fair trial". Douglas v. California, 372 U.S. 353, 1963. Ross v. Moffitt, 417 U.S. 600, 1974.

²²⁵ Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25, 1972. Scott v. Illinois, 440 U.S. 367, 372, 1979. Establece el Tribunal Supremo que dada la gravedad de la pena de privación de libertad la misma no debe imponerse sin mediar la asistencia letrada. Vid. Baldasar v. Illinois, 446 U.S. 222, 1980.

Iñaki Esparza Leibar

deber constitucional de asistencia, sin que las legislaciones estatales puedan alterar dichos mínimos²²⁶.

Desde 1932 el Tribunal Supremo ha planteado la necesidad de una asistencia que para ser la recogida por la Sexta Enmienda USC debe ser efectiva. La cuestión es aún en nuestros días más una expresión carente de alcance práctico que un criterio determinante de la validez de la asistencia, y ello debido a las dificultades de todo tipo que plantea la acreditación no sólo de una incorrecta asistencia, sino de la relación de causalidad entre aquella y un perjuicio tan definitivo que haya privado al acusado de un juicio limpio "fair trial".

226 En Foster v. Illinois, 332 U.S. 134, 1947, el Juez Frankfurter establece que en determinadas circunstancias el DPL no exige la aplicación del derecho a la asistencia letrada; la mencionada sentencia no es sino un hito dentro de una marcada línea jurisprudencial que en base a circunstancias como la edad del imputado, su experiencia ante tribunales, la naturaleza del hecho que se le imputa, las circunstancias que rodean al juicio, etc. ha negado la exigencia de asistencia letrada como requisito para un proceso limpio, y por tanto del DPL, vid. en el mismo sentido Carter v. Illinois, 329 U.S. 173, 1946. En la actualidad, aunque superada esta concepción restrictiva, se han objetivizado y aislado situaciones en las que la asistencia letrada no es un requisito para el DPL, v. gr. Fed. R. Crim. P. 5(b). United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1966. Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1, 1970, con respecto a la necesidad de la asistencia en la "Preliminary Hearing". Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52, 1961, precedente en el que se determina la necesidad de la asistencia cuando se realice la acusación. Gideon v. Wainwright, cit. establece que es en el juicio oral donde la asistencia es necesaria por excelencia. 28 USC § 1915, 1970, en éste parágrafo se garantiza la asistencia letrada en las apelaciones. Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 1972. United States v. Ash, 413 U.S. 300, 1973. En ocasiones la asistencia a la que el DPL obliga no se reduce a la asistencia letrada sino que puede comprender la de un investigador u otro experto que pueda asistirle en su defensa, vid. Ake v. Oklahoma, 470 U.S. 68, 1985. También 18 U.S.C. §3006A (e), sobre la discrecionalidad del juzgador de los Tribunales Federales a la hora de conceder una asistencia más o menos amplia.

El principio del proceso debido

Por lo que a la renuncia del derecho concierne, la misma está regulada por leyes estatales, no existiendo una regulación homogénea federal salvo en algún punto concreto, así p.e. el ejercicio del derecho constitucional de auto-defensa por el propio acusado exige la renuncia al derecho de asistencia letrada. La renuncia deberá, según reiterada jurisprudencia - citada en este apartado- ser consciente y voluntaria, lo cual no implica que sea necesariamente expresa, para ser efectiva²²⁷.

7. Derecho a estar presente/"Right to be present"

Aunque la USC no recoge expresamente en su Sexta Enmienda el derecho del acusado a estar presente en la sala de vistas durante todas las fases del proceso, derivado del derecho al careo con los testigos que depongan en su contra²²⁸, este derecho es de aplicación en todos los estados a través de la cláusula de DPL de la Enmienda Decimocuarta²²⁹.

El derecho va más allá de la mera presencia física, e incluye el derecho a comprender lo actuado en el proceso, de

227 *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 834, 1975. *McKaskle v. Wiggins*, 465 U.S. 168, 1984. *Patterson v. Illinois*, 487 U.S. 285, 299, 1988.

228 Amendment VI (1791) "The accused shall enjoy the right to... be confronted with the witnesses against him".

229 Con las habituales tensiones en el ajuste de los límites entre las legislaciones estatales y los mandatos constitucionales, se plantea por primera vez la cuestión en *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 1934. Siendo la sentencia del Juez Cardozo favorable al derecho constitucional del acusado, dimanante del DPL, de estar presente en todas las fases del proceso. Dicha sentencia contó con la disidencia de cuatro Jueces.

Iñaki Esparza Leibar

donde se deriva la obligación para el Tribunal y el correlativo derecho para el acusado de que le sea facilitado un intérprete en el caso de que desconozca la lengua inglesa.

Existen también requisitos formales sobre la presencia del acusado en la sala, así el Tribunal Supremo ha establecido que es una violación de los derechos que el DPL garantiza al acusado, obligarle a comparecer ante el Tribunal vistiendo ropas de prisionero, y ello por que el acusado tiene derecho a comparecer con la apariencia y dignidad propias de un hombre libre e inocente. De ello se desprende la prohibición del uso de esposas o grilletes en la sala, salvo por razones de peligro de fugas o riesgo para las personas allí presentes.

La renuncia de este derecho puede hacerse de forma tácita. Así entiende el Tribunal Supremo que renunciará al mismo el acusado que haciendo gala de una conducta inapropiada altere o impida el transcurso del proceso²³⁰. Cesará la situación desde el momento en que el acusado esté dispuesto a mantener una conducta apropiada en la sala.

Es posible que con ciertas salvaguardias el juicio pueda proseguir ante la ausencia voluntaria del acusado. Si una vez comparecido, éste deja posteriormente de asistir a las sesiones del juicio, entiende el Tribunal Supremo que se ha producido una renuncia al derecho de estar presente. Parece ser que la cuestión que decidirá si un proceso puede o no seguirse frente una persona ausente, es la de saber si el acusado es o no consciente de su carga-derecho a comparecer ante el Tribunal de donde se obtendrá

²³⁰ Illinois v. Allen, 397 U.S. 337, 1970.

El principio del proceso debido

si la renuncia es o no voluntaria, tramitándose, en el primer caso, el proceso en ausencia del acusado.

8. Derecho a pronunciarse sobre la acusación formulada/ "Guilty pleas-Plea bargaining"

La posibilidad de declararse culpable "guilty plea" se ha visto grandemente incrementada en los EEUU para los acusados de un delito. En los últimos años se ha llegado a constatar que en aproximadamente el 90% de los casos conocidos por los Tribunales se ha presentado una declaración de culpabilidad por parte del acusado²³¹.

Es llamativo que pese a la existencia de un proceso penal con multitud de garantías a disposición del acusado en el que las posibilidades reales de defensa son elevadas, en la mayor parte de los casos la resolución del proceso venga determinada por la existencia de una "guilty plea" cuya inmediata consecuencia es la no celebración del proceso penal y la emisión "consensuada" de una resolución en cuyo procedimiento de formación no han intervenido en absoluto las garantías mencionadas.

A la vista de lo dicho es fácil entender que el empleo de la "guilty plea" es atractivo para todos los sujetos intervinientes. Así en los casos de sobrecarga de trabajo en los Tribunales que a su vez conllevan la distribución de retrasos

231 SCHMID N. Das amerikanische... op.cit., pág. 61. Vid. también SCHULHOFER S.J. The post-trial phase of the american criminal case, en "Protection of human rights in the criminal procedure..." cit. pág. 129.

Iñaki Esparza Leibar

acumulados en los nuevos asuntos, la "guilty plea" acorta considerablemente la duración del proceso ya que la sentencia será inmediata, y agiliza la gestión de la sobrecarga de trabajo existente. Pero también resulta un procedimiento interesante para el acusado (quien en definitiva decidirá si va a someterse a un proceso ordinario o a la negociación que conlleva la "guilty plea"), quien además de ver reducida la pena que podría corresponderle, verá su caso resuelto muy poco tiempo después de producido el acuerdo, con las consecuencias favorables que respecto a su situación personal pueden derivarse directamente.

Por todo ello, y para evitar el previsible colapso al que conduciría la situación contraria, se viene observando una tendencia entre acusadores y jueces no sólo a favorecer el que se produzcan las "guilty pleas" con sentencias clementes, sino incluso agravando inconscientemente las sentencias de los imputados que optaron por el proceso penal²³².

Es fundamental para el imputado entender que la opción por el reconocimiento de culpabilidad supone la renuncia a un gran número de derechos procesales (juicio con jurado, confrontación con los testigos de la acusación, no autoincriminación), y el Tribunal se ocupará de que así sea advirtiéndolo e informando al imputado del alcance exacto de su opción como paso previo y necesario para aceptarla²³³.

232 **CAVISE L.L.** Human Rights... op. cit. pág. 109

233 **LA FAVE/ISRAEL** Criminal Procedure, Vol. 2, St. Paul, 1984.

El principio del proceso debido

9. Objetividad en la conducta del MF-deber-control/"Conduct of the Prosecutor-duty"

Configurado el MF como un servidor de la ley cuyo interés, por encima de todo, debe ser el de colaborar en la realización de la justicia, y en ningún caso el de "ganar" un caso, actitud frecuente dada su participación en fases previas al juicio que pueden haber determinado su opinión, aparece la prohibición para los miembros del MF de utilizar métodos impropios concebidos para lograr una convicción interesada (positiva o negativa respecto del imputado)²³⁴. Una actitud como la descrita no cuestiona con la claridad deseada ningún derecho de los recogidos en el "Bill of Rights", pero es generalmente admitido el atentado que de la misma se deriva al derecho a un proceso debido.

El control de actitudes no autorizadas como las definidas es una cuestión compleja y difícil dada la ausencia de guías legales precisas al respecto. En cualquier caso una actitud de aquéllas puede y deberá ser controlada ante, principalmente, la influencia que sobre la convicción del jurado puede causar. Es posible a través de una incorrecta actitud del representante del MF la violación del DPL cuyo alcance y consecuencias deberá determinar el Tribunal²³⁵.

234 Las leyes estatales que permiten una excesiva discreción al MF. en la aplicación de la ley penal, o que son imprecisas en sus términos, violan las garantías derivadas del DPL de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta USC. Lanzetta v. New Jersey, 306 U.S. 451, 1939. Palmer v. City of Euclid, 402 U.S. 544, 1971.

235 Debemos señalar aquí aunque sea brevemente la posición, fundamental, del MF ("Prosecutor") en relación con el proceso penal. Así corresponde al mismo realizar la acusación en la mayor

10. Objetividad en la conducta del juzgador-deber-control/"Conduct of the judge-duty"

La imparcialidad que debe de caracterizar al juzgador aparece inequívocamente recogida en la Decimocuarta Enmienda de la USC²³⁶. Aquella impone al juzgador el deber ético de auto-recusarse cuando la imparcialidad puede ser razonablemente cuestionada, y ello puede ocurrir por la concurrencia de factores tanto extra como intraprocesales, por lo que deberá mantenerse activamente a todo lo largo del mismo. En caso de que no se cumpla lo anteriormente afirmado se producirá una violación del derecho a un proceso debido y será motivo suficiente como para impugnar el proceso en el que no se haya respetado la imparcialidad. Una incorrecta actitud por parte del juzgador en el sentido que nos ocupa se produce principalmente respecto de

parte de los casos (también pueden hacerlo en determinados supuestos los ciudadanos particulares e incluso la policía - tráfico -) pudiendo además vetar la iniciación de procesos por parte de otros sujetos, dado que es el único que puede activar la maquinaria judicial en asuntos penales y también detenerla. Su actividad está presidida por la autonomía y la discrecionalidad en la persecución de delitos que será selectiva y variable dependiendo de múltiples circunstancias también extra-jurídicas. Dicha actividad se circunscribe al ámbito de cada comunidad donde el representante del MF decidirá la política de persecución de delitos a aplicar. Vid. KARLEN D./SCHULTZ J.L. Justice in the accusation, en "The rights of the accused" op. cit. págs. 115 y ss.

236 Amendment XIV (1868) "Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"/"Ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

El principio del proceso debido

testigos o miembros del jurado cuya actitud o convicción puede verse alterada debido a la autoridad que de las opiniones del juzgador indudablemente dimana.

11. "Ne bis in idem"/"Double jeopardy"

En la Quinta Enmienda de la USC²³⁷ se establece la prohibición de someter a persona alguna dos veces al peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito. Ello supone actualmente la prohibición de juzgar a una persona dos veces por el mismo delito²³⁸. Por supuesto si se ha producido una

237 Amendment V (1791) "Nor shall any person be subject, for the same offence, to be twice put in jeopardy of life or limb"/"Tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito".

238 Hasta llegar a la situación presente, la cuestión del alcance de la cláusula de DPL de la Decimocuarta Enmienda USC, respecto a la prohibición de "double jeopardy" en procesos penales estatales, ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de la Corte Suprema. Así desde la práctica ignorancia en *Dreyer v. Illinois*, 187 U.S. 71, 86, 1902. *Keerl v. Montana*, 213 U.S. 135, 137, 1909. Hasta el caso paradigmático al respecto *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 1937. Aquí un sujeto (*Palko*) es condenado a cadena perpetua por un asesinato en segundo grado; Tras descubrirse determinados errores sustanciales en aquél primer proceso, se procede a un segundo enjuiciamiento cuyo resultado es una condena a muerte por un delito calificado como asesinato en primer grado. Se produce la apelación basada en la prohibición del "double jeopardy", pero el Juez Cardozo entiende al resolver el recurso que la garantía afectada ("double jeopardy") no puede clasificarse como derecho fundamental, por tanto no está incluida en la cláusula de DPL de la Decimocuarta Enmienda. Igual criterio se aplica en *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459, 1947. Donde se producen ya cuatro votos disidentes sobre un total de nueve votos. Finalmente es en *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784, 808, 1969, donde se materializa la federalización del "double jeopardy", incorporándose a la cláusula del DPL de la Decimocuarta Enmienda, siendo posteriormente desarrollado por el Tribunal Supremo, *Grady v. Corbin*, 495 U.S. 508, 1990. **MORELAND R. Modern Criminal procedure**, Indianapolis 1959, pp. 273 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

10. Objetividad en la conducta del juzgador-deber-control/"Conduct of the judge-duty"

La imparcialidad que debe de caracterizar al juzgador aparece inequívocamente recogida en la Decimocuarta Enmienda de la USC²³⁶. Aquella impone al juzgador el deber ético de auto-recusarse cuando la imparcialidad puede ser razonablemente cuestionada, y ello puede ocurrir por la concurrencia de factores tanto extra como intraprocesales, por lo que deberá mantenerse activamente a todo lo largo del mismo. En caso de que no se cumpla lo anteriormente afirmado se producirá una violación del derecho a un proceso debido y será motivo suficiente como para impugnar el proceso en el que no se haya respetado la imparcialidad. Una incorrecta actitud por parte del juzgador en el sentido que nos ocupa se produce principalmente respecto de

parte de los casos (también pueden hacerlo en determinados supuestos los ciudadanos particulares e incluso la policía - tráfico -) pudiendo además vetar la iniciación de procesos por parte de otros sujetos, dado que es el único que puede activar la maquinaria judicial en asuntos penales y también detenerla. Su actividad está presidida por la autonomía y la discrecionalidad en la persecución de delitos que será selectiva y variable dependiendo de múltiples circunstancias también extra-jurídicas. Dicha actividad se circunscribe al ámbito de cada comunidad donde el representante del MF decidirá la política de persecución de delitos a aplicar. Vid. KARLEN D./SCHULTZ J.L. Justice in the accusation, en "The rights of the accused" op. cit. págs. 115 y ss.

236 Amendment XIV (1868) "Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"/"Ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

El principio del proceso debido

testigos o miembros del jurado cuya actitud o convicción puede verse alterada debido a la autoridad que de las opiniones del juzgador indudablemente dimana.

11. "Ne bis in idem"/"Double jeopardy"

En la Quinta Enmienda de la USC²³⁷ se establece la prohibición de someter a persona alguna dos veces al peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito. Ello supone actualmente la prohibición de juzgar a una persona dos veces por el mismo delito²³⁸. Por supuesto si se ha producido una

237 Amendment V (1791) "Nor shall any person be subject, for the same offence, to be twice put in jeopardy of life or limb"/"Tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito".

238 Hasta llegar a la situación presente, la cuestión del alcance de la cláusula de DPL de la Decimocuarta Enmienda USC, respecto a la prohibición de "double jeopardy" en procesos penales estatales, ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de la Corte Suprema. Así desde la práctica ignorancia en Dreyer v. Illinois, 187 U.S. 71, 86, 1902. Keerl v. Montana, 213 U.S. 135, 137, 1909. Hasta el caso paradigmático al respecto Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 1937. Aquí un sujeto (Palko) es condenado a cadena perpetua por un asesinato en segundo grado; Tras descubrirse determinados errores sustanciales en aquél primer proceso, se procede a un segundo enjuiciamiento cuyo resultado es una condena a muerte por un delito calificado como asesinato en primer grado. Se produce la apelación basada en la prohibición del "double jeopardy", pero el Juez Cardozo entiende al resolver el recurso que la garantía afectada ("double jeopardy") no puede clasificarse como derecho fundamental, por tanto no está incluida en la cláusula de DPL de la Decimocuarta Enmienda. Igual criterio se aplica en Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459, 1947. Donde se producen ya cuatro votos disidentes sobre un total de nueve votos. Finalmente es en Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 808, 1969, donde se materializa la federalización del "double jeopardy", incorporándose a la cláusula del DPL de la Decimocuarta Enmienda, siendo posteriormente desarrollado por el Tribunal Supremo, Grady v. Corbin, 495 U.S. 508, 1990. MORELAND R. Modern Criminal procedure, Indianapolis 1959, pp. 273 y ss.

Iñaki Esparza Leibar

sentencia definitiva sobre el fondo, pero también cuando por ser imposible por razones objetivas la continuación del proceso se produce una resolución de carácter procesal con la que concluye el mismo "mistrial" (v.gr. por ser imposible llegar a un veredicto del jurado) en éstos últimos casos sólo es constitucionalmente posible un nuevo proceso frente a la misma persona y por el mismo delito en el caso de que el propio imputado haya solicitado o aceptado la declaración de "mistrial", dado que así se considera que el imputado renuncia a algunos de los derechos comprendidos en el "double jeopardy". En el caso de que la declaración sea exigida por error de la acusación, no habrá posibilidad de nuevo proceso²³⁹.

Otra de las consecuencias, pacíficamente aceptada, derivada de la cláusula del "double jeopardy" es la de impedir al MF apelar un veredicto de no culpabilidad emitido por un jurado.

El alcance del "double jeopardy" puede trascender a un ulterior proceso, según la doctrina del "collateral estoppel", con un efecto similar a lo que nosotros entendemos por cosa juzgada material²⁴⁰.

12. "Fair trial/Free press/Public trial"

239 United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 1970. Crea la doctrina de la "manifest necessity" que excepciona enervándolo el efecto general pro-acusado.

240 Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 1970.

El principio del proceso debido

La USC garantiza el derecho a un juicio público por un jurado "limpio" e imparcial²⁴¹, y además garantiza la libertad de prensa (Primera Enmienda USC). Ambos derechos deben ser protegidos y para ello deberá encontrarse un punto de equilibrio entre ellos, ya que la publicidad, entendida de forma absoluta, puede provocar graves distorsiones en el proceso (testigos que se niegan a participar por el riesgo que la publicidad puede acarrearles, presiones a los sujetos participantes, etc.), comprometiendo la limpieza del mismo, según lo ha entendido el Tribunal Supremo en diversas sentencias²⁴².

También la doctrina se ha ocupado, comparativamente de una forma amplia, sobre esta cuestión. Entiende la misma que la publicidad del proceso a través de la libertad de prensa, no es un derecho absoluto sino que deberá ceder ante un interés superior, un proceso limpio, contribuyendo en ocasiones la denegación de publicidad, a lograr el mencionado interés (v.gr. delitos sexuales)²⁴³.

241 Amendment VI (1791) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury..." "It is the "law of the land" that no man's life, liberty, or property be forfeited as a punishment until there has been a charge fairly made and fairly tried in a public tribunal", Justice Black in *In re Oliver*, 333 U.S. 257, 1948.

242 *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717, 1961. Donde determinada publicidad en la fase preliminar logra, a juicio del Tribunal Supremo involucrar, afectándola, la imparcialidad del jurado. *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333, 1966, en el mismo sentido. *Gannett Co. v. De Pasquale*, 443 U.S. 368, 1979. Exclusión de la publicidad en la fase previa al juicio para mayor garantía del "fair trial".

243 GILLMOR D. M. Free press and Fair Trial, Washington, 1966, en especial págs. 177 y ss. "Proposals for resolving the conflict" que incluye supuestos de exclusión de la prensa y del público de la Sala de Vistas. FREEDMAN W. News media coverage of

Iñaki Esparza Leibar

Las limitaciones a la publicidad deberán en todo caso acordarse caso por caso y a la luz de una interpretación favorable al acceso.

El derecho a un juicio público está íntimamente relacionado con el derecho a la defensa del acusado (constituye una extensión del mismo), así no sólo éste sino también el jurado y quien asista al proceso podrán y deberán examinar los testigos y las pruebas en las que se sustente la acusación, y solamente la prueba presentada de tal manera será tomada en consideración por el Juez en su resolución²⁴⁴.

V. CONCEPTO

A) **Formalmente**, el DPL es un elemento recibido del derecho inglés y redefinido por la USC y sus intérpretes con consideración de básico, que impone directamente el deber de ajustarse a él a todos los sujetos y en todas las actuaciones que afecten a la vida, libertad o propiedad, tanto en manifestaciones de derecho material (DPL sustantivo) como en manifestaciones jurisdiccionales del derecho (DPL procesal), que correlativamente otorga a todos los sujetos determinados derechos fundamentales y directamente exigibles con respecto a aquellas materias. Se trataría, naturalmente desde nuestra óptica y a

criminal cases and the right to a Fair Trial, 40 Nebraska L. Rev., 1961, pág. 393.

²⁴⁴ Williams v. New York, 337 U.S. 241, 1949.

El principio del proceso debido

través de criterios interpretativos continentales, de un principio general del derecho.

B) Materialmente, lo constituyen los enunciados de las Enmiendas que definen el llamado "Bill of Rights" (10 primeras de la USC), que incluyen el Derecho Fundamental a un Juicio Limpio (aspecto estrictamente procesal del DPL), con el ámbito territorial establecido en la Decimocuarta Enmienda y con el alcance que en cada momento histórico la jurisprudencia permita y las leyes establezcan.

PARTE II

***EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DEL "DUE PROCESS OF LAW" EN
EL DERECHO PROCESAL PENAL ALEMAN:
CONCEPTO Y CARACTERES DIFERENCIADORES***

I. INTRODUCCION: BREVE REFERENCIA A LA ORGANIZACION JUDICIAL EN ALEMANIA

La GG alemana, Ley fundamental de la RFA de 23 de mayo de 1949, contiene al igual que la ya analizada USC y que la CE, cuyo estudio afrontaremos en la parte III, un núcleo homogéneo y particularmente explícito de disposiciones que conciernen directamente al derecho jurisdiccional y más exactamente a la configuración - contenido, modalidades y límites - del derecho de acción especialmente en relación con el proceso penal²⁴⁵. La aprehensión del exacto alcance de dichas disposiciones precisa del conocimiento de otras normas procedentes de instancias supranacionales que incorporadas a los ordenamientos de cada país pasan a formar parte de los mismos con carácter imperativo²⁴⁶. La posibilidad teórica de que instancias de ámbito inferior a la

245 Arts. 101 y 102 GG prohibiendo los tribunales de excepción y aboliendo la pena de muerte respectivamente. Arts. 103 y 104 GG en los que se consagran determinadas garantías procesales penales básicas como el derecho a ser oído ante los Tribunales, la prohibición de leyes penales con efecto retroactivo y de la pena doble; Garantías en caso de privación de libertad, inmediata puesta a disposición judicial, información al detenido sobre sus derechos, etc.

246 Los arts. 24 y 25 GG abren la posibilidad de cesiones de soberanía a instancias supranacionales ("instituciones internacionales"), así como a la incorporación de normas de derecho internacional público que tendrán primacía sobre las leyes federales y serán fuente directa de derechos para los habitantes del país, v. gr. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (CEDH/MRK), de 04.11.1950, de especial importancia en el tema que abordamos, como a lo largo de todo el estudio del mismo se verá.

Iñaki Esparza Leibar

Federación - arts. 72.1 y 74.1 GG²⁴⁷ que permiten a los Länder legislar sobre la materia que nos ocupa si la Federación no hace uso de dicha facultad²⁴⁸ - puedan aunque restringidamente, como hemos visto que ocurre en los USA, legislar sobre la referida materia ha sido de tal manera interpretada que imposibilita en la práctica a los Länder a intervenir en la configuración del derecho de acción y manifestaciones jurídicas derivadas de su existencia.

Delimitado el ámbito de procedencia de las normas que incidirán en el objeto de esta tesis doctoral en relación con el derecho alemán²⁴⁹, procederemos al igual que hicimos en el caso

247 art. 74.I GG "La legislación concurrente - donde los Länder tienen la facultad de legislar en tanto en cuanto la Federación no haga uso de su facultad legislativa, art. 72.1 GG -abarca las materias siguientes: I. El derecho civil, el derecho penal y el régimen penitenciario, la organización judicial, el procedimiento judicial, el régimen de la abogacía, del notariado y del asesoramiento jurídico." La traducción oficial del precepto y en lo sucesivo de los arts. de la GG a los que hagamos referencia, proviene del **DEPARTAMENTO DE PRENSA E INFORMACION DEL GOBIERNO FEDERAL Ley Fundamental de la República Federal de Alemania**, Essen-Werden 1981.

248 En este punto no se producen modificaciones en virtud del acuerdo de unificación de los dos estados alemanes, Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag - Vom 31. August 1990 (BGBl II S. 889, 933).

249 GG de 23. mayo de 1949 y Einigungsvertrag de 31. agosto de 1990. StPO de 1. febrero de 1877 hasta la última reforma de 7. abril de 1987 (BGBl I S. 1074), deben también ser tenidas en cuenta las modificaciones que a la StPO introduce la "Gesetz zur Bekämpfung des Illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)" de 15. julio.1992 (BGBl I S. 1302), en su art. 3. EGGVG de 27. enero de 1877 y GVG según la redacción de 09 de mayo de 1975 (BGBl I 1077). MRK de 7. agosto de 1952.

El principio del proceso debido

de los USA a esbozar la organización de aquellos Tribunales que en Alemania tienen atribuida competencia penal.

A. Organización de los Tribunales en Alemania

La organización de los Tribunales en Alemania²⁵⁰ reviste un cierto grado de complejidad, debido a varias razones, así, el gran número de Organos que tienen atribuida competencia en materia penal y que a su vez y desde el punto de vista de la actuación jurisdiccional se subdividen en OJ, influye también la coexistencia de varios estados federados, cuya estructura queda reflejada también a nivel jurisdiccional, etc. En cualquier caso esta materia nos interesa en este momento solamente en la medida en que pretendemos plasmar un sencillo esquema de la organización de los Tribunales en Alemania²⁵¹. Así dentro del orden jurisdiccional penal nos encontraremos con los siguientes OOJJ competentes que ordenamos desde aquéllos que constituyen la base de la organización jurisdiccional hasta aquéllos otros que la culminan ²⁵²:

250 Cuya regulación corresponde a la Gerichtsverfassungsgesetz - Ley Orgánica de los Tribunales - GVG, de 27 de enero de 1877, (RGBl 417; III 300 - 2), según la nueva redacción de 09 de mayo de 1975, (BGBl I 1077) y con las últimas modificaciones legales de 12 de septiembre y 17 de diciembre de 1990 (BGBl I 2002 y BGBl I 2847 respectivamente).

251 RIOS/VEIT/ZILLER Deutsch für Juristen, Paris, 1979, pp. 64 y ss. y 79 y ss.

252 GOMEZ-COLOMER J.L. El proceso penal alemán, Introducción y normas básicas, op. cit., pp. 56 y ss. y 514-515.

A) Amtsgericht (AG), forman el nivel inferior de la organización, lo constituyen dos OJ diferentes para la materia penal:

- **Juez de lo Penal**, OJ unipersonal (el único en éste ámbito), con competencia en delitos de escasa gravedad.
- **Tribunal de Escabinos**, OJ colegiado que completa las competencias que corresponden al AG, siempre en cuanto a delitos a los que corresponden penas privativas de libertad no superiores a tres años.

B) Landgericht (LG), integrado en lo penal por cuatro tipos de OJ, todos ellos colegiados:

- **Pequeña Sala de lo Penal**, compuesta por el Presidente del Tribunal y dos Jueces Escabinos con competencia en materia de recursos frente a las resoluciones del Juez de lo Penal.
- **Gran Sala de lo Penal**, en cuya composición aparecen también los Jueces Escabinos, y con competencia para conocer de aquellos asuntos que exceden de las competencias de los AG.
- **Tribunal de Jurado**, con una composición mixta de Jueces Técnicos y Escabinos, y competencia en delitos de especial gravedad y con resultado de muerte.
- **Salas de lo Penal con competencia Específica**, con una composición similar al caso anterior, y competencia en materia de menores, delitos económicos y determinados delitos.

C) Oberlandesgericht (OLG), es el OJ que culmina la organización judicial de cada Estado Federado (Land), está integrado por dos Salas:

- **Sala de lo Penal para Casaciones y Quejas**, compuesta por tres Jueces Técnicos, con competencia para conocer de los recursos interpuestos frente a las resoluciones de Tribunales inferiores.
- **Sala de lo Penal de Primera Instancia**, compuesta por cinco Jueces Técnicos, con competencia para el conocimiento de delitos contra la seguridad del estado.

D) Bundesgerichtshof für Strafsachen (BGHSt),²⁵³ es el OJ supremo en el orden jurisdiccional penal, existe por tanto solamente uno para toda Alemania, formado por cinco Salas cada una de las cuales se compone a su vez de cinco Jueces

²⁵³ Vid. art. 95.1 GG. Con sede en Karlsruhe, § 23 GVG.

El principio del proceso debido

Técnicos. Su competencia se extiende al conocimiento del recurso de casación, cuando así lo establezca la ley, así como de determinadas discrepancias entre OLG de diferentes estados federados.

Finalmente y al margen de la jurisdicción ordinaria, la propia GG configura en sus arts. 93 y 94 un Tribunal Constitucional Federal al que sitúa como último intérprete autorizado de la constitución, para el caso de opiniones divergentes²⁵⁴.

E) Bundesverfassungsgericht (BVerfG), con sede en Karlsruhe y jurisdicción en toda la BRD, conocerá del equivalente a nuestros recursos de inconstitucionalidad, recurso de amparo, controversias entre la Federación y los Länder, o los Länder entre sí, etc. Sus miembros serán elegidos por mitades por Parlamento Federal y por el Consejo Federal.

Al igual que en el caso anterior del proceso penal USA, diseñaremos primeramente un esquema en el que de forma más gráfica quede reflejado el curso del proceso penal alemán y en el que figuren ordenadamente sus fases y actos principales.

Debemos también advertir ya en este momento que el papel que el "fair trial" juega en los procesos de corte anglosajón - consistente en la exigencia de concretas pautas más o menos minuciosamente creadas y desarrolladas de forma flexible por la jurisprudencia a todo lo largo del proceso, como hemos tenido ocasión de comprobar en el caso de los USA - es básicamente diferente de aquél que le corresponderá en la normativa procesal continental, y más concretamente alemana, donde actuará según veremos a continuación más como un principio general - preexistente a cualquier posterior precisión venida de la interpretación de los Tribunales, y limitado en su desarrollo por

²⁵⁴ Esta materia tampoco ha sido objeto de modificación por el "Einigungsvertrag" de 31. Agosto 1990, (BGBl II S. 889).

Iñaki Esparza Leibar

otros principios - o instrumento de interpretación que en el sentido ya dicho en referencia a los ordenamientos anglosajones.

Una de las razones que pueden explicar esta diferencia radical es, además de la diferencia de sistema - acusatorio o mixto -, el modo en que cada uno de los tipos de proceso se ha desarrollado, a través de principios generales interdependientes que permiten una cierta variedad de alternativas, caso continental, o a través de la acumulación esencialmente variable, por su íntima relación con el criterio jurisprudencial, de actos procesales concretos estrictamente regulados con el único objetivo, esencialmente práctico, de lograr un proceso adecuado a la sensibilidad de un país sin ninguna servidumbre de tipo dogmático, caso del proceso USA.

B. Esquema sintético del proceso penal alemán por delitos²⁵⁵

Para facilitar su comprensión realizaremos previamente un somero esquema que refleje las fases, actos y sujetos intervinientes en el proceso penal alemán:

255 Otros esquemas realizados sobre el mismo objeto pueden consultarse en, GOMEZ COLOMER J.L. El proceso penal alemán..., op. cit., p. 239. FRANK U. Strafprozeßrecht, Ausgewählte Problemkreise für Studium, Examen und Praxis, Stuttgart, 1986, p. 91. ROXIN C. Strafverfahrensrecht, München, 1991, p. 23. PETERS K. Strafprozess, Heidelberg, 1985, p. 528. GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, T. II, Stuttgart 1979. Vid. también TIEDEMANN K. en ROXIN/ARZT/TIEDEMANN Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, op. cit., pp. 133 y ss.

El principio del proceso debido

A) PROCEDIMIENTO PRELIMINAR: (§§ 158 a 177 StPO)

- **Denominación BRD:** "Vorverfahren"
- **Sujetos intervinientes:** MF/policía judicial. OJ (eventualmente) para la comprobación de la legalidad de las medidas cautelares.
- **Actuaciones procedentes:** Práctica de actos de investigación. Adopción, eventualmente, de medidas cautelares.
- **Finalidad:** Conclusión de la investigación sobre las circunstancias del delito y del presunto delincuente, preparación de la acusación.

B) FASE INTERMEDIA: (§§ 199 a 211 StPO)

- **Denominación BRD:** "Zwischenverfahren"
- **Sujetos intervinientes:** Se tramita ante el OJ (Tribunal técnico), una vez que el MF ha presentado el escrito de acusación, producto de la investigación realizada. Acusado, puede formular reclamaciones y objeciones.
- **Actuaciones procedentes:** Comunicación al acusado. Eventuales reclamaciones. Eventual práctica de prueba.
- **Finalidad:** Informar al acusado de los hechos que se le imputan. Auto de apertura del procedimiento principal, en su caso.

C) PROCEDIMIENTO PRINCIPAL/JUICIO ORAL: (§§ 207 a 275 StPO)

- **Denominación BRD:** "Hauptverfahren"
- **Sujetos intervinientes:** OJ (Escabinos) , MF, acusado.
- **Actuaciones procedentes:** Preparación y realización de la vista principal. Práctica de la prueba. Informes finales.
- **Finalidad:** Posibilitar la sentencia sobre el fondo del asunto.

D) FASE IMPUGNATORIA, APELACION/CASACION: (312 a 358 StPO)

- **Denominación BRD:** "Rechtsmittelverfahren"
- **Sujetos intervinientes:** OJ (Tribunales de Apelación o Casación).
- **Actuaciones procedentes:** Revisión, en la medida de cada recurso, de la Sentencia impugnada por considerarse la misma perjudicial para el recurrente.
- **Finalidad:** Modificación, anulación o confirmación de la resolución impugnada dependiendo de la corrección o no de lo actuado en las anteriores fases procedimentales.

E) EJECUCION: (§§ 449 a 463d StPO, §§ 78a y 78b GVG y otras normas específicas para la ejecución de penas privativas de libertad StVollzG, y para otras penas StrVollstro y JBeitro)

Iñaki Esparza Leibar

- Denominación BRD: "Vollstreckungsverfahren"
- Sujetos intervinientes: MF y OJ.
- Actuaciones procedentes: Variedad.
- Finalidad: Ejecución de la Sentencia.

C. El proceso penal alemán: Configuración

En el caso del proceso penal actualmente existente en Alemania y en una inicial delimitación se constata que en su estructura básica prevalece el modelo europeo continental y más precisamente el modelo procedente del derecho italiano del s. XV y con elementos del derecho inglés y francés cuya influencia es constatable desde comienzos del s. XIX²⁵⁶, de tal manera que convergen en el mismo principios propios del proceso inquisitivo (v.gr. § 376 StPO sobre la iniciación del proceso por querrela pública) con otros principios pertenecientes al sistema acusatorio (v.gr. § 151 StPO que consagra el principio acusatorio) y a su especial configuración del proceso penal²⁵⁷.

Analizaremos a continuación de forma más precisa los principios que configuran el proceso penal alemán clasificados en relación con las distintas fases de desarrollo del proceso²⁵⁸.

256 TIEDEMANN K. Rechtsgrundlagen, Grundlagen und Technik der Reform des nationalen Strafverfahrens, XXV Congreso de la AIDP, congreso preparatorio, Toledo 1992, p. 9.

257 ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit., p. 92.

258 ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit. pp. 58 y ss. GOMEZ COLOMER J. L. El proceso penal alemán..., op. cit. pp. 44 y ss. BAUMANN J. Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, Stuttgart 1979, pp. 38 y ss. ESER A. Einführung in das Strafprozeßrecht, München 1983, pp. 105 y ss.

El principio del proceso debido

a) Principios relativos a la iniciación del proceso:

- 1) Principio de oficialidad (§ 152.1 StPO)²⁵⁹.
- 2) Principio acusatorio (§§ 151, 155, 264 StPO)²⁶⁰.
- 3) Principio de legalidad (art. 103.2 GG, § 152.2 StPO)²⁶¹.
- 4) Principio de oportunidad (§§ 153 a, c y 154 b StPO, § 45 JGG)²⁶².
- 5) Principio de Juez legal (Art. 101.1 GG, § 16 GVG)²⁶³.

b) Principios relativos al desarrollo del proceso:

259 ROXIN/ARZT/TIEDEMANN Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, Heidelberg 1988, pp. 169 y ss.

260 GÖSSEL K. H. Strafverfahrensrecht, T. I, Stuttgart 1977, pp. 29 y ss. para todo lo referente a los principios relativos a la iniciación del proceso.

261 Vid. al respecto, PFEIFFER G. en Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, München 1987, p. 13-14, nº 29a. RIEß P. Die Zukunft des Legalitätsprinzips, NSTz 1981, pp. 2 y ss. Los §§ 172 - 177 StPO y § 258 StGB, contribuyen a asegurar el principio de legalidad procesal, que en todo caso no debemos entender como absoluto en la actualidad por razones tanto de política criminal como de economía procesal. BVerfGE 85, 69, 79. La cita de la jurisprudencia en el caso alemán comprende en primer lugar la indicación del OJ del que la resolución procede, a continuación el tomo de la colección oficial donde se recoge y finalmente el número de página (sólo inicial o inicial y final) donde figura.

262 ARMENTA DEU T. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Barcelona 1991. SCHÜNEMANN B. Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, München 1990. En el derecho procesal penal alemán no existe la posibilidad del "guilty plea", vid. TIEDEMANN K. Rechtsgrundlagen... cit. p. 17.

263 BVerfGE 40 356, 361. BVerfGE 18 345, 349. BVerfGE 3 359, 364. SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1988, Einleitung, Kap. 6, Rdn 8.

Iñaki Esparza Leibar

- 1) Principio de la independencia judicial (Art. 97.1 GG, § 1 GVG, §§ 25, 45.1 DRiG)²⁶⁴.
- 2) Principio de investigación o instrucción - inquisitivo - (§§ 155, 160.2, 244.2 StPO).
- 3) Principio de audiencia (Art. 103.1 GG, StPO § 258, OWiG § 71)²⁶⁵.
- 4) Principios de celeridad y concentración (§§ 229 y 268.3 StPO)²⁶⁶.

c) Principios relativos a la prueba:

- 1) Principio de investigación oficial (§§ 155, 244.2 StPO).
- 2) Principio de inmediación (§ 250 StPO).
- 3) Principio de libre valoración de la prueba (§ 261 StPO).

264 BVerfGE 4 331, 344. BVerfGE 27 312, 322. BVerfGE 12 67, 71. La independencia judicial puede entenderse como uno de los resultados de la separación de poderes, § 90 BVerfGG.

265 KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung, München 1989, p. 5. PFEIFFER G. en Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 12, nº 27. LEMKE M. Höchststrichterliche Grundsatzentscheidungen zum Strafrecht (GrEzSt), Darmstadt 1984, p. 382. ARNDT A. Das rechtliche Gehör, NJW 1959, pp. 6 y ss. ARNDT A. Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, pp. 1297 y ss. ARNDT A. Fragen des rechtlichen Gehörs, NJW 1962, pp. 27 y ss. BayVerfGH 15.05.1962, JZ 1963, 63 y ss. BVerfGE 54, 140. BVerfGE 85, 337, 353. BVerfGE 85, 386, 405.

266 El principio de celeridad no aparece expresamente formulado en la StPO, pero existen diversos preceptos que muestran el interés en que la celeridad se dé en los diversos actos procesales, v. gr. §§ 115 y 128 StPO. BAQUERO BORDA H. Panorama actual del proceso penal de la República Federal de Alemania, Revista del Ministerio Público, nº 17, octubre 1981, pp. 123 y ss.

El principio del proceso debido

4) "In dubio pro reo" (Art. 6.II CEDH)²⁶⁷.

d) Principios relativos al procedimiento (forma):

1) Principio de oralidad (§§ 261, 264 StPO).

2) Principio de publicidad (§ 169 GVG)²⁶⁸.

En su mayor parte el esquema que acabamos de transcribir²⁶⁹ se corresponde perfectamente con el que en la parte introductoria de esta tesis describíamos el proceso penal español, lo que facilitará en gran medida al lector español la comprensión de la estructura del proceso penal alemán.

II. EL PRINCIPIO DEL "DUE PROCESS OF LAW", LA PLASMACION EN ALEMANIA DE UNO DE SUS CONTENIDOS ESENCIALES: EL "FAIR TRIAL"

Dentro de la materia relativa a los principios del proceso nos encontramos en el seno de la doctrina alemana con una diversidad de opiniones²⁷⁰ en cuanto a la consideración del "fair

267 PFEIFFER G. en Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 13, nº 28. DÖRR D. Faires Verfahren, Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Kehl am Rhein 1984, pp. 61 y 62.

268 BGHSt 22, 297, 301. BGHSt 23, 123, 125 f. Un reciente caso de exclusión de la publicidad se produce por motivos de moralidad en un supuesto de abusos sexuales, BGHSt 38, 248, 251, (sentencia de 19.03.92).

269 ROXIN C. Strafprozeßordnung, op. cit. pp. 58 y ss. GOMEZ COLOMER J.L. El proceso penal alemán..., cit., pp. 43 y ss.

270 SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung, Kap. 6, Rdn. 18.

trial"²⁷¹ como principio activo y autónomo del proceso penal por una lado y en cuanto a la fundamentación del "fair trial" en el art. 6.1 CEDH²⁷² por otro. Las cuestiones planteadas y de las que nos ocuparemos a renglón seguido podrían enunciarse así: ¿Es el principio procesal procedente del derecho anglosajón y enunciado como "fair trial" un principio informador del proceso penal alemán? Si la respuesta fuere afirmativa la siguiente cuestión

271 La traducción de la expresión inglesa "fair trial" no es del todo sencilla ya que aunque el término "trial" es pacíficamente traducible como "Verfahren", la otra parte de la expresión "fair" puede tener en lengua alemana y entre otros, éstos significados: Bonito, limpio, simpático, honesto, respetable, conveniente, etc. Vid. Langenscheidts Grosswörterbuch, Englisch-Deutsch, München 1985, p. 367. HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. p. 63.

272 CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Art. 6.1 "Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella..." KONVENTION ZUM SCHUTZE DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN/MRK. Art. 6.1 "Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat..." Incluimos también las versiones oficiales francesa e inglesa de esta parte del art. 6.1 dado su indudable interés. "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle...", "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law". Sobre la interpretación realizada por la doctrina alemana en relación con el art. 6.1 MRK, de la que resulta la referencia al "procedural due process" de los USA, vid. DÖRR D. Faires Verfahren..., op. cit. pp. 71 y ss. KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung... op. cit. p. 1751.

trial"²⁷¹ como principio activo y autónomo del proceso penal por una lado y en cuanto a la fundamentación del "fair trial" en el art. 6.1 CEDH²⁷² por otro. Las cuestiones planteadas y de las que nos ocuparemos a renglón seguido podrían enunciarse así: ¿Es el principio procesal procedente del derecho anglosajón y enunciado como "fair trial" un principio informador del proceso penal alemán? Si la respuesta fuere afirmativa la siguiente cuestión

271 La traducción de la expresión inglesa "fair trial" no es del todo sencilla ya que aunque el término "trial" es pacíficamente traducible como "Verfahren", la otra parte de la expresión "fair" puede tener en lengua alemana y entre otros, éstos significados: Bonito, limpio, simpático, honesto, respetable, conveniente, etc. Vid. Langenscheidts Grosswörterbuch, Englisch-Deutsch, München 1985, p. 367. HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. p. 63.

272 CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Art. 6.1 "Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella..." KONVENTION ZUM SCHUTZE DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN/MRK. Art. 6.1 "Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat..." Incluimos también las versiones oficiales francesa e inglesa de esta parte del art. 6.1 dado su indudable interés. "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle...", "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law". Sobre la interpretación realizada por la doctrina alemana en relación con el art. 6.1 MRK, de la que resulta la referencia al "procedural due process" de los USA, vid. DÖRR D. Faires Verfahren..., op. cit. pp. 71 y ss. KLEINKNECHT/MEYER Strafprozeßordnung... op. cit. p. 1751.

El principio del proceso debido

que surge es: ¿Es suficiente la referencia del art. 6.1 CEDH para fundar la existencia y efectividad del principio del "fair trial"? Y finalmente, respondidas las anteriores cuestiones, cabrá preguntarse sobre el contenido exacto del principio y sobre sus manifestaciones procesales.

Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas de cuya respuesta depende en gran medida el desarrollo posterior de la cuestión, tomaremos inicialmente dos posturas sustentadas por otros tantos autores y que en principio podemos considerar como antagónicas:

a) La primera de ellas considera al "fair trial" como principio informador del proceso penal alemán, pero no sólo eso sino que en algún caso lo considera como "El principio supremo del conjunto del derecho procesal penal"²⁷³.

b) En cuanto a la segunda postura anunciada, imposibilidad de considerar al "fair trial" como principio procesal autónomo, podemos resumirla tomando una de las conclusiones de la monografía que H. HEUBEL dedica a esta importante cuestión. "Puede establecerse como conclusión conjunta que el *fair trial* ni desarrolla una función procesal específica reconocible, ni dispone de un preciso y bastante contenido dogmático como para ser considerado un principio procesal autónomo en el derecho procesal penal"²⁷⁴.

273 "Oberster Grundsatz des gesamten Strafprozeßrechts ist schließlich das Gebot eines fairen Verfahrens." ROXIN C. Strafverfahrensrecht op. cit. p.60.

274 HEUBEL H. Der "fair trial" - ein Grundsatz des Strafverfahrens? Zugleich ein Beitrag zum Problem der "verfassungskonformen" Rechtsforbildung im Strafprozeß, Berlin

Iñaki Esparza Leibar

Analizaremos a continuación y de una forma detallada la argumentación de la que se sirven quienes suscriben cada una de las posturas anunciadas, para poder finalmente extraer las conclusiones oportunas.

A) Opinión favorable a la consideración del "fair Trial" como principio independiente y efectivo del derecho procesal (civil - penal) alemán:

El autor de quien partimos para sustentar esta postura favorable, ROXIN²⁷⁵, entiende que no se trata solamente de extraer del contenido del art. 6.1 CEDH toda la fundamentación y anclaje en el derecho alemán del principio del "fair trial", sino que aprecia la existencia de dos fases diferenciadas y complementarias cuyo concurso simultáneo permitirá al principio que nos ocupa ser efectivo en el proceso alemán. Las dos fases mencionadas son:

1) De la propia redacción de la GG se desprende la opción por un estado social de derecho, arts. 1, 20 y 28 GG, como corrobora repetidamente la jurisprudencia del BVerfG ²⁷⁶.

1981, p. 145 - V.

275 ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit.

276 ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit. p. 60. PFEIFFER G. en Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 12, nº 28. "El derecho a un "fairen Verfahren" (fair trial) es consustancial al principio del Estado de Derecho (Rechtsstaatsprinzip)." Y a modo de complemento y aclaración de los conceptos pertenecientes al derecho constitucional alemán que nosotros empleamos para fundamentar el principio procesal que nos ocupa, HESSE K.

El principio del proceso debido

El derecho a un proceso ajustado a los principios del estado de derecho -"fairen Verfahren"- se deriva y simultáneamente hace posible la existencia del propio estado de derecho -"Rechtsstaat"-, arts. 20.3 y 2.1 GG, entendido este como garantía general fundamental a partir de la que se materializan todas las demás²⁷⁷, estableciéndose una relación de mutua dependencia que asegure en última instancia el respeto de la dignidad humana, art. 1.1.1 GG, como máxima exigencia general a la que el proceso penal debe también plegarse²⁷⁸.

2) Existente la posibilidad teórica de aplicación, se positiviza el principio del "fair trial", a través del art. 6.1

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1985, pp. 72 y ss., 132 y ss., 166 y ss. La jurisprudencia del BVerfG entiende el derecho a un proceso limpio/"fairen Verfahren" como una concreción del "Rechtsstaatsprinzip", en tal sentido, BVerfGE 26, 66, 71. BVerfGE 38, 105, 111. BVerfGE 39, 238, 243. BVerfGE 40, 95, 99. BVerfGE 41, 246, 249. BVerfGE 46, 202, 210.

277 **KLEINKNECHT/MEYER** Strafprozeßordnung, op. cit., p. 4. **SCHÜNEMANN B.** Absprachen im Strafverfahren?... op. cit. pp. B 115 y ss. **QUAMBUSCH E.** Rechtsstaatsprinzip, Verschuldensgrundsatz und das antikausale Werturteil, JA 1987, nº 2, p. 68. **VON MÜNCH I.** Grundgesetz-Kommentar, München 1985, T. I., pp. 35, 36. BVerfGE 37, 57, 65. BVerfGE 38, 105, 111. BVerfGE 40, 95, 99. BVerfGE 49, 148, 164. BVerfGE 85, 386, 405.

278 "La raíz de este derecho fundamental procesal se encuentra en el Principio del Estado de Derecho (Rechtsstaatsprinzip), su consideración material, que garantiza los derechos y libertades fundamentales de la persona, especialmente en el caso del proceso penal por la amenaza que supone contra la libertad y la dignidad de la persona (arts. 1.1.1 y 2.2 GG) esa función de aseguramiento de la libertad y la dignidad también debe ser atendida por el Derecho Jurisdiccional". **PFEIFFER G.** en Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 12, nº 28. **GÖSSEL K. H.** Strafverfahrensrecht, op. cit., p. 165.

Iñaki Esparza Leibar

CEDH²⁷⁹. Sobre el alcance real de dicha cobertura legal inmediata al principio del "fair trial" en la que todos los autores están de acuerdo²⁸⁰, podemos realizar las siguientes matizaciones:

1ª) La consideración textual del contenido del art. 6.1 CEDH no permite más que la comprensión del derecho a la consideración del asunto litigioso "in billiger Weise" o "de manera justa, equitativa"²⁸¹. La opinión mayoritaria de la doctrina entiende que a través del mencionado art. 6.1 CEDH se está haciendo mención al principio jurídico propio del derecho anglosajón del "fair trial"²⁸² entendido como garantía procesal, lo que en definitiva significa que el acusado debe de poder servirse de los medios que garanticen de la mejor forma posible su derecho a defenderse de la acusación. Todo lo anterior ha llevado a la doctrina alemana a deducir del art. 6.1 CEDH el principio de la igualdad de armas "Prinzip der Waffengleichheit"²⁸³.

279 La jurisprudencia del BGH reconoce como elemento principal del art. 6.1.1 CEDH el derecho a un juicio limpio/"faïres Verfahren", en ese sentido, BGHSt 24, 125, 131. BGHSt 29, 109, 111. BGHSt 36, 210.

280 HEUBEL H. Der "fair trial" - ein Grundsatz..., op. cit. p. 30.

281 GOMEZ COLOMER J.L. El proceso penal alemán..., op. cit. p. 45. PFEIFFER G. Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 13, nº 28 "Del "Rechtsstaatsprinzip" se deriva el derecho a un proceso orientado por la justicia y la equidad - "Billigkeit"- el cuál ha encontrado su expresión en el art. 6.1 MRK."

282 EuKomMR NJW 63, 2247.

283 ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit. p. 60. SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit. Einleitung, Kap. 6, Rdn. 14.

El principio del proceso debido

2ª) Intimamente relacionado con la igualdad de armas - posibilidades, oportunidades - y por tanto estrechamente vinculado con el principio del "fair trial" aparece el llamado "Fürsorgepflicht" u obligación de asistencia por parte de los Tribunales²⁸⁴. Es preciso en cualquier caso advertir que la igualdad de armas entendida de forma absoluta es ciertamente engañosa, ya que el alemán no es un proceso puro de partes, por lo que no sería compatible con su estructura²⁸⁵.

3ª) Sentadas las bases anteriores podemos entender que las exigencias derivadas del "fair trial" pueden adaptarse, respetando la estructura establecida, o lo que es lo mismo las desigualdades existentes entre la posición acusadora²⁸⁶, y las posibilidades - en su caso prohibiciones - de participación del acusado o de su defensor. Con ello obtendríamos una igualdad de armas relativa, efectiva en la medida de las posibilidades que ofrece un proceso presidido por el principio oficial "Offizialprinzip".

B) Opinión crítica respecto a la consideración del "fair trial" como principio independiente y efectivo del derecho procesal (civil - penal) alemán:

284 SCHÄFER K. en LÖWE/ROSENBERG Die Strafprozeßordnung..., op. cit., Einleitung, Kap. 6, Rdn. 23.

285 ROXIN C. Strafverfahrensrecht, op. cit. p. 60.

286 Al igual que en el caso de los USA, el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción en el proceso penal alemán. Vid. GOMEZ COLOMER J.L. El proceso penal alemán..., op. cit. pp. 46, 207. § 152.1 StPO.

Iñaki Esparza Leibar

Las críticas vertidas en relación con nuestro tema proceden principalmente de HEUBEL, quien aborda sistemáticamente la cuestión de si el *fair trial* es o no un principio efectivo del derecho procesal alemán, cuestión que, por definirse a través de unos perfiles poco precisos, había creado un estado de relativa ambigüedad respecto a su tratamiento²⁸⁷.

Las primeras objeciones surgen sobre la pacífica aceptación de que el art. 6.1 CEDH pueda positivamente suponer un complemento de las normas procesales internas de Alemania²⁸⁸, lo cual - a juicio del autor - no es tan evidente como alguna jurisprudencia hace pensar. Ya que ello supondría que una regla jurídica comprendida en un tratado internacional, en materia procesal, puede ser incorporada al derecho interno por medio de una simple traducción, rebasando o prescindiendo de lo que al respecto regula en Alemania la StPO²⁸⁹.

Nos hallamos nuevamente ante el problema del alcance de la expresión inglesa "fair hearing" de la versión oficial del art. 6.1 CEDH²⁹⁰.- Avanzaremos ahora la certeza, abonada por la expresa referencia de todas las versiones idiomáticas del art. 6.1 CEDH, de que cualquiera que sea el alcance efectivo del

287 HEUBEL H. Der "fair trial" ..., op. cit.

288 PFEIFFER G. en Karlsruher Kommentar..., op. cit. p. 13, nº 28. "El derecho del inculgado a un "fair trial" está básicamente regulado en la StPO."

289 HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. p. 31.

290 "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing..." En RAMOS MENDEZ F. Código procesal civil internacional, Barcelona 1985, p. 188. HEUBEL H. Der "fair trial"..., op. cit. p. 33.