

REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO

Dr. KARL HEINZ GÖSSEL

Profesor en la Universidad de Erlangen-Nürnberg*

Traducción y notas aclaratorias por KATRIN
LEMBERG D., de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Medellín.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las opiniones expresadas con respecto al principio de legalidad, abarcan una amplia gama delimitada por dos polos opuestos. Por una parte, el principio de legalidad se ha considerado como pilar irrenunciable del proceso penal en el Estado de derecho¹, “constituyendo la línea de demarcación entre un orden liberal y un totalitarismo arbitrario”²; y por otra parte se ha advertido, sin embargo, que este principio constituye un “peligro para la administración de justicia”³, que aparentemente tiene un efecto minador⁴ y desilusionante⁵, cuya aplicación causa la pérdida de la “base teórica original”⁶, y que, finalmente, es oportuno “entonar el requiem al principio de legalidad”⁷.

Como suele ocurrir con frecuencia en situaciones de esta índole, la multiplicidad de opiniones está acompañada de una notable discrepancia en cuanto al origen,

* El presente artículo fue publicado como colaboración del autor al Libro-Homenaje a HANS DÜNNEBIER en su 75º cumpleaños, editado por Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1982, págs. 121 a 148. El autor quiere agradecer muy especialmente a la señorita Katrin Lemberg la traducción del presente artículo a la lengua española.

¹ LÖWE-ROSENBERG (LR) - SCHÄFER, *Kommentar zur StPO und zum GVG*, 23ª ed., 1976. Introducción al capítulo 13, número marginal 26.

² WILLMS, JZ 1957, pág. 465.

³ PETERS, *Strafprozess*, 3ª ed., 1981, pág. 161.

⁴ Cfr. GRAUHAN, GA 1976, págs. 225, 238 y ss.

⁵ ZIPF, *Peters-Festschrift* 1974, págs. 487, 494.

⁶ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 16ª ed., 1980, págs. 62 y ss.

⁷ BAUMANN, ZRP 1972, pág. 273; cfr. ya en SERWE, *Kriminalistik*, 1970, pág. 377.

importancia y contenido de los conceptos de los principios de legalidad y oportunidad, concibiéndose este último en contraposición al primero. El acuerdo existe solo en cuanto se ha entendido que frente al principio de legalidad subsiste una obligación del Estado —cualquiera fuere su naturaleza— dirigida a la persecución de actos punibles, mientras que el principio de oportunidad, en contraposición al de legalidad, concede a la actividad de persecución penal una discreción más o menos controlada⁸ con respecto a los órganos encargados de dicha actividad. Partiendo de este mínimo consenso común, se procederá a analizar críticamente el contenido y la importancia del principio de legalidad desde el punto de vista de las exigencias del Estado de Derecho.

II. LA PERSECUCIÓN PENAL COMO EJERCICIO DEL PODER ESTATAL, SUJETA A LOS POSTULADOS DEL ESTADO DE DERECHO

Poder penal es poder estatal. Aunque hoy día este principio tiene validez general para todo el proceso penal en Alemania⁹, a este conocimiento, tan elemental, se le ha prestado siempre muy poca atención en las discusiones relacionadas con la problemática del derecho procesal penal¹⁰.

1. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO PARA LA PERSECUCIÓN PENAL

a) De conformidad con lo establecido por el inc. 1º del art. 28 de la GG*, la totalidad del orden estatal, y también, por ende, el sector correspondiente al ejercicio del poder del Estado, está determinado y al mismo tiempo controlado por el principio de Estado de derecho¹¹; por lo tanto, debemos compartir la opinión expresada por RISSSEL en el sentido de que “El principio de Estado de derecho es el principio organizador del proceso penal”¹². Por consiguiente, parece legítimo estudiar más detalladamente la importancia y los efectos que tiene el concepto de Estado de Derecho para el principio de legalidad¹³.

⁸ Cfr., por ejemplo KLEINKNECHT, *Kommentar zur StPO*, 35ª ed., 1981, § 152, número marginal 1 y SCHÄFER (pie de pág. 1), número marginal 27.

⁹ Véase al respecto mis *Ausführungen* en GA 1980, 325, conjuntamente con las argumentaciones del pie de página 8, y en ZStW tomo 94 (1982), pág. 8.

¹⁰ Pero, sobre este aspecto, véase especialmente las consideraciones en la monografía de HEYDEN, *Begriff, Grundlagen und Werwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips*, 1961.

* Entiéndase de aquí en adelante la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland del 23.V.49 (GG), como la *Ley Fundamental de la República Federal Alemana*. N. de la T.

¹¹ HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12ª ed. (1980), pág. 76.

¹² *Die Verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts...*, Tesis doctoral, Marburg, 1980, pág. 68.

¹³ Con ello no se puede, claro está, pasar por alto que el principio de Estado de derecho solo es un elemento esencial del orden constitucional, que naturalmente influye en su totalidad en el proceso penal. Los demás elementos esenciales del orden estatal republicano, federal, democrático y sobre todo social, tendrán que quedar fuera de consideración en el presente trabajo, y también porque los mencionados elementos han entrado en el principio de Estado de derecho y —*cum grano salis*— solo tienen efectos sobre este. Ampliar este punto en mis *Ausführungen* en ZStW, tomo 94 (1982), págs. 15 y ss.

b) Aunque el “Principio de Estado de derecho” está lejos de haber sido definido de manera inequívoca, se le reconocen, generalmente, ciertos elementos esenciales, los cuales tomaremos en consideración al exponer los objetivos de este trabajo. Formalmente se entiende por Estado de derecho, ante todo, “la delimitación del poder estatal”¹⁴ a través del principio de la separación de poderes¹⁵, el principio de proporcionalidad¹⁶, y finalmente, a través de la primacía del derecho, y con esto, la autosujeción del Estado al ordenamiento jurídico¹⁷, para lo cual se presupone la previsibilidad y la mensurabilidad de la acción estatal, así como el control de esta por tribunales independientes y, por consiguiente, la seguridad jurídica¹⁸. Además, se reconocen generalmente también varios elementos materiales del principio de Estado de derecho¹⁹, tales como las decisiones de valor en los derechos fundamentales²⁰, y el deber de mantener y realizar la justicia, motivo por el cual MAUNZ-DÜRIG-HERZOG tienen razón al hablar de un Estado legal y justo al mismo tiempo, al referirse al Estado de derecho²¹.

2. EL PROCEDIMIENTO PENAL COMO PROCEDIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

La subordinación del poder estatal a las leyes y a la justicia, ha encontrado su expresión en el art. 20, inc. 3º, de la GG²². Como este principio constitucional regula el ejercicio del poder estatal en su totalidad, del mismo modo regula también el poder de persecución penal.

a) Sin embargo, que este deber de subordinación a la ley y a la justicia no puede asegurar por sí solo la verificación de los cometidos del Estado de derecho en el procedimiento penal, fue ya efectivamente demostrado con el ejemplo del proceso inquisitivo del derecho común: ya la omnipotencia del “Tribunal de la Inquisición”, que era prácticamente el único órgano de persecución penal, a pesar de su sometimiento a la justicia material, llevaba a que se le concediera primacía a las conveniencias estatales del momento, respecto al mantenimiento y a la ampliación del poder estatal en general, y a una persecución penal adecuada en particular, poniendo en desventaja la efectiva realización de la justicia y convirtiendo al acusado en simple objeto de la actividad estatal con base en la persecución penal²³.

¹⁴ HESSE (pie de pág. 11), pág. 78.

¹⁵ HESSE (pie de pág. 11), pág. 79; MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 23ª edición (1980), pág. 74.

¹⁶ BVerfGE 35, 382, 400.

¹⁷ HESSE (pie de pág. 11), págs. 79 y ss.

¹⁸ MAUNZ (pie de pág. 15), pág. 75.

¹⁹ HESSE (pie de pág. 11), págs. 79 y ss.

²⁰ HESSE (pie de pág. 11), págs. 82 y ss.

²¹ *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 20, núms. marginales 58 y 59.

²² Cfr. mis *Ausführungen* en GA 1980, pág. 331, con otros argumentos.

²³ Cfr. sobre ello mis *Ausführungen* en GA 1980, págs. 326 y ss., y ZStW tomo 94 (1982), págs. 10 y ss., 13 y ss.

b) Así como el principio de la separación de poderes llevó a la superación de toda aspiración inmanente al ejercicio del poder en forma ilimitada, únicamente ligado a consideraciones estatales prácticas, por medio de la escisión del poder público en tres ramas controlables entre sí, la legislativa, ejecutiva y judicial respectivamente, así también se dió la escisión del procedimiento penal uniforme del proceso inquisitivo del derecho común en varios estadios que cayeron bajo el mando de diversos sujetos procesales independientes entre sí²⁴. Apenas con la separación de la investigación sumarial y la iniciativa para la persecución judicial de los actos punibles, de la actividad meramente sentenciadora, considerada legalmente más bien independiente del órgano sentenciador, se podía lograr “el predominio de la justicia material sobre la conveniencia en el ejercicio del poder”²⁵.

III. EL DEBER DE PERSECUCIÓN PENAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO

Con base en lo dicho anteriormente, se puede ahora analizar la relación existente entre el principio de legalidad y el procedimiento en el Estado de derecho. Pero con ello surge una dificultad inesperada: el concepto del “principio de legalidad”, generalmente, se entiende como una unidad general, subordinada e impenetrable, con un contenido perfectamente determinado. Esta concepción es falsa, razón por la cual se hace necesaria una explicación.

1. TENTATIVA DE CONCEPTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es ZIPF quien probablemente da el mayor campo de aplicación al principio de legalidad: según su concepción, este principio requiere “la sanción rigurosa y total de la criminalidad por los respectivos órganos de persecución penal del Estado”²⁶. Si se compara este concepto con la disposición legal del § 152, inciso 2° StPO *, que establece, según la opinión generalizada, el principio de legalidad como principio fundamental de la persecución penal (§§ 258, 258a StGB **), se ponen de manifiesto dos distintas posibilidades de definición del principio de legalidad²⁷. Existe una primera posibilidad de definir el principio de legalidad, aquí analizado, como la idea pura de la persecución penal, concibiéndolo como un concepto general y abstracto; y una segunda posibilidad de entenderlo en forma puramente nominal, regulado exclusivamente por las normas de la persecución penal dentro de la respectiva ley positiva²⁸.

²⁴ Véase al respecto a HERRMANN, en *Verhandlungen des 45 DJT*, tomo II D, P. D 41, D 42.

²⁵ Véase mis *Ausführungen* en GA 1980, pág. 333.

²⁶ *Peters-Festschrift* 1974, págs. 487, 493.

* La expresión alemana *Strafprozessordnung* (StPO), la traducimos aquí como *Ley Procesal Penal*. Sin embargo, se ha traducido también como “Ordenamiento Procesal Penal”, “Código de Procedimiento Penal”, etc. En adelante utilizamos la abreviatura StPO para referirnos a tal ordenamiento. N. de la T.

** La expresión *Strafgesetzbuch* (StGB), se entiende como *Código Penal alemán*. En adelante utilizaremos la abreviatura señalada en el texto. N. de la T.

²⁷ Cfr. por ej., LR-MEYER-GOSSNER (pie de pág. 1), § 152, núm. marginal 8.

²⁸ Descartamos otras posibilidades de definición a la luz de la discusión más generalizada. Cfr. sobre ello, por ej., a STEGMÜLLER (Hrsg), *Das Universalienproblem*, 1978.

a) ZIPF formula también el principio de legalidad en términos de su pureza ideal. Prevalecen, sobre esta formulación, las disposiciones legales para la definición del principio fundamental empleado aquí, expuestas a continuación: según el principio de legalidad, la fiscalía estatal tiene el deber de intervenir en todos los delitos que comprende la persecución penal, como lo dispone el § 152, inciso 2° StPO; y en los §§ 160 y 170, inciso 1° del mismo, se concreta esta “intervención obligatoria” para la investigación de los hechos (§ 160 StPO), y bajo determinadas circunstancias, el deber de formular la acusación²⁹ (§ 170, inciso 1° StPO). La discrepancia es notable, pues a pesar de que la idea del principio de legalidad exige en cierto modo la persecución penal total, parece como si las disposiciones legales de los §§ 152, inciso 2°, 160 y 170 inciso 1° StPO solo contribuyeran a una vaga definición de este principio: partiendo de su tenor literal en lo concerniente a la obligación impuesta a la fiscalía de atenerse a pruebas suficientes y reales, y en lo referente a la formulación de la acusación, de “tener motivos suficientes para formular la acusación pública”, y fuera de esto, limitada por cualquier disposición legal³⁰.

b) Según lo visto, es menester plantear el siguiente interrogante: en realidad, y en qué proporción, las necesidades del Estado de derecho requieren la vinculación de la persecución penal al principio de legalidad:

1) Si, por consiguiente, se toma en cuenta el aspecto formal de la concepción del Estado de derecho³¹, la mencionada limitación del poder estatal lleva consecuentemente con HEYDEN al “Principio de la aplicación de las normas sin excepción alguna”³². La sujeción misma del Estado al ordenamiento jurídico impide la aplicación arbitraria de las leyes por los órganos estatales; con esto parece necesario adecuar y verificar, en la forma más completa posible, la idea del *principio de legalidad* a la definición de ZIPF: los tipos penales en particular, y el derecho penal material en su conjunto³³, hacen obligatoria la puesta en marcha de las sanciones penales, y con ello parece necesario aceptar la obligación del Estado de imponer la pena³⁴, que consecuentemente ordena la indagación y la persecución de los hechos punibles, valiéndose de todos los medios posibles.

El aspecto formal de la concepción de Estado de derecho, retomado aquí, exige estrictamente la aplicación y la ejecución de las respectivas disposiciones legales, sin referirse a su contenido concreto; lo mismo puede afirmarse de la concepción de la legitimación democrática, la cual exige la realización de la voluntad popular a que acude la ley³⁵. De ninguna manera va contra tal concepción promulgar y ejecutar disposiciones legales que delimiten el deber de aplicación de las reglamenta-

²⁹ Cfr. por ej., GEERDS, *Schröder-Gedächtnisschrift* 1978, pág. 389; HEYDEN (pie de pág. 10), pág. 3; LÜTTGER, GA 1957, págs. 193 y ss.; SCHRÖDER, *Peters-Festschrift* 1974, págs. 411 y 413 y ss.; WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen* 1978, pág. 17; cfr. además las tesis doctorales de HERTZ, *Die Geschichte des Legalitätsprinzips im Strafverfahren*, Freiburg, 1935, pág. 1 y de JEUTTER, *Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips im Strafverfahren*, München, 1976, págs. 6 y ss.

³⁰ MITTERMAIER, en *Aschrott, Reform des Strafprozesses*, 1906, págs. 148 y 149.

³¹ Véase *supra*, II, 1 b).

³² Pie de pág. 10, pág. 10.

³³ Excepción, por ej., § 60 StGB.

³⁴ Así, por ej., VON KRIES, *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*, 1982, pág. 267.

³⁵ HEYDEN (pie de pág. 10), pág. 11.

ciones penales materiales, en cierto modo contrapuestas, hasta llegar a su derogatoria; el principio de la sujeción legal y la consecuente obligación de todas las autoridades estatales de aplicar las disposiciones legales sin excepción, obliga a observar el principio de legalidad legalmente formulado, así como las excepciones legales previstas. Una ley que colocara la ejecución penal, sometida al Estado de derecho, al arbitrio de las autoridades de ejecución, sería, de conformidad con ello, tan compatible con la obligación de proceder de manera estrictamente legal, como una que ajustara el deber de persecución al principio de legalidad³⁶.

2) Claro está que, naturalmente, son solo los aspectos materiales del principio de Estado de derecho los que permiten estudiar el contenido de las disposiciones legales concretas. Ahora debemos preguntarnos si el elemento de la concepción de Estado de derecho que apunta hacia la realización de la justicia material conduce a la afirmación del deber de persecución penal, y si esto es cierto, en qué proporción.

Antiguamente se exigía a menudo una completa y continua persecución penal, en el sentido de un principio ideal de legalidad. Según el concepto de BIRKMEYER, el hecho punible “quebranta el ordenamiento jurídico”³⁷, por lo cual “la justicia... en aras del interés público, exige expiación... por medio de la sanción del delincuente, gozando el Estado de la facultad de imponer el castigo”³⁸ y obligado a la persecución “en favor de la justicia” y sin que ello implique “su libre disposición”³⁹. A pesar de que, ciertamente, es posible una concepción de “justicia” como la anterior, resulta muy dudoso que el principio de Estado de derecho conciba esta acepción de justicia en el derecho vigente, y que, por ende, obligue al derecho estatal a una persecución penal total, descartando sus excepciones.

A pesar de que con lo dicho en principio se evidencia el elemental desconocimiento de la “justicia”, hay que tener presente que no se indaga sencillamente por esta, sino por la concepción que sustenta el principio de Estado de derecho dentro del derecho estatal vigente. De ello se deduce que las concepciones acerca de la justicia, emanadas de las diversas teorías de la pena, pueden concordar con una idea de justicia deducida del Estado de derecho, pero estas resultan inútiles para la contestación del interrogante formulado aquí⁴⁰, en la medida en que se acuda al riguroso concepto de MITTERMAIER, para quien el principio de legalidad “no tiene nada que ver con el Derecho Penal”⁴¹.

³⁶ También ya en JAHRREISS, *Lange-Festschrift* 1976, págs. 765, 774; véase además a WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 67; de otro parecer HEYDEN (pie de pág. 10), pág. 13.

³⁷ *Deutsches Strafprozessrechts*, 1898, pág. 64.

³⁸ Pie de pág. 37, pág. 63.

³⁹ Pie de pág. 37, pág. 64; Otras fundamentaciones en WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 65.

⁴⁰ El problema de si las llamadas “doctrinas retributivas” que se designan con razón como teorías absolutas de la pena, efectivamente guían a la concepción de BIRKMEYER arriba expuesta, no conduce a nada (pero cfr. por ej., ROXIN, pie de pág. 6, pág. 62). Esta pregunta debe ser respondida, naturalmente, en forma negativa; cfr. al respecto GÖSSEL, *Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht* 1, 1974, por ej., págs. 178 y ss., 183 y ss., 208 y ss.

⁴¹ En *Aschrott* (pie de pág. 30), págs. 148, 149.

A pesar de que la problemática del concepto de justicia contenida en el derecho constitucional no puede seguirse aquí en forma completa y absoluta, sí se acepta generalmente que el principio de igualdad contenido en el art. 3° de la Ley Fundamental (GG) constituye un elemento importante en la justicia material, motivo por el cual se reduce aquí, según la doctrina dominante, a buscar la “justa” persecución penal en el marco del principio de legalidad, teniendo en cuenta la igualdad de los destinatarios del derecho en el sentido del art. 3° de la GG, en lo que respecta a la persecución penal⁴². En vista de que, nuevamente, se impone el conocimiento elemental del en principio irreconocible asunto de la “igualdad”, se tiene que imponer la salvaguardia de la igualdad a que alude el art. 3° de la GG, ya que generalmente se reconoce que “el principio de la igualdad” solo prohíbe que “lo esencialmente se trate en forma desigual”.

El principio de igualdad se viola cuando no se encuentra un argumento razonable (ya sea dado por la naturaleza de las cosas o por algún otro fundamento objetivo) para la diferenciación legal o el trato igualitario; en otras palabras, cuando la determinación se tiene que calificar como arbitraria⁴³. Con base en ello, podemos ahora responder a la pregunta formulada con anterioridad: la protección y la realización de la justicia material, requeridas por el principio de Estado de derecho, y limitadas a su vez por la salvaguardia del principio de igualdad, no exigen propiamente la total y estricta persecución de los hechos punibles, sino que más bien prohíben las decisiones arbitrarias en lo tocante a la persecución de los hechos delictivos⁴⁴. Pero, al mismo tiempo, esto significa que el Estado obligado a cumplir con la justicia material no está forzado, de ningún modo, a basarse enteramente en el principio de legalidad en lo relativo a la persecución penal; por el contrario, el legislador es libre para regular la actividad estatal de persecución penal en forma diferencial, siempre y cuando la diferenciación escogida esté basada en puntos de vista justos y objetivos, teniendo en cuenta, además, la prohibición de la arbitrariedad⁴⁵.

3) Teniendo en cuenta la unión que existe entre el aspecto formal del Estado de derecho vinculado a la ley, por una parte, y el aspecto material del mismo que orienta sus actividades estatales según las normas judiciales, por otra, el Tribunal Federal Constitucional ha reconocido que la “idea de justicia”, al lado de la consideración del principio de igualdad, exige también “la subsistencia de una actividad judicial funcional, sin la cual se contribuiría a quebrantar la justicia”⁴⁶. Esta obli-

⁴² También ya en JAHRREISS (pie de pág. 36), pág. 774; WILLMS, JZ 1957, pág. 465; por la igualdad en el sentido de la distribución de la justicia, se expresan GEERDS, *SchiHA* 1964, págs. 57, 58 y SCHMIDHÄUSER, JZ 1973, págs. 529, 530; cfr. además PETERS (pie de pág. 3), pág. 158 y GRAUHAN, GA 1976, págs. 225, 238, quienes ubican los conceptos de tratamiento igualitario y de justicia como conceptos independientes entre sí, pero uno al lado del otro.

⁴³ BVerfGE 1, 14, 52; que es la jurisprudencia dominante. De acuerdo HESSE (pie de pág. 11), pág. 178; así también MAUNZ (pie de pág. 15), pág. 145.

⁴⁴ Cfr. por ej., WILLMS, PETERS, GRAUHAN y JAHRREISS como en la nota 42.

⁴⁵ En el mismo sentido WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 76 y ZIFF (pie de pág. 5), pág. 498; GRAUHAN, GA 1976, págs. 225, 238; véase además a JUNG, *Straffreiheit für den Kronzeugen?*, 1974, pág. 61.

⁴⁶ BVerfGE, 33, 367, 383 con otras referencias; de otra opinión GRÜNWARD, JZ 1976, pág. 773; contra la opinión dominante, cfr. por ej., RIESS, *NSStZ* 1981, págs. 2, 5 y GÖSSEL, *ZStW*, tomo 94 (1982), págs. 26 y ss.

gación se concreta, expresamente, en una decisión posterior: "El Estado de derecho solo se realiza cuando esté totalmente seguro que al delincuente se le persiga, se le dicte sentencia y se le aplique una pena justa, dentro del marco de la ley vigente... que brinde protección al principio de Estado de derecho, al cometido del Estado de velar por la seguridad de los ciudadanos, y de proteger su confianza en la funcionalidad de las instituciones estatales y el derecho de todos a exigir un tratamiento igualitario para el acusado en el proceso penal, logrando, fundamentalmente, que se lleve adelante la pretensión penal"⁴⁷.

Con esto, el Tribunal Federal Constitucional reconoció una especial obligación del Estado de "investigar por medio de sus órganos hasta llegar a caminos conducentes a la justicia, y de decidir si, y en qué medida, subsiste la punibilidad del hecho"; obligación que HENKEL define como "deber de conceder la justicia" y la cual describe, con mucha razón, como resultado de la máxima aceptación por parte del Estado, de la antigua actividad privada de persecución penal: "el derecho penal adoptado por el Estado contiene, como correlato, el deber de conceder la justicia"⁴⁸. Esta concesión, así entendida, asienta sus raíces en el mantenimiento de una actividad judicial funcional dentro del Estado de derecho⁴⁹.

Apenas ahora la concepción del Estado de derecho permite una primera afirmación acerca del principio de legalidad. El principio del mantenimiento de una actividad judicial funcional obliga al poder estatal respecto del principio de legalidad, de manera tal, que el derecho a imponer penas debe, por principio, llevarse a cabo⁵⁰. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional reconoce una serie de excepciones estrictamente delimitadas, como lo denota la expresión "por principio", que "facultan o prescriben al Estado una abstención en el proceso de la persecución penal bajo determinadas circunstancias"⁵¹; estas excepciones ya habían sido reconocidas antes por el Tribunal Federal Constitucional bajo el "principio de proporcionalidad entre el medio y el fin"⁵², que constituye un elemento de la justicia material compensadora en el Estado de derecho⁵³.

⁴⁷ BVerfGE 46, 214, 222 y ss.

⁴⁸ *Strafverfahrensrecht*, 2ª edición, 1968, pág. 15.

⁴⁹ Así E. SCHMIDT, *Lehrbuchkommentar zur StPO und zum GVG*, parte I, 1964, núms. marginales 16 y ss., 385 y ss., deduzca el deber de conceder justicia, proveniente de la Ley Fundamental, de la concesión del derecho a ser oído (art. 103, inciso 1º de la GG); sin embargo, debe observarse, este derecho solo llega a ser real después que a los destinatarios de él (por ej. en el art. 19, inc. 4º GG) se les haya abierto la posibilidad de acudir directamente a los tribunales. Nadie puede por ello estar expuesto a que, por ejemplo, se le persiga por acudir directamente al tribunal. Lo mismo puede decirse, en tanto que en la "negación formal de la justicia" se vea una ofensa al derecho, dirigida al juez legal (art. 101, inciso 1º, párr. 2º GG); cfr. BVerfGE 3, 359, 364. Por lo demás, son también elementos del principio de Estado de derecho los arts. 101 y 103 GG.

⁵⁰ Cfr. BVerfGE 46, 214, 222 y ss.

⁵¹ BVerfGE 46, 214, 223.

⁵² BVerfGE 16, 194, 202.

⁵³ Véase al respecto a HOLZLÖHNER, *Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit als Prinzipien des Strafverfahrens*, tesis doctoral 1968, págs. 119 y ss.; a WITT, *Verhältnismässigkeitsgrundsatz...*, tesis doctoral, Mainz, 1968, pág. 57; además BVerfGE 19, 342, 348 y ss.; y a SCHULTZ/LEPPIN, en *Jura*, 1981, págs. 521, 529 y ss.

Con ello se puede afirmar lo siguiente: el principio de Estado de derecho obliga de suyo al Estado, sin descartar las excepciones, a perseguir las actividades punibles, razón por la cual se debe reconocer efectivamente el principio de legalidad como un cometido del procedimiento del Estado de derecho⁵⁴. Ahora podemos también responder la pregunta inicial: la actividad de persecución penal estatal se ha comprobado como totalmente dependiente de los cometidos del Estado de derecho; por otro lado, el principio del mantenimiento de una actividad judicial funcional dentro del Estado de derecho conduce a un deber de persecución penal, que no se sostiene estrictamente en el sentido de un principio de legalidad ideal. El principio de la proporcionalidad, arraigado también en el principio de Estado de derecho, permite excepciones; por ello el legislador es libre de regular el contenido y la forma del principio de legalidad, y parece razonable apreciar la actual formulación legal del mismo en forma crítica.

c) Por ello, se puede sostener que de entrada el principio de legalidad puede definirse como una obligación —sin excepciones— para la persecución penal en general, al igual que como un mero deber de persecución que admite y reconoce excepciones. Como el principio de proporcionalidad el Estado de derecho permite y probablemente hasta imponga excepciones a la obligación de persecución penal, se recomienda definir el principio de legalidad como una obligación del poder estatal para la persecución penal, que admite excepciones.

Antes de intentar una definición es importante considerar otra idea: el poder del Estado está dirigido a la conservación de una actividad judicial funcional de conformidad con el principio de Estado de derecho, a efectos de realizar la pretensión penal⁵⁵; lo mismo acontece ciertamente, con la actividad de persecución penal en su totalidad⁵⁶, desde la investigación hasta la ejecución de la pena, permitiendo lógicamente excepciones durante todo el proceso de persecución. Se puede, entonces, ahora, formular una precisión al contenido del principio de legalidad: comprende la persecución penal desde la investigación de los hechos punibles, pasando por el juzgamiento, hasta la aplicación de la sanción correspondiente y su ejecución, con la posibilidad de reanudación del procedimiento.

De conformidad con lo expresado, el principio de legalidad se debe entender fundamentalmente como *la obligación del poder del Estado para la persecución penal de hechos punibles durante todo el lapso de duración del procedimiento*.

⁵⁴ Por ello no se puede pasar por alto que una serie de Estados con una larga tradición, propia del Estado de derecho, aún hoy vigente, como los Estados Unidos y Holanda, hayan estatuido el principio de oportunidad (basta con cfr. a WEIGEND —pie de pág. 29—, pág. 14). Si solo por este hecho se negara la derivación del principio de legalidad del Estado de derecho, la discusión se tornaría exageradamente reducida y restringida. Por lo demás, debe observarse que las experiencias con el principio de oportunidad en el extranjero no son todas positivas (basta con cfr. en Holanda a WEIGEND aaO, págs. 91 y ss.), y que, finalmente, ello no ha impedido que también en Estados con una indudable organización, orientada hacia los postulados del Estado de derecho, se encuentren elementos que vayan en contra del mismo, en casos especiales: el "trueque" entre el *si* y el *cómo* de la acusación, en Estados Unidos, nos sitúa cuando menos, ante este problema. Por lo demás, debería aclararse en un examen más detenido del principio de oportunidad en los ordenamientos jurídicos extranjeros, si estos contienen, según el caso, un deber de persecución.

⁵⁵ *Supra*, III, I, b, antes de I).

⁵⁶ *Supra*, III, I b, 3).

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE "LEGE LATA"

Si el principio de legalidad comprende la actividad de persecución penal total por parte del poder estatal, hay que observar, al estudiar y enjuiciar la formulación legal del mismo, la división del poder punitivo que corresponde al principio de separación de poderes; en este caso se observará, por lo tanto, especialmente la separación de la rama jurisdiccional en el sentido del art. 92 de la GG respecto a su correspondiente actividad judicial sentenciadora, de la actividad puramente fiscalizadora, que implica la iniciativa de proteger la actividad judicial mediante la acusación en todas sus formas, al lado de la actividad investigativa y omitiendo especialmente la querrela privada⁵⁷.

a) Para la actividad de la fiscalía, su cometido principal es la imposición constante de la persecución penal, como lo señalan los §§ 152, inciso 2° y 170, inciso 1° StPO, la cual se acentúa principalmente como obligación general de indagación en el § 160 StPO, y la ejecución de determinados actos de averiguación por medio de poderes especiales conferidos a ella por ejemplo en el § 100 StPO⁵⁸.

1) La actividad de la fiscalía, dispuesta en el § 152, inciso 2° StPO, de "intervenir en todos los hechos perseguibles penalmente", se ha concretado mejor en los §§ 160, inciso 1° y 170, inciso 1° StPO: por una parte, la investigación de los hechos, y por otra, la aplicación de su derecho de iniciativa suministrado por la acusación, para la protección de la actividad judicial de persecución penal⁵⁹. Pero con ello no se ha analizado aún profundamente la actividad de persecución penal de la fiscalía; ciertamente el poder de decisión sobre el proceso *, pasa de la fiscalía al tribunal en el momento de formularse el enjuiciamiento, pero la obligación de indagación del hecho demora aún durante el procedimiento judicial y puede extenderse hasta la ejecutoria de la clausura a través de la interposición del recurso de revisión⁶⁰; y fuera de eso la fiscalía está obligada a hacer prevalecer la pretensión penal para la presentación de la acusación en el procedimiento judicial, bajo determinadas circunstancias, para interponer los recursos legales⁶¹.

La misma ley no estatuye excepciones sin importancia a esta obligación de persecución, así determinada por su contenido.

2) La obligación de intervenir, dispuesta en el § 152, inciso 2° StPO, está primariamente ligada a la expresión "indicios suficientes y verdaderos": La fiscalía en ningún momento está obligada a emprender investigaciones sobre hechos

⁵⁷ BVerfGE 46, 214, 222 y ss.

⁵⁸ Sobre ello, véase a GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 333 y ss.

⁵⁹ Cfr. SCHRÖDER (pie de pág. 29), págs. 413 y ss.

* Literalmente, la expresión "Verfahrensherrschaft" (pág. 131 del texto original), equivale a "dominio procedimental"; sin embargo, preferimos traducirla por "poder de decisión sobre el proceso", para hacer más comprensible el fenómeno que se presenta, una vez que el fiscal realiza la acusación según el 170 inciso 1 StPO. N. de la T.

⁶⁰ Cfr. por ej., SCHRÖDER (pie de pág. 29), pág. 413; WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 17; LÜTTGER, GA 1957, pág. 193. véase además la nota 29.

⁶¹ Cfr. al respecto KMR-MÜLLER, *Kommentar zur StPO*, 7ª edición, § 161, núm. marginal 1 y GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht* 1977, pág. 116.

dudosos⁶² o a llevar a cabo otras pesquisas acerca de estos hechos, en los cuales tendría derecho a intervenir según el § 152, inciso 2° StPO⁶³. La obligación de persecución penal de la fiscalía apenas entra en actividad cuando conoce positivamente de ciertas circunstancias constitutivas de hechos indicadores de que *realmente* se cometieron actos punibles, motivo por el cual la fiscalía tiene un margen de decisión surgido de la naturaleza de las cosas; se le da autonomía para decidir sobre el problema de si los hechos de los que conoce constituyen indicios suficientes de la comisión de un hecho punible. Lo mismo acontece con el deber de formular la acusación según el § 170 StPO; este deber solo existe cuando la fiscalía llega a la conclusión de que las pesquisas llevadas a cabo "constituyen motivo suficiente para formular la acusación pública", y es únicamente de su competencia el responder este interrogante, afirmándolo con la consecuente obligación de formular la acusación, o negándolo con su respectiva actitud de conformidad con el contenido del § 170, inciso 2° StPO.

3) La obligación de intervención solo hace referencia a los hechos punibles: también aquí compete a la apreciación de la fiscalía la perseguibilidad bajo determinados criterios, de la inmunidad o de la falta de presupuestos de procedibilidad, como por ejemplo para valorar la querrela.

4) La limitación básica al deber de persecución penal está contemplada en el § 152, inciso 2° parte 1ª StPO, hasta el punto de que permite excepciones legales a la obligación de persecución penal.

El § 376, en concordancia con el § 377, inciso 1° StPO, describe una excepción de importancia: en los delitos de querrela privada existe el deber de acusación solamente en los casos en que se presente un interés público respecto a la persecución penal; de resto no, y solo la fiscalía tiene la facultad de intervenir en el procedimiento iniciado por el acusador privado, pero no está obligada a ello. Respecto a esta *intervención*, la ley concede a la fiscalía un amplio margen de decisión *no precisado* en las mismas disposiciones legales, mientras que en lo referente al *deber de acusación*, tal margen de decisión está determinado con base en el *interés público* existente en el caso concreto, pues solo cuando la fiscalía afirma este interés, está obligada a formular la acusación⁶⁴. Lo mismo ocurre en los casos de delitos perseguibles mediante querrela, en los cuales la falta de ella por parte del ofendido puede ser reemplazada por la explicación de la fiscalía sobre la existencia de un interés público especial en la persecución penal (por ejemplo el § 232 StGB).

Como último grupo de limitaciones legales al principio de legalidad, hay que mencionar, finalmente, las posibilidades de archivo de los §§ 153 y siguientes StPO, en las que, bajo ciertas condiciones legales, se reconoce a la fiscalía un determinado margen de decisión sobre si se continúa o se desiste de la persecución penal.

⁶² De igual manera PETERS (pie de pág. 3), págs. 161 y ss.; cfr. sin embargo a ZIPF (pie de pág. 5), pág. 489.

⁶³ Cfr. al respecto ejemplos históricos en WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 25.

⁶⁴ Cfr. GÖRCKE, ZStW tomo 73 (1961), págs. 561, 573.

b) Es además también factible, de conformidad con el § 163 StPO, considerar el deber de indagación de hechos punibles por parte de la policía⁶⁵. No obstante, se hace necesaria una precisión: el § 163 StPO, según la opinión generalizada, otorga a la policía una competencia especial, la cual en ningún momento afecta la competencia general de investigación de la fiscalía, pues también en los casos del § 163 StPO ella permanece dueña del proceso de indagación, como se deduce del § 163, inciso 2° StPO⁶⁶. En conclusión, el deber de indagación de la fiscalía, aunque *en forma indirecta* y derivada, lo posee también la policía.

A pesar de esta validez indirecta, la policía está sometida al deber de persecución penal en forma mucho más estricta⁶⁷ que la fiscalía. Las excepciones arriba mencionadas (2 a 3) solo operan para la fiscalía, por lo cual la policía no puede abstenerse de las indagaciones respectivas sobre hechos punibles, desde el punto de vista de los §§ 376, 153 y siguientes StPO. Lo mismo puede afirmarse en lo que toca con la persecución penal de hechos punibles, pues la policía tiene que fundamentar sus indagaciones en determinadas circunstancias de perseguibilidad, pero tiene que dejar a la fiscalía la decisión sobre la persecución penal, ya que únicamente ella tiene derecho, en caso de falta de perseguibilidad, de suspender el proceso y la actividad averiguatoria (§ 170, inciso 2° StPO). Pero, la policía no se encuentra tampoco del todo sin margen de decisión alguno, ya que si se presenta la posibilidad de indagación de un hecho punible, en el sentido del § 163, inciso 1° StPO, tiene la libertad de valoración, salvaguardada por la ratificación *de iure* dada por la fiscalía (en ocasiones *de facto*), según lo estatuye el § 163, inciso 2° StPO; justamente, es aquí donde la policía se extralimita a menudo. Por el hecho de no dar noticia a las fiscalías, no se llegan a aclarar delitos denunciados, cometidos por niños y personas “consideradas” por las autoridades como inimputables (inclusive en casos de hurto, prescindiendo por lo demás de los delitos contra la propiedad), y, en parte, bajo el desconocimiento de los §§ 423 y siguientes StPO, se omite la indagación de los delitos denunciados, con el pretexto de que la persecución penal “no vale la pena”.

c) El deber de persecución judicial en lo relativo a la acción y a la persona acusada está expresamente previsto en el § 155, inciso 2° StPO, y por otra parte, en el deber judicial de esclarecimiento (§ 244, inciso 2° StPO), con respecto al hecho designado en la acusación después del resultado del plenario (§ 264 StPO).

1) La persecución penal está esencialmente ligada al hecho de que los acusados parezcan “lo suficientemente sospechosos” de la comisión de un hecho punible (§ 203 StPO). Esta regla también es válida para el procedimiento de querrela privada (§ 383, inc. 1° StPO), que concede al tribunal un poder de decisión similar al que otorga el § 152, inciso 2° a la fiscalía: si el conjunto de pruebas expuestas por la fiscalía o por el acusador privado constituye indicio suficiente de la comisión

⁶⁵ Cfr. al respecto MITTERMAIER en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 154; GEERDS, *Schröder-Gedächtnisschrift* 1978, pág. 389, con otras referencias.

⁶⁶ Para más detalles, véase a GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 345 y ss.

⁶⁷ Cfr. sobre ello a WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 41 y ss.

de un hecho punible, es de competencia del tribunal, al que se acude por vía de recurso, su conocimiento (§§ 210, inc. 2°, 383, inc. 2°, párr. 2° StPO, y por lo demás con los recursos de apelación y revisión).

2) En primera instancia, también existen aquí excepciones al deber de persecución. Seguidamente, hay que mencionar las disposiciones en las cuales ya el derecho penal material (por ejemplo por desistimiento de la tentativa según el § 24 StGB), hace desaparecer la punibilidad del hecho descartando la obligación de persecución y por ende la presencia de una condena. Por lo demás, el tribunal puede, con base en la competencia que se le asigna, descartar la sanción por las consecuencias dirigidas contra el autor del hecho punible, según el § 60 StGB; asimismo puede decidir sobre los obstáculos en el procedimiento, o sobre la falta o insuficiencia de las condiciones preexistentes, y por ello entrar a archivar el proceso (§§ 206a, 260, inc. 3° StPO).

3) Finalmente, hay que nombrar también aquí los §§ 153 y siguientes, que consagran algunos eventos respecto de los cuales el tribunal, bajo determinados presupuestos legales, posee un margen de decisión en lo relativo a la continuación de la persecución penal, o al archivo del proceso.

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE “LEGE LATA” A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO

Una visión crítica de la ya mencionada formulación legal del principio de legalidad (sección III-2 arriba expuesta), en el sentido de la sección III-1c, conforme al Estado de derecho, tiene que ser limitada en algunos aspectos por razones de espacio. Con ello hay que tener en cuenta, principalmente, que a los órganos estatales encargados de la persecución penal se les concede cierto margen de decisión, sujeto en mayor o menor grado a criterios legales, para decidir si y en qué proporción debe efectuarse la persecución penal⁶⁸.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Como ya se expuso detalladamente en páginas anteriores, la administración de justicia penal compete, en el sentido más amplio, a las tres ramas del poder estatal: en cuanto a las normas legales en el sector del derecho penal total, incluyendo el procedimiento penal, a la legislativa; con respecto a la actividad judicial sentenciadora, a la jurisdiccional; y, por lo demás, en lo referente a la aplicación de las normas dadas por el legislador, a la ejecutiva⁶⁹. Esta clasificación de contenido está asegurada formalmente, entre otras razones, debido a que, con las actividades averiguatorias y sentenciadoras de la persecución penal dentro del proceso, existen dos etapas diferentes sometidas al imperio de dos órganos completamente distintos

⁶⁸ Véase *supra*, III, 2 a 2), 3), 4); III, 2 b); III, 2 c 1), 2), 3).

⁶⁹ GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 333.

y separados: la actividad averiguatoria perteneciente al órgano ejecutivo, y al mismo tiempo la actividad policial bajo la tutela de la fiscalía; y la sentenciadora, como actividad judicial perteneciente al órgano jurisdiccional⁷⁰.

Si actualmente se considera que el principio de la separación de poderes tiene el evidente propósito de impedir, en lo máximo posible, "cualquier aspiración inmanente al ejercicio del poder estatal en forma ilimitada" y finalmente arbitraria, por medio de la instauración de ramas del poder controlables y delimitables entre sí⁷¹, es el momento oportuno para que formulemos un primer interrogante esencial: ¿El perfeccionamiento legal del principio de legalidad tiene en cuenta el principio de la separación de poderes en cuanto a la organización del procedimiento penal? De la gran variedad de interrogantes que podrían formularse aquí, solo algunos se traen a la discusión.

a) En primer término se debería recordar una noción elemental y de carácter general, que nos permite diferenciar la punibilidad de un determinado comportamiento, de la persecución penal del mismo. De aquí se desprende una consecuencia esencial: en virtud de que el art. 103, inciso 2º del GG y el § 1 del StGB, exigen forzosamente una *concreción legal* de la punibilidad, ni la fiscalía ni la policía ni los tribunales pueden fijar la punibilidad de un "determinado comportamiento en la realidad social"⁷². Aunque de aquí se infiere, en principio, la reserva del derecho material para la concreción de la punibilidad⁷³, no necesariamente se exige estatuir excepciones al deber fundamental de la persecución penal solo para el derecho procesal, exceptuando estrictamente los criterios materiales⁷⁴; debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que los casos de archivo del proceso, de conformidad con los §§ 153 y siguientes de la StPO, se encuentran limitados por "la función reguladora del derecho penal material"⁷⁵, considerando con posterioridad la posibilidad, en mayor medida, de intercambio entre las regulaciones del derecho material y el derecho procesal⁷⁶, y negando la estricta separación entre el derecho material y el formal⁷⁷. Por ello, debe dejarse al arbitrio del legislador el plantear una delimitación del principio de legalidad en el sentido aquí definido, acudiendo a una delimitación general de las disposiciones de punibilidad del derecho material, o bien mediante una delimitación general de la persecución de hechos punibles previstos en el derecho penal material.

Lo mismo puede decirse en lo que respecta al concepto de "culpabilidad ínfima" en los §§ 153, 153a de la StPO⁷⁸, si bien la culpabilidad es un elemento del delito

⁷⁰ GÖSSEL (pie de pág. 69), págs. 333 y ss., y 336.

⁷¹ GÖSSEL (pie de pág. 69), págs. 333 y ss.

⁷² RIESS, NStZ 1981, págs. 2, 4 y ss.

⁷³ RIESS, NStZ 1981, pág. 5.

⁷⁴ Cfr. respecto a esta problemática, por un lado a HEINITZ, *Rittler-Festschrift* 1957, págs. 327 y ss., y de otro lado a NAUCKE, *Maurach-Festschrift*, 1972, pág. 197, especialmente págs. 204 y ss.

⁷⁵ VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, 1978, pág. 261.

⁷⁶ VOLK (pie de pág. 75), pág. 263.

⁷⁷ VOLK (pie de pág. 75), págs. 99 y 267.

⁷⁸ De otra opinión NAUCKE (pie de pág. 74), págs. 206 y ss.

y no una cantidad mínima del mismo en cualquier forma. Como hay que tener en cuenta el grado de culpabilidad, fuera de los presupuestos de las consecuencias jurídicas del delito, en la medición de la pena según el § 46 StGB, no hay razón alguna para no tomar en cuenta, en la actividad de persecución penal de la fiscalía, un pequeño grado de culpabilidad, y con la intervención de los demás requisitos, en la suspensión de la persecución penal.

b) Queda como tarea impedir que los diversos órganos de persecución penal sobrepasen los límites de competencia en sentido amplio, en la toma de decisiones acerca de las medidas de persecución penal⁷⁹.

1) La viva y compleja polémica, sobre todo en los años sesenta, acerca de la ubicación de la fiscalía en el órgano jurisdiccional, parece hoy definitivamente zanjada. Del hecho de que los efectos de las decisiones judiciales no recaigan sobre las decisiones fiscales⁸⁰, y de que la ubicación de la fiscalía en el ámbito del órgano jurisdiccional hubiese traído consigo la unión de las actividades averiguatoria y sentenciadora, de acuerdo al superado proceso inquisitivo del derecho común, ha llevado a que, actualmente, por lo general, la fiscalía no se asocie al poder jurisdiccional⁸¹, y de acuerdo con la concepción aquí defendida, no expuesta más a profundidad, a que la fiscalía forme parte de la administración de justicia dentro del órgano ejecutivo⁸².

Pero con ello no está aún decidido si la fiscalía, en determinados casos *de facto*, dentro de su actividad de persecución penal, toma decisiones que son de posible naturaleza judicial respecto a su contenido y que se las ha atribuido violando el principio de la separación de poderes.

2) Antes se sostenía, a veces, la tesis según la cual la fiscalía obraba legalmente, en forma independiente del poder judicial, en lo tocante a la decisión de formulación de la acusación y al archivo del proceso según el § 170 StPO; especialmente para la formulación de la acusación⁸³. Justamente, debe observarse, lo que generaba las fallas del proceso inquisitivo del derecho común era el hecho de que el tribunal poseía la iniciativa para su propia actividad sentenciadora; esta desventaja fue anulada al dividir la actividad de persecución penal, de acuerdo con el principio de la separación de poderes, mediante el traspaso de la actividad acusadora a la fiscalía, completamente independiente y separada del tribunal sentenciador⁸⁴. La formulación de la acusación y la decisión al respecto no pueden ser tomadas, por consiguiente, en el moderno proceso penal, como actividades judiciales según su naturaleza; la opinión opuesta, al respecto, lleva nuevamente al superado proceso inquisitivo del derecho común.

⁷⁹ Por ello el principio de legalidad de ninguna manera "se desmaterializa en el sentido de una simple cuestión de competencia"; cfr. SCHRÖDER (pie de pág. 29), pág. 425, sino que únicamente se observa la significación del principio de separación de poderes para el principio de legalidad.

⁸⁰ EB. SCHMIDT, MDR 1964, págs. 629, 631, con otras referencias.

⁸¹ GÖSSEL, GA 1980, pág. 335.

⁸² Véase al respecto a GÖSSEL, GA 1980, págs. 336 y ss.

⁸³ Cfr. por ej., GÖBEL, NJW 1961, 856, 858.

⁸⁴ Véase más ampliamente en GÖSSEL, GA 1980, pág. 334.

3) Las posibilidades de archivo del proceso, abiertas a la fiscalía por medio de los §§ 153 y siguientes de la StPO, son miradas en ocasiones como decisiones de fondo, atendiendo a su contenido⁸⁵. Sin embargo, debe observarse también que la fiscalía, de hecho, puede decidir no formular la acusación y ordenar el archivo del proceso; por ello, al igual que en la decisión consagrada en el § 170 StPO, surge la pregunta de si también en los casos de los §§ 153 y siguientes StPO, las decisiones de la fiscalía deberían llevar a que esta tomara la iniciativa para la sustanciación del proceso, o no. El hecho de que la decisión acerca de la continuación de la persecución penal, a diferencia de los casos del § 170 StPO (por ejemplo de la [no] existencia de un interés público —en los casos de los §§ 153, 153a StPO—, o de un interés estatal determinado —en el caso de los §§ 153c, 153d, 153e StPO— en la persecución penal), y que esta decisión puede guiar a la finalización del procedimiento penal, no dice nada acerca de si se presenta esencialmente una actividad judicial; por el contrario, no se entiende por qué en estos casos la persecución penal no se puede suspender en todas las etapas del procedimiento penal. La propuesta de ZIPF, de dar forma a las causales de suspensión como presupuestos del procedimiento⁸⁶, ciertamente tendría este resultado.

Por lo demás, es de observarse también que la ley, en algunos eventos, en los §§ 153 y siguientes StPO, otorga al tribunal la posibilidad de archivo del proceso, cuando el procedimiento pende de este (cfr. por ejemplo los §§ 153a, inciso 2°, 153b, inciso 2° StPO). En lo que toca a la subordinación de la decisión de archivo del proceso a la actividad judicial o fiscalizadora, no son decisivos los respectivos presupuestos de archivo del proceso, reglamentados, ni tampoco la consecuencia de la conclusión del proceso, sino solo el problema de determinar cuál actividad concreta de archivo del proceso es afectada, y en cuál fase concreta del procedimiento. Las suspensiones del enjuiciamiento que llevan a la evitación del mismo, constituyen exclusivamente actividad de la fiscalía, aunque en parte es necesario el consentimiento judicial⁸⁷.

Este resultado es muy discutido con respecto a la suspensión de conformidad con el § 153a StPO, en cuanto a que “la verdadera consecuencia jurídica del § 153a... no la constituye la suspensión del procedimiento, sino la imposición de sanciones con propósitos penales en forma de imposiciones y órdenes”⁸⁸, y porque “desplaza el sistema de la separación de poderes en la justicia interna, perteneciente a la naturaleza del proceso acusatorio entre el juez y el fiscal”, y asociando esta “prescripción en un ámbito parcial de competencias averiguatorias y sancionatorias en manos del fiscal”⁸⁹. Ahora, con fundamento en las impresionantes exposiciones de KAUSCH, es poco discutible que el legislador toma las imposiciones mencionadas

⁸⁵ Cfr. por ej., HEINITZ (pie de pág. 74), pág. 336.

⁸⁶ Pie de pág. 5, págs. 501 y ss.

⁸⁷ Véase al respecto *infra*, 3.

⁸⁸ KAUSCH, *Der Staatsanwalt-ein Richter vor dem Richter?*, 1980, pág. 65.

⁸⁹ KAUSCH (pie de pág. 88), págs. 241 y ss.

en el § 153a, inciso 1° StPO como sanciones sin sentencia penal⁹⁰. Pero como, por ejemplo, las severas consecuencias del delito que sufre el autor, pueden ser tomadas en cuenta por el juez (§ 60 StGB), e igualmente por la fiscalía durante la formulación de la acusación (§ 153b StPO), no se entiende por qué la fiscalía no pueda tomar un acto determinado, posterior al hecho punible, como motivo para negar el interés público en la persecución penal, y por esta razón, prescindir de la formulación de la acusación⁹¹. Por lo demás, hay que observar que estas imposiciones no se fijan por una “mano superior”, sino que solo pueden imponerse con el consentimiento del acusado, a pesar de su carácter sancionador; el hecho de que esta voluntariedad tenga un carácter ficticio con respecto a la pena amenazada —más fuerte—, aparece como una conjetura jurídica dudosa, en las experiencias de la práctica cotidiana, en la que, en la mayoría de las ocasiones se opta por la disposición del archivo, sea con el asentimiento de la fiscalía o del tribunal⁹².

Así mismo, la comparación con el desistimiento del recurso legal, traída por KAUSCH, no es muy convincente⁹³. Es poco comprensible poner en el mismo plano la fijación de imposiciones dependientes del asentimiento del acusado con el desistimiento de los recursos legales contra la sentencia, en oposición a las sanciones penales fijadas por el pronunciamiento judicial; a pesar de la fijación de las sanciones ligadas con ello, el archivo, según el § 153a StPO, no se puede mirar principalmente como una actividad sentenciadora en el sentido de los §§ 261, 264 StPO, sino como una medida procesal de descriminalización y resocialización ya en la fase del enjuiciamiento, la cual no está reservada al juez⁹⁴ en cuanto al bajo grado de las imposiciones, y que por lo tanto no puede suplantar a la “jurisdicción de su exigida responsabilidad de concretización de la totalidad de las leyes penales”, según el art. 92 GG⁹⁵. Semejante responsabilidad tan amplia, sostenida por KAUSCH, no existe; es justamente este mismo autor quien así lo confiesa expresamente en otra parte⁹⁶. El legislador tampoco está impedido, en el campo de la persecución penal, de admitir el establecimiento de sanciones que, en ciertos casos, están por fuera de la actividad jurisdiccional (conclusión inversa a la del art. 104 inciso 2° párrafo 1° de la GG).

4) Lo mismo puede afirmarse en lo que toca con la participación de la fiscalía en el procedimiento de la querrela privada: la decisión sobre la formulación de la acusación en razón de un determinado interés público (§ 376 StPO), y también la participación posterior a la presentación de la acusación privada (§ 377, inciso 2° StPO), no implican la actividad jurisdiccional; lo mismo puede decirse en lo que toca con la afirmación del interés público por la ausencia de la querrela penal (por ejemplo en el § 232 StGB).

⁹⁰ Cfr. por ej., KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 55, citado, BT-DRUCKS, VI/3478, pág. 47.

⁹¹ Como aquí, también HANACK, *Gallas-Festschrift*, 1973, págs. 339, 354 y ss.

⁹² Así KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 56.

⁹³ Pie de pág. 88, nota 50 en las págs. 56 y ss.

⁹⁴ Acertadamente KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 240.

⁹⁵ KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 241.

⁹⁶ Véase nota 94.

5) El problema acerca de si la policía, o por el contrario el tribunal, se extralimitan en sus competencias con respecto a las decisiones tomadas dentro del campo de la persecución penal, solo puede ser abordado aquí en la medida en que exista la anuencia reclamada del tribunal, respectivamente exigida por la ley, en lo tocante a la decisión de archivo dictada por la fiscalía según los §§ 153 y siguientes de la StPO, que concuerda con el principio de Estado de derecho; como también, al contrario, con la presencia de la anuencia reclamada de la fiscalía para el archivo, por parte del tribunal. Con ello se hace referencia a los problemas suscitados por los controles necesarios, los cuales deben ser tratados en seguida.

c) Así como es de importancia observar las respectivas competencias, también es insuficiente esta observación para garantizar un procedimiento sin reparos en el Estado de derecho, bajo la perspectiva de la separación de poderes. Como ya se mencionó más arriba⁹⁷, la división del procedimiento penal, en concordancia con el principio de la separación de poderes, en varias etapas, sometidas a diversos órganos estatales, a su vez pertenecientes a diversos poderes del Estado, tiene principalmente el propósito de impedir, sobre todo, el ejercicio de persecuciones penales arbitrarias y por ende, también, el ejercicio del poder en forma arbitraria; pero esta división por sí sola no puede todavía alcanzar esta meta, ya que no basta solamente con la necesidad de un control sobre los demás poderes estatales por medio de tribunales independientes⁹⁸; se tiene que asegurar, así mismo, que los diversos órganos establecidos en el procedimiento penal efectivamente se controlen unos a otros. Con la implantación de la fiscalía como una institución cuya actividad está dirigida “directamente a la realización del derecho”⁹⁹ y a la verificación de la justicia material, se ha instituido un órgano de control similar, tanto frente a la policía investigadora, como frente al órgano sentenciador perteneciente al poder jurisdiccional¹⁰⁰.

2. EL CONTROL DE LA PERSECUCIÓN PENAL JUDICIAL Y POLICIAL CONFORME A LAS REGLAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si los tribunales incumplen su deber de persecución penal, la fiscalía posee un efectivo instrumento de control, derivado de su facultad de interponer los recursos legales pertinentes. En cuanto que el tribunal posee un margen de decisión respecto al archivo del proceso, de conformidad con los §§ 153 y siguientes StPO, se garantiza el control necesario a través de la aquiescencia indispensable de la fiscalía (por ejemplo en el § 153, inciso 2° StPO), o en el supuesto de una solicitud de la fiscalía (por ejemplo en el § 154, inciso 2° StPO); solamente el archivo temporal, según el § 154e, inciso 2° StPO, no depende del asentimiento o de la solicitud de la fiscalía, pero el mismo es impugnabile por medio del recurso de queja.

⁹⁷ IV, 1, antes de a.

⁹⁸ *Supra*, II, 1 b.

⁹⁹ HENKEL (pie de pág. 48), pág. 133.

¹⁰⁰ GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 337 y ss.

El control de la actividad averiguatoria de la policía es ejercido por la fiscalía fundado en su poder de dirección¹⁰¹.

3. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE PERSECUCIÓN PENAL FISCALIZADORA A LA LUZ DE LOS POSTULADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A pesar de todo, no solamente el tribunal y la policía necesitan ser controlados por la fiscalía; también la actividad de persecución penal de la fiscalía requiere su propio control, y este es sobre todo necesario en aquellos campos en los cuales la fiscalía dispone de cierto margen de decisión¹⁰². Como para la realización de la meta a la cual aspira el principio de la separación de poderes¹⁰³ es especialmente necesario que el control se ejecute por un órgano asociado distinto de la misma fiscalía, se exige por ello, en principio, el control judicial sobre la actividad fiscalizadora¹⁰⁴.

a) Probablemente la fiscalía posee el poder de decisión más importante respecto a sus decisiones sobre la formulación de la acusación o sobre el archivo del proceso, según el § 170 StPO. Como a la fiscalía corresponde un monopolio de decisión (§ 152, inciso 1° StPO), exceptuando los delitos privados, se hace aquí especialmente importante la posibilidad de control.

1) El principio de legalidad hace resaltar una seguridad esencial del Estado de derecho, que con razón se observa, de manera predominante, como un “correlato necesario” frente al “monopolio de la acusación”¹⁰⁵. Esto no puede ser visto, entre tanto, como suficiente, ya que se trata precisamente del mantenimiento del principio de legalidad, derivado de los §§ 152, inciso 2° y 160 StPO, por medio del control necesario de la fiscalía; a decir verdad, este control es menos relativo en lo que toca con su deber de intervenir, según los párrafos citados; no así, sobre todo, en lo referente al ámbito de decisión concedido a la fiscalía en lo atinente a las condiciones legales requeridas para la investigación o para la formulación de la acusación (indicios reales y suficientes; hechos punibles perseguibles). Al respecto expone FULD, sobre los comienzos de la fiscalía, lo siguiente:

“No hay duda, de que al decidir la pregunta en torno a si es necesaria la persecución de un hecho punible en favor del interés público, la fiscalía procedió frecuentemente en forma errónea y falsa. No solamente influyeron en las decisio-

¹⁰¹ Más ampliamente GÖSSEL, GA 1980, págs. 338 y ss. y 350 y ss.

¹⁰² La pregunta de si se trata de una medida, de un margen de apreciación, o de alguna otra categoría jurídico-administrativa de la libertad de decisión —cfr. sobre ello WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 169 y ss.—, es al respecto de naturaleza secundaria; antes que nada se debe asegurar la posibilidad general de control de dichas decisiones fiscales.

¹⁰³ Cfr. *supra*, I c.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, II, 1 b.

¹⁰⁵ KRAUSE, GA 1964, págs. 110, 114; cfr. más ampliamente por ej. BGHSt 15, 155, 159; sin el principio de legalidad “el monopolio de la acusación de la fiscalía sería injusto”; THIERSCH, en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 206; LR-SCHÄFER (pie de pág. 1), Introducción al núm. marginal 13, 26; GÖSSEL (pie de pág. 61), págs. 30 y ss.

nes de las fiscalías los aspectos subjetivos, sino también consideraciones pertenecientes a círculos de ideas e intereses divergentes, hechos políticos y sociales; precisamente, este hecho llevó a que se presentaran grandes divergencias en amplios círculos, causando desconfianza hacia el manejo uniforme del monopolio acusatorio, con el cual se tiene que contar, para bien o para mal, como un factor dado. De un lado se convalidaba una exageración ilimitada del término «interés público» y del otro, una concepción sumamente estrecha de miras¹⁰⁶.

El hecho de que aún hoy exista peligro en cuanto concierne a la adopción de decisiones acerca del archivo del proceso o de la formulación de la acusación según el § 170 inciso 2° StPO, con base en conveniencias políticas, nos lo enseñan no solo las terribles experiencias del pasado nacionalsocialista, sino también la actitud de las fiscalías en la persecución de hechos punibles cometidos en el pasado reciente por estudiantes violentos; sin dejar de mencionar aquellos delitos que quedaron impunes, llevados a cabo en despachos alemanes en beneficio de intereses estatales privilegiados (por ejemplo la expedición de pasaportes falsos, etc., para los integrantes del servicio secreto). Aunque estos ejemplos, afortunadamente, solo tienen un significado real-exótico, en muchas ocasiones solo consideraciones de pura conveniencia desempeñan un papel definitivo en las decisiones contempladas en el § 170 StPO, motivo por el cual necesitan de un control efectivo. RIESS advierte, con razón, que «el mandato normativo» del § 160 inciso 1° StPO, «se cumple solo parcialmente, de manera diferente, desde el punto de vista específicamente delictivo»¹⁰⁷.

El cumplimiento, necesariamente controlado, del principio de legalidad, se hace además forzoso por medio de las disposiciones legales materiales de los §§ 344, 258a StGB; aunque de manera realmente dudosa, porque la fiscalía misma, en todo caso, tiene que investigar estos hechos. Por lo demás, se ha consagrado un control por medio de la «estructuración jerárquica de la autoridad acusatoria y de la vigilancia interna ligada a esta», aunque también aquí la total eficacia, por ejemplo en las eventuales instrucciones para desistir de las acusaciones, no parece estar garantizada¹⁰⁸.

A pesar de lo esenciales que son los instrumentos hasta aquí señalados, no pueden sustituir el control judicial¹⁰⁹ exigido por el principio de la separación de poderes¹¹⁰.

2) Con respecto a la formulación de la acusación, no hay duda sobre la existencia de un control efectivo: la revisión judicial de los hechos presentados por la fiscalía en la acusación, impide acusaciones arbitrarias en el procedimiento intermedio (§ 203 StPO), y en el procedimiento principal (en los §§ 261, 264, 266, inciso 1° StPO);

¹⁰⁶ FULD, en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 601; cfr. más ampliamente también HOLTZENDORFF, en *Verhandlungen des 12 DJT* 1874, tomo I, págs. 64, 68, 70 y ss.; DIETZ, en *Verhandlungen des 29 DJT* 1908, págs. 51, 55 y ss.; OSTENDORF, RuP 1980, pág. 200.

¹⁰⁷ NSStZ 1981, págs. 2, 4.

¹⁰⁸ Cfr. WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 84 y ss.

¹⁰⁹ MAUNZ (pie de pág. 18), también véase *supra*, II, 1 b.

¹¹⁰ Véase al respecto, por ej., a NIESE, SJZ 1950, pág. 890.

por aquello de que como «la fiscalía no tiene ningún interés en formular acusaciones inútiles que conlleven absoluciones evidentes, con indudable pérdida de su prestigio, sus propias conveniencias oficiales se ocupan de que esta se oponga efectivamente a las sospechas»¹¹¹. Lo mismo se puede decir para la interposición de recursos legales por parte de la fiscalía.

Tampoco para la actividad de averiguación de la fiscalía puede afirmarse otra cosa. En tanto que las diversas actividades de indagación no acarreen perjuicios para bienes jurídicos de los particulares, que ya por esta razón se hacen revisables judicialmente¹¹², debe pensarse que la actividad de averiguación de la fiscalía sirve únicamente para preparar la decisión sobre la formulación de la acusación, y que el control judicial previsto en el § 204 StPO, y posteriormente la sentencia, también en lo referente a la actividad averiguatoria, se revela como suficiente.

3) Las explicaciones que hemos dado en el ordinal 1) anterior, dejan traslucir, sin embargo, un control judicial con respecto a la omisión de la acusación; semejante control existe, en efecto, contra las decisiones de archivo del proceso del § 170 inciso 2° StPO, bien sea mediante el procedimiento de la acusación forzosa del § 172 StPO, o bien en el evento en que se trate de un caso de querrela, en el procedimiento de querrela privada (sobre ello confróntese más abajo el literal b).

Ambas posibilidades de control judicial están, sin embargo, ya limitadas, hasta el punto de que solo pueden ser aprovechadas por el ofendido con el presunto delito. Fuera de esto, hay que recalcar que el procedimiento de la acusación forzosa, según su formulación legal y su significado práctico, solo se presenta como un instrumento de control débil y bastante incompleto, casi acercándose a la insignificancia¹¹³, lo cual depende en gran medida de que en muchas ocasiones se pone en marcha por motivos de querrela, lo cual permite comprender por qué la importancia de este procedimiento dentro del Estado de derecho, como un control necesario de la actividad fiscalizadora, en veces pasa inadvertido.

Bajo estas circunstancias, no parece fuera de lugar buscar otras posibilidades distintas de control efectivo sobre acusaciones omitidas arbitrariamente. En la antigua discusión para la reforma del procedimiento penal, se reclamó con especial insistencia una especie de control judicial indirecto, en el cual el monopolio de la acusación por parte de la fiscalía se eliminaba por completo, o bien se limitaba por una acusación subsidiaria de otras personas, posterior a la negación de la formulación de la demanda pública por parte de la fiscalía. Estas propuestas iban desde la permisión de una demanda popular común, por medio de un *quivis ex populo* según el modelo del derecho inglés, al lado de la facultad de acusación por parte de la fiscalía (denominada «demanda popular principal»)¹¹⁴, pasando por la de-

¹¹¹ EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, 3ª edición, 289; además VON HOLTZENDORFF (pie de pág. 106), pág. 69; pero desde otra perspectiva RIESS, *Schäfer-Festschrift* 1980, págs. 155, 195.

¹¹² Cfr. por ej., GÖSSEL (pie de pág. 61), págs. 50 y ss. con otras referencias; véase además § 98, inciso 2°, párr. 2° StPO.

¹¹³ Cfr. GÖRCKE, ZStW tomo 73 (1961), pág. 569.

¹¹⁴ Cfr. al respecto GNEIST, *Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung*, 1874, pág. 50; VON HOLTZENDORFF (pie de pág. 106), pág. 77.

manda popular subsidiaria (la cual se podría levantar por el *quivis ex populo* después de la negación del enjuiciamiento por parte de la fiscalía), hasta llegar a la acción privada, la cual debía dejarse libre solo al acusado, junto a la acusación de la fiscalía (acción privada principal), o solo después de la anterior e inútil invocación de la fiscalía (acción privada subsidiaria). Los defensores de la demanda popular pública principal y subsidiaria, estaban entre tanto, en minoría¹¹⁵ y con razón: "La experiencia enseña, cómo... frecuentemente la mala voluntad, las emociones, las venganzas y quizás también el provecho propio, son los móviles que los acusadores estimulan; juego este que se conduce por frívolas acusaciones, cuando no se utilizan amenazas con acusaciones de chantaje"¹¹⁶; en síntesis, la demanda popular en sus dos formas, de todas maneras descuidaba la protección del acusado, contra "injustas y molestas persecuciones"¹¹⁷. Estas objeciones también tienen validez hoy en día, por lo que de esta forma no se debería tratar de alcanzar el control necesario de la fiscalía¹¹⁸. Lo mismo podría decirse con respecto a la acción privada, tanto principal como subsidiaria (sobre la acción privada consagrada en el derecho vigente para determinados delitos, véase abajo literal b).

Por estas razones, entonces, queda solamente el control judicial directo. A pesar de su poca importancia actual, el procedimiento de acusación forzada podría transformarse igualmente en un efectivo instrumento de control por medio de una modificación en el procedimiento hasta ahora vigente. Por consiguiente, el procedimiento se debería simplificar a efecto de que se pueda formular reclamación directa ante el tribunal a raíz de la decisión negativa de enjuiciamiento, evitando el complicado y en la mayoría de las veces ineficaz camino, pasando por encima de la fiscalía. Claro está que se tiene que dar la posibilidad de un remedio conforme al § 306 de la StPO; sobre la reclamación no debería decidir el Tribunal Supremo Regional (OLG), ajeno a la realidad (que en Baviera ni siquiera es competente para la decisión de las revisiones) sino un tribunal activo, experimentado, como por ejemplo una sala penal cuyas decisiones tendrían que ser igualmente indiscutibles como la actual decisión del Tribunal Supremo Regional. La competencia sobre las reclamaciones debería ser llevada, claro está, a un solo tribunal (órgano sentenciador), distinto del competente para gestionar la eventual acusación, asegurando así la defensa de los diversos ámbitos de competencia del tribunal y de la fiscalía¹¹⁹. Tampoco podría el tribunal, respecto a la reclamación, iniciar por sí mismo el proceso, ni tampoco ordenar a la fiscalía el enjuiciamiento: el tribunal podría, únicamente, estar autorizado para suspender la decisión impugnada y obligar a la fiscalía, bajo observación del parecer legal, a decidir nuevamente sobre el enjuiciamiento. Para posibilitar un control más eficaz del principio de legalidad, el círculo de los autorizados a impugnar debería ampliarse de los hasta ahora "ofendidos" a cualquier persona que pueda hacer valer un interés justificado en la persecución penal.

¹¹⁵ Cfr. MITTERMAIER y FULD, en *Aschrott* (pie de pág. 30), págs. 160 y ss., y págs. 603 y ss.

¹¹⁶ DALCKE, GA tomo 7 (1859), págs. 734, 743.

¹¹⁷ LOBE, GS 1928, págs. 37, 45.

¹¹⁸ STOCK, *Rittler-Festschrift* 1957, pág. 309; WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 86 y ss.

¹¹⁹ Pero de otra opinión THIERSCH, en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 209.

b) Un especial dolor de cabeza presenta la práctica de la fiscalía en lo que hace relación a la decisión de que habla el § 376 StPO.

1) Mientras que de un lado se observa que en determinados delitos de querrela privada, como los atropellos en el tráfico rodado, la fiscalía, sin consideración del caso particular, afirma constantemente el interés público casi que sin indulgencia, y muy rara vez se declara dispuesta al archivo del proceso conforme a los §§ 153 y 153a StPO; de otro lado, tiene que afirmarse que la acción privada se utiliza cada vez más como un instituto de simplificación del trabajo de la fiscalía. Esto lleva sobre todo a que hasta los hechos punibles más trascendentales ya no se acusen por la fiscalía: en la persecución de la injuria; de las lesiones corporales; del daño en las cosas, y de la violación de habitación ajena, por ejemplo entre vecinos que no pueden escapar del vecino "malo", ya sea por sus altos costos de hipoteca, o por otras razones de consideración; casos que no constituyen ningún "interés público" porque el círculo de ofendidos es cuasiprivado, como también, por ejemplo, en los casos de graves lesiones corporales causadas por maridos vengativos y heridos en su orgullo, que se encuentran en desventaja frente a sus esposas que demandan de ellos el divorcio.

En estos casos, obviamente, existe un interés público masivo, encaminado a que cada persona pueda vivir tranquilamente también frente a su vecino, hecho que no parece muy claro para algunas fiscalías; lo que también sucede en los casos de lesiones corporales entre cónyuges, en los cuales habría que formular la pregunta polémica de si la fiscalía apenas quiere intervenir cuando los malos tratos han llevado a la muerte! Sin necesidad de más ejemplos —lo que sería fácil hacer— aparece, en este campo, la falta de un control sobre la actividad de persecución penal de la fiscalía, como particularmente dolorosa.

2) En principio está dada una posibilidad de control por intermedio del ejercicio de la acción privada, en estos casos; sin embargo, este se presenta como ineficaz, ya que la mayor parte de las acciones privadas son rechazadas de conformidad con el § 383 inciso 1° StPO, o suspendidas de acuerdo con el § 383, inciso 2° StPO, y esto mediante un procedimiento que, estatuido cuidadosamente, se desarrolla con demasiada frecuencia en forma *praeter legem*: en una "citación por vía de información" se oye a los interesados y luego se acuerda una "cuasisanción" extrapenal como si se tratara de una condena en costas. Esto entraña, naturalmente, el rechazo de la acción privada y por consiguiente el archivo del proceso; así se llegue alguna vez a la sentencia en el procedimiento de querrela privada¹²⁰, se tiene que contar frecuentemente con una inapelable suspensión del tren de recursos legales de conformidad con lo preceptuado por el § 390, inciso 5° StPO.

Si la acción privada quiere recuperar nuevamente su cometido original como instrumento de control de la fiscalía, o como sustitutivo efectivo de la falta de acusación estatal, sería necesaria la eliminación de la posibilidad de archivo de conformidad con los §§ 383, incisos 1° y 2°, y 390, inciso 5° StPO, con la consecuencia de que solo se pueda hacer uso de las posibilidades generales de suspensión

¹²⁰ En escasas e ínfimas oportunidades, véase por ej., a HIRSCH, *Lange-Festschrift* 1976, pág. 815.

según los §§ 153 y siguientes de la StPO; la posición de aquiescencia de la fiscalía, según lo expuesto, la ocuparía el asentimiento del querellante.

Claro está que no se puede negar el peligro de molestas acciones privadas, producto de la querrela. Pero este peligro se puede, por lo pronto, contrarrestar con la respectiva aplicación de los §§ 202 al 211 de la StPO (o sea, inclusive la posibilidad de impugnar el eventual auto de no apertura). Por lo demás, se tendría que pensar en la posibilidad de limitar el círculo de acciones privadas, o eliminar su procedimiento, aconteciendo en este último caso, que se procedería siempre dentro del procedimiento oficial; la situación actual, en la que prácticamente no se puede hablar ya de una protección penal en el campo de la acción privada, parece de todas maneras totalmente inaceptable.

3) Con una organización semejante del proceso de querrela privada en la forma expuesta, se podría prescindir del dudoso procedimiento secundario, tan frecuentemente utilizado por motivos ajenos a la realidad: tal procedimiento aparece superfluo como instrumento de control en virtud de que la fiscalía impulsa la persecución penal.

c) Tampoco en lo relativo al archivo del proceso, de conformidad con los §§ 153 y siguientes de la StPO, aparece tan explícita la práctica de la fiscalía: también aquí se pone de manifiesto que, generalmente, en determinados delitos, como por ejemplo, nuevamente en el tráfico rodado y en los casos de la Ley de Armas, regularmente y sin consideración al caso concreto la fiscalía no está preparada para el archivo, ni declara tampoco su consentimiento para este ante el tribunal; ello se hace especialmente crítico en los casos en que el fiscal de sesión entiende reunidos los presupuestos del archivo según su criterio personal, pero que los niega en oposición al fiscal instituido con respecto al informe posterior. Pero también, por el contrario, parece necesario someter la decisión de archivo de la fiscalía al control judicial.

1) En el caso de la disposición de archivo por parte de la fiscalía, aparece garantizado un control suficiente en los eventos en que el tribunal debe aprobar el archivo, aunque este control, por razones de consideración, no se estima como suficiente en la práctica¹²¹. Un control judicial, en lo referente al archivo por parte de la fiscalía, hace falta, entre tanto, en los "explosivos casos" de la abstención de la persecución por razones políticas y en los hechos cometidos en el extranjero (§§ 153c, 153d, 153e StPO); lo mismo puede afirmarse con respecto al chantaje relacionado con hechos punibles motivados políticamente (§ 154c StPO). Igualmente falta un control en los casos del archivo, según los §§ 154 y 154b StPO; sin embargo, debido al carácter transitorio del archivo en los §§ 154d y 154e StPO, se acepta aquí la falta de control judicial.

También, bajo la consideración de la necesidad de la afirmación de un control judicial parcial de la decisión de archivo, se hace indispensable el sometimiento de la decisión de la fiscalía, según el §§ 153 y siguientes StPO, al recurso de revisión

¹²¹ Cfr. WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 54.

posterior; tal revisión es indispensable porque aún vale hoy en día, lo que HELLMUTH MAYER sostenía para el antiguo Estado de derecho liberal alemán: "los derechos procesales del ofendido, de ninguna manera deben ser expuestos al juzgamiento de las instituciones estatales acusatorias"¹²². Un control judicial, de esta forma, debería aplicarse a los casos de los §§ 153 y siguientes StPO, por medio de la modificación del § 172, inciso 2°, párrafo 3° StPO, hasta el punto de que el procedimiento de la acusación forzosa, en la forma expuesta arriba en a) 3), debería ser declarado lícito¹²³.

2) Para examinar la negativa de la fiscalía respecto al archivo, se podría prever una decisión formal de la misma a petición del acusado o de su defensor, que fuera revisable en forma indiscutible por medio del recurso de queja ante el tribunal (órgano sentenciador), y que se hace efectivo también en el procedimiento de la acusación forzosa.

3) En el procedimiento judicial solo debería decidir el tribunal sobre el archivo, sin aprobación de la fiscalía, pero únicamente con base en la opinión del plenario, por vía de revisión y mediante una sentencia susceptible de ser controlada por medio de los recursos legales. La propuesta de ZIPF, que puede ser atendida¹²⁴, de transformar las razones de archivo en condiciones del proceso, también llevaría a una forma muy sencilla de control judicial; sin embargo, esta podría ir demasiado lejos en virtud de que, entonces, las condiciones de archivo, de manera oficial, se harían revisables en todas las etapas del proceso, con lo cual la aceptación de la sentencia, la cosa juzgada parcial y las ilimitadas reprimendas revisorias, no podrían constituir ningún límite para la interposición del recurso de revisión.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CERTEZA LEGAL

Puede ser mencionado aquí un último problema: el principio de Estado de derecho exige que las expresiones del poder estatal se asienten en disposiciones legales bastante concretas, y que fuera de esto las limitaciones del principio de legalidad no sean decididas en forma arbitraria por el legislador, ni que estas descansen sobre una valoración de los intereses de persecución penal con intereses opuestos¹²⁵. Los diversos interrogantes acerca del Estado de derecho, planteados aquí, no se pueden discutir ya más a fondo.

¹²² H. MAYER, JZ 1955, págs. 601, 602.

¹²³ Cfr. ya en TILL KALSCHACH, *Die gerichtliche Nachprüfung von Massnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren* 1967, por ej., págs. 137 y ss.

¹²⁴ Pie de pág. 5, pág. 501.

¹²⁵ Cfr. al respecto ZIPF, como en el pie de pág. 124.