

INTERNACIONAL

Los Tribunales de Escabinos en el sistema procesal penal alemán*

José Miguel GARCIA MORENO

I. INTRODUCCION

Se ha señalado por los procesalistas alemanes que la intervención de jueces legos o populares en el proceso penal es una antigua tradición jurídica alemana que habría sido abrogada por la recepción del proceso inquisitivo y de la figura del juez profesional, con formación jurídica y posición dominante, propia de este proceso¹. La reclamación de la reintroducción de jueces legos en el proceso penal en Alemania procede de los tiempos de la Ilustración y su realización es una consecuencia del movimiento reformador de la primera mitad del siglo XIX, inspirado en los modelos inglés y francés, que veía la intervención de legos en el proceso penal como un medio de asegurar la libertad y derechos de los ciudadanos frente a la arbitrariedad y opresión autoritaria propia de un sistema de Justicia Penal administrado únicamente por funcionarios.

Inicialmente el sistema procesal penal alemán preveía dos tipos diferenciados de jueces legos en el proceso penal: los escabinos (*Schöffen*) y los jurados (*Geschworene*). Los primeros colaboraban en el órgano jurisdiccional colegiado con los jueces profesionales con idéntica función e idénticos derechos, y los segundos eran integrantes del denominado Tribunal del Jurado (*Schwurgericht*), con competencia para el enjuiciamiento de los delitos capitales y en el que existía una diferenciación de funciones entre los jueces profesionales y los jurados: el denominado "banco de los jurados" (compuesto inicialmente por un total de doce jueces legos) únicamente tenía que resolver sobre la cuestión de culpabilidad y al "banco de los jueces" (compuesto por tres jueces profesionales) le quedaba reservada la resolución de las cuestiones de naturaleza procesal y esencialmente la determinación de la pena a imponer. Sin embargo, el Tribunal del Jurado tal como aparecía contemplado inicialmente en la Ley Procesal Penal Alemana (*Strafprozessordnung*, en adelante StPo) fue abolido por el

denominado *Decreto Emminger* de 4 de enero de 1924. Por la doctrina alemana se han señalado como motivos de la reforma que llevó a la abolición del Tribunal del Jurado en su composición y delimitación de funciones primitivas la mayor posibilidad de influencia externa sobre el lego —carente de cualquier tipo de formación jurídica— respecto del juez profesional, más proclive a la objetividad por su formación jurídica y larga experiencia; la cada vez mayor complejidad de la dogmática jurídica que hacía insuficientes normalmente las explicaciones generales de contenido jurídico dadas por el presidente del denominado "banco de los jueces"; o la antinatural ruptura de la unidad del órgano jurisdiccional colegiado por la separación de funciones entre jurados y jueces profesionales². Así, en general puede decirse que la doctrina procesalista alemana valoró la desaparición del viejo Tribunal del Jurado como "un progreso desde la perspectiva de la seguridad y confianza en la jurisdicción"³. En cualquier caso es necesario tener presente que el *Decreto Emminger* de 1924 mantuvo la denominación "Tribunal del Jurado" en referencia a un órgano jurisdiccional colegiado que no se diferencia sustancialmente en su composición y en la distribución de funciones de los restantes Tribunales de Escabinos que operan en el ámbito del *Landgericht*, conforme se verá más adelante con mayor detalle.

La justificación política originaria de la intervención de jueces legos en el proceso penal ha sido olvidada. El fundamento de los Tribunales de Escabinos radica en la asunción de responsabilidad de la población en la Administración de Justicia Penal por su participación directa en ésta, y en el hecho de que la colaboración de jueces profesionales y legos en el proceso penal refuerza la confianza pública en la Justicia Penal y asegura la cercanía de las decisiones de los tribunales penales a la realidad⁴. Así, se ha señalado por Pfeiffer⁵ que la figura del escabino tiene un indu-

* Este trabajo es una versión resumida y actualizada de un previo artículo publicado por la revista "Tribunales de Justicia" (nº 3/2000) y redactado durante mi estancia de estudios en el Landgericht de Heidelberg (Baden-Wurtemberg) en noviembre de 1998, en el marco del programa de intercambio de juristas acordado por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia de la RFA.

¹ Roxin: "Strafprozessrecht", 14ª Edición. Munich 1994, págs. 162 y ss. Pfeiffer: "Grundzüge des Strafverfahrensrechts", 2ª Edición. Munich 1987, pág. 23.

² Roxin: "Strafverfahrensrecht", 25ª Edición. Munich 1998, pág. 32. Peters: "Strafprozess", 4ª edición. Heidelberg 1985, pág. 119.

³ La frase es de Peters, op. cit. pag. 119. Referencias a una evolución similar a la operada en Alemania producida en Francia a raíz de la Ley de 25 de noviembre de 1941 pueden verse en Fernández Entralgo: "La doma del unicomio. El juicio con Jurado: veredicto, fallo, sentencia" en la obra "El Tribunal del Jurado", dirigida por Valera Castro. Madrid 1995, pág. 551.

⁴ Roxin: "Strafprozessrecht" cit., págs. 162-163.

⁵ Pfeiffer: op. cit. pág. 23. En parecido sentido, Peters: op. cit. pág. 118. Este autor resalta la vinculación de la participación de escabinos en el proceso penal con el hecho de que las senten-

dable valor simbólico, ya que la intervención de escabinos en el proceso penal está ligada a la idea de una representación del pueblo en la Administración de Justicia Penal (participación popular y democratización de la Justicia Penal) y a la necesidad de que los jueces profesionales expresen sus propias reflexiones y valoraciones de una forma que sea comprensible para la generalidad de los ciudadanos (control de plausibilidad de la Justicia Penal). De esta manera se consigue que las decisiones jurisdiccionales puedan ser comprendidas por personas carentes de una formación jurídica y que, mediante la colaboración de jueces legos, el juez profesional realice una labor autocrítica evitando caer en la rutina y valorando la corrección de sus propias reflexiones frente a las objeciones basadas en el sentido de la Justicia que puedan formularse por los jueces legos. En particular se han resaltado por los procesalistas alemanes las ventajas que tiene el sistema de jurado mixto en el que incumbe al juez profesional cuidar de que la decisión jurisdiccional se ajuste a la Ley y al Derecho y al juez lego evitar que ésta sea tomada desde una perspectiva jurídica excluyente. Por medio del juez lego se proyecta de una manera directa en la decisión jurisdiccional la concepción popular sobre el Derecho, lo que, en definitiva, vendría a asegurar en la labor de los tribunales en los que intervienen los escabinos la conjunción del ordenamiento jurídico y de la moralidad.

No obstante, no faltan en la doctrina alemana opiniones críticas hacia la participación de escabinos en el proceso penal que resaltan la inexistencia de motivos racionales que justifiquen ésta y que se fundan, entre otros argumentos, en la falta de sentido que tiene al momento presente la desconfianza histórica hacia los jueces profesionales, ya que la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, en adelante GG) garantiza plenamente la independencia de los jueces en su artículo 97, al igual que la Constitución Española. De otro lado, la falta de conocimientos jurídicos por parte del juez lego y la cada vez mayor complejidad de las disciplinas jurídicas desbordan a éste en el ejercicio de su cargo, y además está sujeto en una mayor medida que el juez profesional a reacciones emocionales que podrían llevarlo a apartarse de la Ley en la toma de decisiones. En este sentido, su libertad de decisión en el plano interno corre un mayor peligro que la de los jueces profesionales frente a la potencial influencia de los medios de comunicación de masas. Finalmente se ha destacado que la intervención de escabinos en "procesos monstruo" que pueden prolongarse durante meses o años (fundamentalmente en los procedimientos de primera instancia ante el *Landgericht*) puede llegar a colocar al juez lego al borde de su fortaleza física y psíquica y afectar muy negativamente a su independencia económica⁵.

cias se dicten "en nombre del pueblo", conforme al § 268.I StPO.

⁵ Una referencia a los principales argumentos esgrimidos por la doctrina alemana en contra de la intervención de jueces legos en el proceso penal, puede verse en Roxin, "Strafprozessrecht" cit. pág. 163 y Pfeiffer: op. cit. pág. 23. Para una más detallada

A diferencia del supuesto español (en el que el artículo 125 de la Constitución contiene una referencia explícita a la participación popular en la Administración de Justicia por medio de la institución del Jurado), la intervención de jueces legos u honoríficos en la Administración de Justicia no aparece expresamente garantizada por la GG, aunque el Tribunal Constitucional Federal ha señalado que ello no supone la exclusión, sino más bien el reconocimiento implícito, de los tribunales integrados por legos como una institución tradicional del Derecho Orgánico de Tribunales alemán que no prohíbe, en principio, la composición de Tribunales Estatales con jueces honoríficos (autos del Tribunal Constitucional Federal de 17-12-1969 y 30-5-1978)⁷. En cualquier caso la Ley Orgánica de Tribunales alemana (*Gerichtsverfassungsgesetz*, en adelante GVG) en sus §§ 30 y ss. configura el cargo de escabino como un cargo honorífico —lo que supone que los escabinos no perciben ninguna remuneración por su actividad, sino únicamente una indemnización por los gastos o perjuicios derivados del ejercicio de la función— que solamente puede ser ejercido por ciudadanos alemanes (al igual que el cargo de juez profesional, conforme a lo prevenido en el § 9 n° 1 de la Ley Alemana de Jueces; *Deutsches Richtergesetz*, en adelante DRiG) y que se ejerce durante la vista principal con plena extensión y con idéntico derecho de voto al de los jueces técnicos; lo que supone que los escabinos deciden conjuntamente con éstos sobre la cuestión de culpabilidad y la determinación de la pena (§§ 30.1 y 77.1 GVG) y que, en definitiva, son independientes en el ejercicio de su función en la misma medida en que lo son los jueces profesionales, viniendo obligados a preservar el secreto de las deliberaciones en que intervengan (§§ 1 y 45.2 DRiG). La doctrina alemana ha señalado que los escabinos han de ser reputados "titulares de una función pública" y "jueces" en el sentido del C. Penal (§§ 11.1 n° 2 y 3 *Strafgesetzbuch*, en adelante StGB), por lo que les resultarían de aplicación los preceptos penales que definen los delitos en el ejercicio de la función pública (por ejemplo, los que tipifican el delito de cohecho previsto en el § 331 y ss. o los relativos al delito de prevaricación que aparece recogido en el § 339 StGB)⁸.

II. LOS DIVERSOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN LOS QUE PARTICIPAN LOS ESCABINOS: SU COMPOSICION Y COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

A diferencia del sistema articulado por el legislador español en la LO 5/1995 de 22 de mayo, del Tri-

exposición de los fundamentos políticos de la institución del Jurado y de su evolución histórica, consúltese Varela Castro: "Fundamentos político-constitucionales y procesales" en "El Tribunal del Jurado" cit. págs. 27 a 107.

⁷ Pueden consultarse en *Neue Juristische Wochenschrift*, año 1970, pág. 1227 y año 1978, pag 1975

⁸ Así, p. ej. Kissel: comentario al § 31 GVG en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*. 3ª Edición Munich 1993, pág. 1903. Eser y Cramer en *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*. 25ª Edición. Munich 1997, págs. 116 y 2282.

bunal del Jurado (en adelante LOTJ), en la que se prevé como regla general la intervención de los jurados populares tan sólo en los juicios celebrados en el ámbito de la Audiencia Provincial —o excepcionalmente en los de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado: Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo— estableciendo la competencia objetiva del Tribunal del Jurado por un sistema de listado *ad hoc*, en la República Federal de Alemania la actividad de los escabinos no queda circunscrita a un sólo órgano de la jurisdicción penal, sino que los jueces legos intervienen en los procesos seguidos ante los tribunales penales a los que viene encomendado el enjuiciamiento en primera instancia de la casi totalidad de delitos, con exclusión de los delitos relativos a la seguridad del Estado a los que se refiere el § 120.1 y 2 GVG⁹, e incluso en órganos jurisdiccionales competentes para el conocimiento en segunda instancia de causas por delitos. Así, la participación de los ciudadanos alemanes en la Administración de Justicia Penal se desarrolla en el ámbito de los siguientes órganos jurisdiccionales:

1) **Amtsgerichte** (en lo sucesivo AG) o Tribunales Oficiales¹⁰. Ocupan la escala inferior de la jerarquía judicial y en el orden penal podrían ser equiparados, en cierta medida, a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de lo Penal españoles. Como tribunales encargados del enjuiciamiento penal están a su vez conformados por dos órganos jurisdiccionales diferenciados: el Juez Unipersonal de lo Penal (*Strafrichter*), órgano unipersonal cuya titularidad se atribuye siempre a un juez profesional, y el Tribunal de Escabinos (*Schöffengericht*), órgano colegiado que está compuesto normalmente por un juez profesional como presidente y por dos escabinos o jueces

honoríficos y que puede estar integrado por un segundo juez profesional (se habla entonces de Tribunal de Escabinos Ampliado o *erweitertes Schöffengericht*), de conformidad con el § 29.2 GVG, cuando así se haya acordado, previa petición de la Fiscalía en ese sentido, en el auto de apertura del procedimiento principal (equivalente a nuestro juicio oral) por parecer necesario a la vista de la extensión o volumen de la causa. No es necesaria la previa petición de la Fiscalía cuando ha sido un tribunal superior al AG el que ha acordado la apertura del procedimiento principal ante el Tribunal de Escabinos¹¹.

A los órganos jurisdiccionales penales que integran el AG les corresponde el enjuiciamiento de la criminalidad leve y media, y en particular a los Tribunales de Escabinos se les asigna el conocimiento de los delitos de gravedad media. Así, de conformidad con lo previsto en el § 25 GVG corresponde al Juez de lo Penal, dentro del ámbito genérico de competencia de los AG en materia penal señalada en el § 24 GVG, el enjuiciamiento de las causas por delitos leves (*Vergehen*) perseguibles por medio de acción privada (*Privatklage*)¹² o cuando no fuera de esperar la imposición de una pena privativa de libertad superior a dos años; mientras que la competencia objetiva del Tribunal de Escabinos como órgano jurisdiccional sentenciador que opera en el ámbito del AG es delimitada por la GVG de manera negativa: es competente "para la vista y resolución de las causas penales pertenecientes a la competencia de los AG, en tanto no decida el Juez de lo Penal" (§ 28). Ello supone, en definitiva, que el Tribunal de Escabinos es competente para el conocimiento de todas las causas por delitos leves (*Vergehen*) que no caen dentro del ámbito competencial del Juez de lo Penal y de todas las causas por delitos (*Verbrechen*) en tanto que no estuviera fundada la competencia de un tribunal superior o en el caso concreto no se esperase una pena superior a cuatro años de privación de libertad o el internamiento del inculcado en un hospital

⁹ Este precepto atribuye a los Tribunales Superiores del *Land* (*Oberlandesgericht*, en adelante OLG), equivalentes en cierta medida a nuestros Tribunales Superiores de Justicia, la competencia objetiva para conocer de ciertos delitos como los de traición a la paz en el caso del § 80 StGB, alta traición (§§ 81 a 83 StGB), traición a la patria y puesta en peligro de la seguridad exterior (§§ 94 a 100a StGB), agresión contra órganos y representantes de Estados extranjeros (§ 102 StGB), delito contra un órgano constitucional en los casos de los §§ 105 y 106 StGB, genocidio (§ 220a StGB), asesinato (§ 211 StGB) u homicidio (§ 212 StGB) o los delitos descritos en el § 129a. 1.º y 3.º StGB cuando exista conexión con la actividad de una agrupación no afincada en la RFA o no afincada únicamente en la RFA, cuyo fin tenga por objeto o actividad la perpetración de delitos de este tipo y la Fiscalía General Federal asuma la persecución por la especial significación del caso, etc. Para una exposición omnicomprensiva de las diversas figuras delictivas me remito al contenido del precepto. Los OLG son, junto con el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*, en lo sucesivo BGH), los órganos de la jurisdicción penal respecto de los que aparece excluida la participación de escabinos.

¹⁰ Como se ha señalado por Gomez Colomer "El Proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas", 1ª Edición. Barcelona 1985, págs. 56 y 566, no hay otra traducción válida posible, ya que en cualquier caso se trata de órganos jurisdiccionales no equiparables a nuestros antiguos Juzgados de Distrito, lo que hace inviable la traducción del término *Amtsgericht* como "Tribunal de Distrito". La obra citada de Gomez Colomer en sus págs. 55 a 62 contiene una visión general de los diferentes órganos del orden jurisdiccional penal en la RFA, su composición y competencia objetiva y funcional. En cualquier caso han de tenerse presentes las modificaciones en la composición y competencia de estos órganos derivadas de las reformas legislativas producidas en los últimos años.

¹¹ La finalidad del Tribunal de Escabinos Ampliado es la de facilitar el ejercicio de la función de dirección de la vista por parte del presidente del Tribunal mediante la introducción en este de un segundo juez profesional que actúe como ponente. Vid. Kissel: comentario al § 29 GVG en "*Karlsruher Kommentar*" cit. pág. 1901. Como se ha puesto de relieve por el autor citado, además de por Marquardt/Göbel: "*Strafprozess*", 4ª edición. Munich 1992, págs. 50 y 51, y he tenido ocasión de comprobar directamente y por conversaciones con jueces alemanes, en la práctica es muy infrecuente la constitución del Tribunal de Escabinos como Tribunal Ampliado compuesto por dos jueces profesionales. Lo normal en los supuestos de causas extensas o complejas incluidas en el ámbito de la competencia objetiva del AG es que la Fiscalía, en lugar de interesar la constitución del Tribunal de Escabinos Ampliado, ejercite la acción penal ante el LG amparándose en las normas sobre "competencia móvil" a las que seguidamente se hará referencia.

¹² Se trata de figuras delictivas relativamente leves en las que, conforme a lo previsto en los §§ 374 y ss. StPO, cabe la posibilidad de persecución directa por parte del ofendido sin necesidad de una petición previa dirigida a la Fiscalía, y en los que el ejercicio de la acción penal por parte de esta esta supeditada a la apreciación de la existencia de un interés público en ese sentido (allanamiento de morada, conforme al § 123 StGB; injurias que no van dirigidas contra una de las corporaciones políticas mencionadas en el § 194.4 StGB, violación del secreto de la correspondencia, conforme al § 202 StGB; lesiones corporales de los §§ 223 y 229 StGB; amenazas del § 241 StGB y daños del § 303 StGB, entre otras figuras). Para un estudio más detallado de la acción privada y su significado en el sistema procesal penal alemán puede verse Roxin: "*Strafverfahrensrecht*" cit. págs. 469 a 498 y Gómez Colomer op. cit. págs. 75-76 y 207 a 210.

psiquiátrico, bien como medida única o conjuntamente con una pena, o el internamiento de seguridad. En consecuencia, si se desprende del resultado de la vista principal que, frente a lo previsto inicialmente, debe imponerse una pena más grave, ha de ser remitida la causa al tribunal superior¹³. De otro lado es importante resaltar que el § 24.1.3 GVG permite a la Fiscalía excluir del conocimiento del Tribunal de Escabinos un causa respecto de la que éste está llamado inicialmente a conocer cuando "por la especial importancia del caso accionara ante el Tribunal Territorial (*Landgericht*)", lo que, en definitiva, supone que en ciertos casos cabe la posibilidad de que sea la Fiscalía la que determine el tribunal llamado a conocer de una concreta causa mediante la formulación del escrito de acusación ante un órgano jurisdiccional distinto (el superior jerárquico) de aquél al que corresponde conocer según las reglas competenciales generales. Se trata de la denominada "competencia móvil" (*bewegliche Zuständigkeit*), cuya constitucionalidad desde la perspectiva del derecho al juez predeterminado por la Ley reconocido en el artículo 101, ap. 1 GG ha sido admitida por el Tribunal Constitucional Federal al afirmar que el criterio de la "especial importancia del caso" no es una cláusula discrecional, sino que tiene el valor de un concepto jurídico indeterminado que impone a la Fiscalía la formulación del escrito de acusación ante el tribunal superior cuando se den sus presupuestos y que implica la inexistencia de libertad de elección en sentido propio¹⁴.

Finalmente ha de tenerse presente que el ámbito de los AG operan, además de los órganos jurisdiccionales ya referidos, dos órganos de la jurisdicción de menores, cuya composición y competencia aparece regulada en la Ley de Tribunales de Menores (*Jugendgerichtsgesetz*, en lo sucesivo JGG): el Juez de Menores (*Jugendrichter*) y el Tribunal de Escabinos de Menores (*Jugend-schöffen-gericht*). El primero es un juez profesional del AG que asume en el proceso referido a menores todas las tareas que en el procedimiento penal incumben a los jueces del AG (§ 34.1 JGG) y al que corresponde, en términos generales, el enjuiciamiento de las causas por infracciones cometidas por menores (*Jugendliche*) cuando sea de esperar la imposición de una medida de educación (previstas en los §§ 9 a 12 JGG), una medida de reforma (enumeradas en los §§ 13 a 16 JGG), una pena o consecuencia accesoria conforme a la propia JGG, o la retirada del permiso de conducir, y la Fiscalía hubiese ejercido la acción penal ante él; de manera que no puede acordar la imposición de una pena privativa de libertad (*Jugendstrafe*) superior a un año o el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 39 JGG). Además también es competente en el caso de infracciones cometidas por adolescentes (*Heranwachsende*) cuando, de conformidad con lo prevenido en el § 25 GVG, resulte competente el Juez de

lo Penal del AG, y sea de esperar la aplicación del Derecho Penal General y no del Derecho Penal Juvenil (§ 108.2 JGG)¹⁵. Por su parte el Tribunal de Escabinos de Menores es un órgano colegiado compuesto, al igual que los Tribunales de Escabinos que operan en el ámbito del AG, por un juez profesional del AG, que actúa como presidente, y por dos escabinos o jueces legos, denominados "escabinos de menores" (*Jugend-schöffen*); con la única salvedad de que la ley exige en este caso que sean llamados como escabinos de menores para cada procedimiento principal concreto un hombre y una mujer (§ 33a.1 inciso final JGG). Ello supone, en definitiva, que el sistema procesal penal alemán contempla la participación popular en la Administración de Justicia Penal referida a menores por medio de la figura de los escabinos sin diferencias esenciales respecto de las previsiones generales. La competencia objetiva del Tribunal de Escabinos de Menores también aparece regulada negativamente: conforme al § 40.1 JGG es competente para conocer de los procedimientos por infracciones cometidas por menores o adolescentes cuando la competencia no corresponda a otro Tribunal de Menores (el Juez de Menores o la Sala Penal de Menores del *Landgericht*, de la que se hablará más adelante) y además cabe la posibilidad de que el Tribunal de Escabinos de Menores antes de la apertura del procedimiento principal y de oficio plantee a la Sala Penal de Menores la asunción por ésta de la competencia respecto de un causa concreta en atención a su especial extensión (§ 40.2 JGG). En cualquier caso, el Tribunal de Escabinos de Menores no puede conocer de los procedimientos relativos a infracciones cometidas por adolescentes que conlleven una pena privativa de libertad superior a cuatro años, por lo que si fuese de esperar una pena más grave la competencia le correspondería a la Sala Penal de Menores (§ 108.3 JGG).

2) **Landgerichte** (en adelante LG) o Tribunales Territoriales. Son los órganos jurisdiccionales que ocupan el escalón intermedio en la organización jurisdiccional penal alemana y a los que incumbe, aparte de la resolución del recurso devolutivo de apelación co-

¹³ En este sentido Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. pág. 28.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19-3-1959, que puede consultarse en la Colección Oficial de Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE*) t. 9, págs. 223 y ss. Al respecto del concepto de competencia móvil y los problemas que éste plantea en relación con el derecho al juez predeterminado por la Ley véase Gomez Colomer. op. cit. pág. 62 y Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. págs. 29 y 30.

¹⁵ A este respecto es necesario señalar que, de conformidad con lo previsto en los §§ 1 y 105 JGG, el Derecho Penal Juvenil se aplica a las infracciones cometidas, en general, por menores (*Jugendliche*: personas que a la fecha del hecho tengan una edad comprendida entre los catorce y diecisiete años) y a las infracciones cometidas por adolescentes (*Heranwachsende*: personas con edad comprendida entre los dieciocho y veintinueve años a la fecha del hecho) siempre que, en este caso, de la valoración global de la personalidad del autor y de sus condicionamientos ambientales, resulte a la fecha de los hechos equiparable a un menor por su desarrollo moral y mental o cuando por el tipo, circunstancias o motivación del hecho, se trate de una infracción juvenil. En caso contrario el adolescente se halla sujeto al Derecho Penal General, aunque cabe la posibilidad de una atenuación de la pena en los términos que prevé el § 106 JGG. Para una exposición más detallada del Derecho Penal de Menores Alemán y de los órganos que integran la Justicia de Menores puede consultarse Albrecht: "Jugendstrafrecht". Munich, 1987 o Schaffstein/Beulke: "Jugendstrafrecht". 9ª Edición. Stuttgart 1987, y en español Rossner. "El Derecho Penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes" en la obra colectiva "Legislación de Menores en el siglo XXI: análisis de Derecho Comparado", Madrid 1999, págs. 305 a 328.

Entra las sentencias dictadas por los tribunales inferiores, el enjuiciamiento en primera y única instancia de la criminalidad grave, con excepción de los delitos relativos a la seguridad del Estado a los que se refiere el ya mencionado § 120.1 y 2 GVG, cuyo enjuiciamiento en primera instancia corresponde a los Tribunales Superiores del *Land* (*Oberlandesgerichte*, en lo sucesivo OLG). Pueden ser equiparados *grosso modo* a las Audiencias Provinciales españolas. Dentro de los LG cabe distinguir cuatro grupos distintos de órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal, todos ellos colegiados y en cuya composición intervienen escabinos, a saber:

2.A) La Pequeña Sala de lo Penal (*kleine Strafkammer*). De conformidad con lo prevenido en el § 76.1 GVG está compuesta por un juez profesional que actúa como presidente y dos escabinos, si bien el párrafo 3º de este § prevé que sea llamado a integrar la Sala un segundo juez profesional en los procedimientos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal de Escabinos Ampliado. En estos casos el segundo juez profesional integrante de la Sala solo interviene —al igual que sucede con los escabinos— en el procedimiento principal, por lo que todas las resoluciones adoptadas fuera de dicho procedimiento principal lo son únicamente por el presidente de la Sala. Desde la reforma producida por la Ley para la Descongestión de la Administración de Justicia de 11-1-1993¹⁶ la Pequeña Sala de lo Penal es competente para conocer de “la vista y resolución sobre el recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal y del Tribunal de Escabinos” (§§ 74.3 y 76.1 GVG en su redacción vigente al momento presente); lo que, en definitiva supone que en el sistema procesal penal alemán —a diferencia de lo que sucede en el proceso penal español (vid. arts. 846 bis a) a 846 bis f) LE-Crim introducidos por la Disposición Final 2ª de la LOTJ)— está prevista la participación de los legos en los órganos de enjuiciamiento en segunda instancia, al conocer del recurso de apelación contra las sentencias de un juez unipersonal (el Juez de lo Penal) o de otro órgano jurisdiccional colegiado compuesto en parte por otros legos o escabinos (el Tribunal de Escabinos). Como se ha señalado por Peters¹⁷ las particularidades del recurso de apelación en el sistema procesal penal alemán hacen que intervención de jueces legos en la segunda instancia no sea objetable, ya que en ésta, al igual que en la primera instancia, se produce un enjuiciamiento global de los hechos desde una perspectiva fáctica y jurídica; y en este sentido la exclusión de los escabinos de la Sala llamada a conocer del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia en el ámbito de los AG significaría una vulneración del principio en que se funda la intervención de escabinos en el proceso penal (decisiva posibilidad de colabora-

ción de los legos en la indagación y valoración de los hechos sometidos a enjuiciamiento).

2.B) La Gran Sala de lo Penal (*grosse Strafkammer*). A diferencia de la Pequeña Sala de lo Penal está compuesta por tres jueces profesionales, incluido el presidente, y por dos escabinos (§ 76.1 GVG). Además el § 76.2 GVG prevé la posibilidad de que en el auto de apertura del procedimiento principal la Gran Sala de lo Penal decida que su composición en la vista principal quede limitada a dos jueces profesionales, incluido el presidente, y dos escabinos, siempre que no pareciese necesaria la colaboración de un tercer juez profesional en atención a la complejidad o extensión de la causa, y siempre que la Gran Sala de lo Penal no resulte competente como Tribunal del Jurado (el cual, por tanto, siempre está compuesto por tres jueces profesionales y dos escabinos)¹⁸. La Gran Sala de lo Penal ejerce su actividad jurisdiccional en primera instancia y su competencia objetiva aparece definida residualmente, esto es, resulta competente para el enjuiciamiento en primera instancia de todos los delitos respecto de los que no aparece fundada la competencia de otro órgano jurisdiccional superior o inferior (el OLG o el AG). Además, conforme al § 74.1.2ª frase GVG, le corresponde el conocimiento de los procedimientos por hechos punibles por los que fuera de esperar una pena privativa de libertad superior a cuatro años, o el internamiento en un hospital psiquiátrico, sólo o conjuntamente con una pena, o un internamiento de seguridad o por los que la Fiscalía, a causa de la especial importancia del caso, hubiera formulado la acusación ante el LG.

2.C) El Tribunal del Jurado (*Schwurgericht*). Este órgano jurisdiccional (reflejo del antiguo tribunal de corte anglosajón establecido originariamente por la StPO y reformado posteriormente por el *Decreto Emminger*, que hasta el año 1975 estuvo formado por tres jueces profesionales y seis escabinos) es al momento presente una Gran Sala de lo Penal con competencia específica que está compuesta en todo caso por tres jueces profesionales, incluido el presidente, y dos escabinos, ya que, como quedó expuesto, no es posible la exclusión de uno de los jueces profesionales conforme al § 76.2 GVG. Su competencia objetiva aparece definida en

¹⁸ La posibilidad de que la Gran Sala de lo Penal decida actuar compuesta tan sólo por dos jueces profesionales fue introducida por la ya citada Ley de 11-1-1993, en principio hasta el día 28 de febrero de 1998, y fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2000 por el art. 3 de la Ley de 22-12-1997 (“Ley para la ampliación de los plazos de prescripción penal y para la modificación de la Ley para la Descongestión de la Administración de Justicia”: *BGBI.* 1997 I S. 3223), y hasta el 31 de diciembre de 2002 por el art. 1 de la Ley de 19-12-2000. Según me han señalado algunos jueces alemanes la finalidad de la reforma de 1993 en este punto es el de posibilitar, tras la reunificación alemana, la “liberación” de jueces formados en el sistema jurídico de la RFA mediante la intervención de menos jueces profesionales en las Salas de lo Penal del LG, a fin de que los jueces “liberados” ejerzan sus funciones en los *Länder* de la antigua RDA. Al parecer es poco probable que el par. 76.2 GVG en su redacción vigente quede derogado al final del año 2002 (como demuestran las sucesivas prórrogas producidas hasta ahora), por lo que, previsiblemente, se prorrogará nuevamente su vigencia.

¹⁶ “*Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege*”. Entro en vigor el día 1-3-1993 y su texto aparece recogido en el Boletín Federal (BGBI) 1993 I S.50.

¹⁷ Peters: op. cit. pág. 625.

términos abstractos por el § 74.2 GVG mediante un sistema de inclusión por listado (similar al empleado por el legislador español en el artículo 1 LOTJ) que enumera hasta un total de 25 tipos penales individualizados. Se trata casi exclusivamente de delitos de homicidio en sentido amplio o de delitos con resultado de muerte¹⁹.

2.D) Las Salas de lo Penal con competencia objetiva específica. Resultado de la evolución jurídica en la RFA en el período posterior a la segunda guerra mundial, son tres al momento presente: la Sala Penal de Menores (*Jugendkammer*) a la que también se asignan funciones de protección de menores (*Jugendschutzkammer*), la Sala de Protección del Estado (*Staatschutzkammer*) y la Sala Penal Económica (*Wirtschaftsstrafkammer*).

— La primera de ellas aparece regulada en la JGG (§§ 33b, 41 y 108 que regulan su composición y competencia) y la GVG, que en sus §§ 26 y 74b le atribuye competencia, en cuanto Sala de Protección de Menores, para el conocimiento en primera instancia de los procesos por delitos para los que son competentes las Grandes Salas de lo Penal, cometidos por adultos “cuando hubiese sido ofendido o puesto en peligro un niño o un menor, así como respecto de las infracciones de adultos contra disposiciones que protejan o sirvan a la educación de menores” —que al igual que en el caso de los Tribunales de Escabinos de Menores han de ser un hombre y una mujer en cada vista principal— y un juez profesional con funciones de presidente cuando actúa como Pequeña Sala Penal de Menores (con competencia para conocer del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Juez de Menores) y por dos escabinos de menores y tres jueces profesionales, incluido el presidente, cuando actúa como Gran Sala Penal de Menores (competente, a diferencia de lo que sucede en general en el ámbito del LG, para conocer del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales de Escabinos de Menores). Como órgano de la jurisdicción de menores es competente para conocer en primera instancia de las causas que, de acuerdo con las reglas generales de la GVG pertenecen a la competencia del Tribunal del Jurado, de aquellas cuya competencia asuma por su especial extensión, a propuesta del Tribunal de Escabinos de Menores (§ 40.2 JGG), de las causas conexas seguidas contra menores y adultos cuando una Gran Sala de lo Penal sea competente para conocer contra el adulto, conforme a las disposiciones generales (§ 41 JGG) y, por último, de las causas seguidas por infracciones cometidas por adolescentes cuando sea de esperar la

imposición de una pena privativa de libertad superior a cuatro años (§ 108.3 JGG). También está prevista expresamente la posibilidad de que la Gran Sala Penal de Menores decida en el auto de apertura del procedimiento principal su composición por dos escabinos de menores y dos jueces profesionales, incluido el presidente, cuando la causa no pertenezca al ámbito de competencia objetiva del Tribunal del Jurado conforme a las normas generales de la GVG o cuando por su extensión o complejidad no parezca necesaria la colaboración de un tercer juez profesional (§ 33b.2 JGG)²⁰.

— La Sala de Protección del Estado es una Gran Sala de lo Penal que sólo existe en los LG en cuya demarcación tenga su sede un OLG y a la que corresponde el enjuiciamiento en primera instancia de los delitos relativos a la seguridad del Estado que aparecen relacionados en el § 74a.1 GVG²¹. También en estos casos ha previsto la GVG un supuesto de competencia móvil, ya que la competencia del LG decae cuando el Fiscal General Federal, a causa de la especial importancia del caso, asumiera la persecución antes de la apertura del procedimiento principal, pues entonces, como regla general, la competencia objetiva viene atribuida al OLG (vid. § 74a.2 GVG).

— Finalmente la Sala Penal Económica es una Sala con competencia específica en materia de Derecho Penal Económico a la que incumbe la resolución de los recursos de apelación contra las sentencias del Tribunal de Escabinos (en cuyo caso actúa como una Pequeña Sala de lo Penal con la composición propia de ésta) y el enjuiciamiento en primera instancia —esto es, como Gran Sala de lo Penal— respecto de los hechos punibles enumerados en el § 74c.1 GVG (los previstos en la Ley contra la Competencia Desleal, la Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Patentes, Ley de Modelos de Utilidad, Ley de Marcas, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley de Cooperativas, Código de Comercio, Ley sobre Entidades Bancarias, de Depósito, Bolsa y Crédito, Ley sobre Inspección de Seguros, etc.).

Como ya ha quedado expuesto (vid. nota nº 9), la participación de los escabinos queda excluida respecto de los órganos superiores de la Administración de Justicia Penal: los Tribunales Superiores del *Land* (OLG) y el Tribunal Supremo Federal (BGH), cuyas Salas Penales tan sólo están integradas por jueces profesionales (§§ 122 y 139 GVG). Esta exclusión opera, tanto en la actividad de estos órganos jurisdiccionales en la resolución del recurso de

¹⁹ P. ej. abusos sexuales de niños con resultado de muerte (§ 176b StGB), coacción sexual o violación con resultado de muerte (§ 178 StGB), asesinato (§ 211 StGB), homicidio (§ 212 StGB), abandono con resultado de muerte (§ 221.3 StGB), lesiones corporales con resultado de muerte (§ 227 StGB), provocación de una explosión por energía nuclear (§ 307.1 bis 3 StGB), provocación de una explosión con resultado de muerte (§ 308.3 StGB), etc.

²⁰ Aunque la ley no ha previsto expresamente la posibilidad de que la Gran Sala Penal de Menores decida su composición por tan solo dos jueces profesionales y dos escabinos de menores cuando conozca del recurso de apelación contra las sentencias del Tribunal de Escabinos de Menores, en la práctica se viene aceptando esta posibilidad —admitida expresamente por el BGH en su auto de 23-4-1996— por aplicación analógica del citado § 33b.2 JGG.

²¹ Entre otros, tracción a la paz en los casos del § 80a StGB, puesta en peligro del Estado democrático de Derecho en los casos de los §§ 84 a 86, 87 a 90, 90a 3 y 90b StGB, puesta en peligro de la defensa del *Land* en los casos de los §§ 109d a 109g StGB, deportación (§ 234a StGB) o delación política (§ 241a StGB).

casación contra sentencias de los tribunales inferiores cuanto en la actividad del OLG como órgano competente para conocer en primera instancia de las causas por delitos graves relativos a la seguridad del Estado. Como ha señalado Peters²², la naturaleza y características del recurso de casación excluyen la posibilidad de colaboración de jueces legos en los órganos competentes para conocer de este recurso, ya que se trata de un medio de impugnación que únicamente permite un examen de la interpretación de la ley realizada por los órganos jurisdiccionales inferiores, y ello exige en cualquier caso jueces con formación jurídica.

III. CAUSAS DE INCAPACIDAD, INIDONEIDAD Y EXCUSAS DE LOS ESCABINOS. EL PROCESO DE DESIGNACION DE LOS ESCABINOS

La asunción del cargo de escabino una vez producida la designación es un deber, ya que los escabinos designados sólo pueden excusarse del cargo por alguna de las causas tasadas que aparecen previstas en el § 35 GVG.

Presupuesto para la designación de una persona como escabino es su aptitud para el cargo, que aparece regulada en el § 32 GVG de manera negativa, esto es, enumerando las causas de incapacidad para el ejercicio del cargo. Así son incapaces para el ejercicio del cargo de escabino: a) las personas que, a consecuencia de una decisión judicial, no poseyeran la capacidad para desempeñar cargos públicos, o que, a causa de un hecho doloso, hubieran sido condenadas a pena privativa de libertad de más de seis meses de duración; b) las personas contra las que penda un procedimiento de averiguación a causa de un hecho que pudiera tener como consecuencia la pérdida de la capacidad para desempeñar cargos públicos; y c) las personas que, a consecuencia de una resolución judicial, tuvieran limitada la disposición sobre su patrimonio²³. La intervención en el proceso de un escabino no apto o incapaz no determina sin más la nulidad de su actuación jurisdiccional y en particular de la sentencia, pero puede fundar un motivo de casación absoluto contra ésta al amparo del § 338 StPO.

²² Peters. op. cit. pág. 118.

²³ Supuestos de la última causa de incapacidad para el cargo de escabino son las resoluciones limitativas de la capacidad de disposición sobre el propio patrimonio adoptadas en el curso de procedimientos concursales. En cuanto a la causa de incapacidad del n.º 2 del § 32 GVG (pendencia de un procedimiento de averiguación), se ha señalado por la doctrina alemana que su fundamento radica en la pérdida de confianza de la colectividad y de los propios participantes en el proceso en la objetividad e integridad de un escabino que no garantiza estas cualidades en la medida en que existe una sospecha contra él. La pendencia del procedimiento de averiguación se produce desde la iniciación del proceso por la Fiscalía, que expresa así su voluntad de perseguir penalmente los hechos (no por la mera presentación de la denuncia o por la mera actividad inicial de la policía, pues, de lo contrario, se posibilitaría la exclusión artificiosa de escabinos mediante la sola presentación de una denuncia, incluso anónima) hasta la finalización de este por el sobreseimiento, por el auto firme de denegación de apertura del procedimiento principal o por la sentencia firme. Vid. Peters: op. cit. p. 121. Kissel: comentario al § 32 GVG en "Karlsruher Kommentar" cit. págs. 1904 y 1905.

Además de la aptitud para el cargo de escabino es preciso que la persona designada resulte idónea para dicho cargo. Son inidóneos para el cargo de escabino aquellos sujetos que no deben ser designados, ya sea por motivos personales (§ 33 GVG), ya sea por motivos de tipo profesional (§ 34 GVG). Entre los primeros se encuentran los siguientes supuestos: a) las personas que, al inicio del período del cargo, tuvieran menos de 25 años; b) las personas que tengan más de 70 años de edad o que los tendrían al comienzo del período del cargo; c) las personas que, en el momento de formación de las listas de propuesta, no hubieran vivido todavía un año en la comunidad; y d) las personas que a causa de defectos psíquicos o físicos no fueran apropiadas para el cargo. Los motivos de tipo profesional comprenden a determinados funcionarios, órganos políticos o autoridades (el Presidente de la República Federal, los miembros del Gobierno Federal o del Gobierno de un *Land* y los funcionarios que, en cualquier momento, pudieran ser cesados o jubilados provisionalmente: n.º 1 a 3); personas con una intervención decisiva en la Administración de Justicia (jueces, funcionarios de la Fiscalía, notarios y abogados: n.º 4) o en la ejecución penal (funcionarios judiciales de ejecución, funcionarios de policía uniformados, funcionarios de instituciones penitenciarias, etc.: n.º 5); sacerdotes o integrantes de órdenes religiosas (n.º 6) y, por último, a las personas que ya hubieran estado ocupadas durante ocho años como jueces honoríficos en la Administración de Justicia Penal, y cuya última prestación de servicio distara, al comienzo del período del ejercicio del cargo, menos de ocho años (n.º 7)²⁴. Finalmente se prevé la posibilidad de que la legislación de los *Länder* establezca la inidoneidad de otros altos funcionarios de la Administración (§ 34.2 GVG). La designación para el cargo de escabino de una persona inidónea no determina, a pesar de la infracción de los §§ 33 y 34 GVG, la ineficacia del llamamiento, ya que el sujeto designado no es incapaz para el ejercicio del cargo. Ello excluiría, en principio, la existencia de un motivo de casación por esta circunstancia.

Finalmente el § 35 GVG regula las causas de excusa (literalmente "rechazo": *Ablehnung*) que permiten exonerar a una persona de la carga que conlleva el ejercicio de la función. Las posibilidades de excusa están limitadas a siete motivos, fundados en las circunstancias profesionales del sujeto llamado al cargo (miembros del *Bundestag*, del *Bundesrat*, el Parlamento Europeo, del Parlamento de un *Land* o de una segunda cámara; médicos, dentistas, enfermeras, enfermeros y comadronas; y directores de farmacia que no tuvieran ocupados a otros farmacéuticos: n.º 1, 3 y 4), en las circunstancias personales de éste que hacen especialmente gravoso el desempeño del cargo (personas que tengan más de 65 años de edad, o que los tendrían al final del período del ejercicio del cargo; personas que justificaran que el ejercicio del cargo les impide gravemente el cuidado personal y directo de su familia; y personas que justificaran que el ejercicio del cargo sig-

²⁴ La inclusión de este supuesto de inidoneidad está encaminado a evitar la existencia de "escabinos profesionales", esto es, personas que regularmente sean llamadas al cargo de escabino; lo que produciría el efecto de impedir la participación de la población en toda su extensión. Vid. Kissel: comentario al § 34 GVG en "Karlsruher Kommentar" cit. pág. 1907.

nifica para ellos o un tercero un peligro o menoscabo de especial importancia o dureza en sus medios de vida básicos: n° 5, 6 y 7) y en la reiteración del llamamiento (personas que, en el período previo de ejercicio del cargo, hubieran cumplido la obligación de juez honorífico en la Administración de Justicia Penal durante 40 días, así como las personas que ya estuvieran ocupadas como jueces honoríficos: n° 2).

Por último debe señalarse que, de conformidad con lo prevenido en el § 31.1 StPO, a los escabinos les son aplicables en el caso concreto las causas de abstención y recusación de los jueces previstas en los §§ 22 y ss. StPO, en atención a sus particulares relaciones con la causa a cuyo enjuiciamiento están llamados²⁵.

La selección de los escabinos se realiza a través de un procedimiento complejo que aparece regulado en los §§ 36 y ss. GVG y que comprende diferentes fases:

1ª) *Elaboración de la lista de propuestas (§ 36 GVG)*. Se realiza por los municipios cada cuatro años como una actividad delegada. La lista de propuestas comprende un número elevado de personas elegibles para el cargo de escabino (incluyendo proporcionalmente todos los grupos de población según sexo, edad, profesión o posición social), y para la inclusión en la misma de un candidato es necesaria la aprobación de las dos terceras partes del número legal de miembros de la representación del municipio. La lista es objeto de exposición pública en el municipio durante una semana a fin de que cualquier interesado pueda hacer valer su oposición contra la misma por haber sido incluidas personas incapaces o inidóneas para el desempeño de la función de escabino.

2ª) *Decisión de la comisión sobre las impugnaciones de la lista de propuestas y elección de los escabinos (§§ 38 a 43 GVG)*. Una vez remitida la lista de propuestas al Juez del AG de la demarcación se forma en éste una comisión para la elección de los escabinos. Dicha comisión está compuesta por un Juez del AG como presidente, un funcionario administrativo designado por el Gobierno del *Land* y diez personas de confianza, elegidas entre los habitantes de la demarcación del AG por los representantes de los distritos administrativos inferiores, como vocales. La resolución sobre las impugnaciones formuladas contra la lista de propuestas conduce a la elaboración de la lista de propuestas rectificadas, de la que se elige por la comisión, por mayoría de dos tercios de los votos, el número necesario de escabinos titulares y escabinos sustitutos (*Hilfsschöffen*). El número necesario de escabinos titulares y sustitutos exigidos para cada AG es determinado por el Presidente del LG o el Presidente del AG, según los casos.

3ª) *Elaboración de la lista de escabinos (§ 44 GVG)*. Los escabinos titulares y sustitutos designados por la comisión son incluidos en las listas de escabinos, expuestas en cada AG.

4ª) *Sorteo de los escabinos para las audiencias particulares (§§ 45 y 77 GVG)*. Los concretos días de audiencias o vistas ordinarias del Tribunal de Es-

cabinos o de las Salas de lo Penal del LG son determinados de antemano para todo el año, y una vez fijado el calendario de audiencias, se procede a la determinación del orden por el que participarán los escabinos en las audiencias particulares. Esto se hace en sesión pública por sorteo, encomendándose al Juez del AG (o al Presidente del LG en el caso de los escabinos de las Salas de lo Penal del LG) la dirección del sorteo. El resultado del sorteo es comunicado a los escabinos titulares que han resultado elegidos, a quienes se indica los días de audiencia en que deberán desarrollar su actividad y las consecuencias jurídicas de su incomparecencia.

El principio de igualdad de derechos del hombre y de la mujer recogido en el artículo 3.2 GG determinó la derogación de la redacción originaria de la GVG, la cual exigía que al menos uno de los escabinos fuese un hombre. Por ello es perfectamente posible —salvo en el caso de los Tribunales de Escabinos de Menores y en las Salas Penales de Menores que, como ya quedó expuesto, están siempre compuestas por un escabino de cada sexo— que un órgano jurisdiccional en que participan escabinos esté compuesto sólo por hombres o sólo por mujeres.

Antes de la primera vista en la que intervenga un escabino designado se procede a la prestación de juramento o promesa en audiencia pública ante el Presidente de la Sala²⁶.

Los escabinos tienen derecho a percibir una indemnización por el tiempo invertido en el ejercicio de la función (indemnización básica e indemnización por pérdida de ingresos), por los gastos necesarios de desplazamiento y por los demás gastos derivados del ejercicio de cargo, de conformidad con lo previsto en la Ley sobre Indemnización de los Jueces Honoríficos²⁷ (§ 55 GVG). La solicitud de indemnización debe hacerse valer en el plazo de un año desde la finalización de la prestación del servicio por el escabino ante el tribunal en el que hubiese colaborado, que es el competente para fijar el importe de la indemnización por medio de auto. Contra este auto cabe interponer recurso de queja cuando la indemnización fijada sea inferior al menos en 100 marcos alemanes a la solicitada.

De conformidad con lo dispuesto en el § 56 GVG los escabinos que, sin causa suficiente de justificación, no compareciesen a tiempo a las audiencias o se sustrajeran de otra manera al cumplimiento de sus obligaciones pueden ser sancionados con una corrección disciplinaria económica²⁸, además de verse obligados a hacer frente a las costas causadas. La imposición de la sanción se acuerda por el Juez del AG (o el Presidente de la Sala en el caso de escabi-

²⁵ Para un estudio detallado de las causas de abstención y recusación de los jueces y personal al servicio de los tribunales en el sistema procesal penal alemán puede verse Gómez Colomer: op. cit. págs. 64 a 66; Peters: op. cit. págs. 146 a 152; Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. págs. 40 a 46.

²⁶ La fórmula de la promesa o juramento (durante el que debe alzarse la mano derecha) aparece recogida en el § 45 DRiG y es la siguiente: "Prometo (o juro) cumplir las obligaciones de juez honorífico con fidelidad a la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania y a la ley, según mi mejor saber y conciencia, con independencia de la persona a juzgar, y servir únicamente a la Verdad y a la Justicia (con la ayuda de Dios)".

²⁷ "Gesetz über die Entschädigung der ehrenamtlichen Richter" en su texto de 1-10-1969 (BGBl 1969 I S 1753) Desde su publicación dicha Ley ha sufrido diversas modificaciones.

²⁸ Al parecer de hasta 1.000 marcos alemanes al momento presente Véase en este sentido: "Leitfaden für Schöffen". Folleto explicativo para escabinos publicado por el Ministerio de Justicia de Baden-Württemberg. Stuttgart. 1996, pág. 21.

nos que desempeñen su función en el LG: § 77.3 inciso final GVG) previa audiencia de la Fiscalía y contra su resolución cabe interponer recurso de queja. Cabe la revocación total o parcial de la resolución sancionadora si con posterioridad se ofreciese una causa justificativa que disculpe el retraso o el incumplimiento de la obligación por parte del escabino.

De otro lado, los §§ 47 a 50 GVG regulan el procedimiento de designación y llamada de los denominados "escabinos sustitutos" (*Hilfsschöffen*) y "escabinos suplementarios" (*Ergänzungsschöffen*). Los primeros actúan en las audiencias extraordinarias o cuando fuese preciso en alguna audiencia concreta la llamada de otros escabinos distintos de los convocados en primer lugar (p. ej. porque decae el escabino principal llamado inicialmente). Los escabinos suplementarios son una modalidad de escabinos sustitutos que intervienen en las vistas orales de larga duración cuando así lo acuerda el Presidente de la Sala (§ 192 GVG). Estos escabinos están presentes en el desarrollo de la vista principal, pero sólo entran a formar parte del tribunal si en el curso de ésta surgiese algún impedimento que afectase a alguno de los escabinos principales llamados en primer lugar (muerte o enfermedad, p. ej.). Se trata así de impedir la repetición de la vista principal que, en caso contrario, debería producirse por la vigencia del principio de inmediación en el sistema procesal penal alemán. En ambos casos estos escabinos son elegidos por su orden de la lista de escabinos sustitutos que es elaborada simultáneamente a la lista de escabinos principales. Así, si fuera suprimido un escabino de la lista de escabinos titulares ocupa su lugar el escabino sustituto que se encuentre más próximo según el orden de la lista de escabinos sustitutos, el cual es entonces suprimido de la lista de sustitutos.

Por último debe tenerse presente que cabe la posibilidad de supresión de un escabino de la correspondiente lista cuando sobrevengan o sean conocidas su incapacidad para el cargo de escabino o la concurrencia de circunstancias determinantes de su inidoneidad o cuando el interesado así lo solicitase por haber participado efectivamente en vistas durante al menos veinticuatro días de audiencia en el curso de un año judicial, y que también está prevista la posibilidad de dispensa del cargo de escabino en determinados días de audiencia cuando el interesado así lo solicitase al haber sobrevenido motivos impeditivos. En todos estos casos decide sobre la supresión del escabino de la lista o sobre la dispensa el Juez del AG, la correspondiente Sala de lo Penal del LG o el Presidente de ésta, según se trate de escabinos que prestan sus servicios en uno u otro órgano jurisdiccional, y sus resoluciones no son susceptibles de recurso (§§ 52, 54 y 77.3 inciso final GVG).

IV. LA POSICIÓN DE LOS ESCABINOS EN LA VISTA PRINCIPAL. DELIBERACION Y VOTACION. PUBLICACION Y REDACCION DE LA SENTENCIA. REGIMEN DE RECURSOS

El principio general de que los escabinos ejercen su función jurisdiccional con la misma extensión e

idéntico derecho de voto que los jueces profesionales (recogido en el ya citado § 30.1 GVG como regla general que delimita los poderes de los escabinos, en tanto que no se haya establecido legalmente alguna excepción) opera con toda su plenitud en el denominado "procedimiento principal" (*Hauptverfahren*), y específicamente en la "vista principal" (*Hauptverhandlung*; equivalente al juicio oral o plenario en el sistema procesal español), pero no alcanza a las decisiones jurisdiccionales adoptadas por el tribunal fuera de la vista principal. Estas se dictan solamente por el Juez del AG en el caso de los Tribunales de Escabinos (§ 30.2 GVG) o por los jueces profesionales que integran las diferentes Salas de lo Penal del LG (§ 76.1 inciso final GVG). Así la colaboración de los escabinos comprende la promulgación de la sentencia y el de las demás resoluciones (autos) que complementan ésta o que están vinculadas a la misma (los autos por los que se acuerda la suspensión condicional de la pena o de la medida de seguridad, la continuación de la prisión o del internamiento provisional o el aplazamiento o suspensión de la prohibición de ejercicio de la profesión: §§ 268a, 268b y 456c StPO), respecto de los que la participación de los escabinos es ilimitada; pero se extiende además a todos los autos que pueden ser dictados en el curso de la vista principal y que no pueden ser promulgados únicamente por el presidente, en la medida en que suponen una decisión del tribunal como órgano colegiado, aún cuando no estuvieran relacionadas con el pronunciamiento de la sentencia y pudieran ser promulgadas también sin vista oral (p. ej. las resoluciones por las que se acuerda la prisión por incomparecencia injustificada del acusado o la celebración de la vista principal pese a su incomparecencia si se den determinadas circunstancias, aquellas por las que se resuelve la objeción de uno de los participantes de la vista frente a una decisión del presidente en el ejercicio de sus funciones de dirección de la vista, o la imposición de una corrección económica y de las costas causadas al testigo o perito que, citado en forma, no hubiese comparecido a la vista: §§ 230.2, 232, 238.2, 51 y 77 StPO).

Por el contrario quedan excluidas, en cuanto resoluciones exigidas fuera de la vista principal, aquéllas que han de ser dictadas antes o tras la conclusión de ésta y que son promulgadas únicamente por el juez o jueces profesionales que integran el tribunal (p. ej., los autos relativos a la prisión provisional del inculcado o a la suspensión de la ejecución de esta medida, la resolución por la que se acuerda la apertura del procedimiento principal²⁹, el auto por el que el tribunal de primera instancia inadmite por extemporánea la apelación interpuesta tardíamente y las resoluciones dictadas por el tribunal de primera instancia en ejercicio de sus competencias en mate-

²⁹ El Tribunal Constitucional Federal en su auto de 1-10-1969 (cuyo texto puede consultarse en *Neue Juristische Wochenschrift* año 1969, págs. 1291 a 1293) resolvió que el planteamiento en este momento procesal de una cuestión de inconstitucionalidad al amparo del art. 100 GG debe decidirse únicamente por el juez del AG sin intervención de los escabinos.

ria de ejecución de la pena: §§ 126.2, 199 y ss., 319.1 y 462a.2 StPO).

Los escabinos quedan, por tanto, al margen del procedimiento preparatorio o de investigación (*Vorverfahren* o *Ermittlungsverfahren*), encaminado a preparar la decisión de la Fiscalía sobre si ha de ser ejercida o no la acción pública mediante la presentación del escrito de acusación y que, conforme a lo prevenido en el § 160 y ss. StPO, es competencia de la propia Fiscalía sin perjuicio de la que incumbe al Juez Investigador (*Ermittlungsrichter*, papel desempeñado normalmente por el Juez del AG) para acordar las medidas de investigación o coercitivas que afecten a los derechos fundamentales del imputado; del denominado procedimiento intermedio (*Zwischenverfahren*, equivalente a la fase intermedia del proceso penal español) en el que se adopta la decisión sobre la apertura del procedimiento principal por parte del órgano jurisdiccional competente para conocer de éste, pero sin intervención alguna de los escabinos (esto es, tan sólo por el juez o jueces profesionales que integran dicho órgano jurisdiccional); y de la fase de ejecución penal, para la que resulta competente la Fiscalía como autoridad de ejecución penal, aparte de las competencias que se asignan por el § 78a GVG a las Salas de Ejecución Penal (*Strafvollstreckungskammer*) constituidas en el ámbito de los LG —que están integradas únicamente por jueces profesionales— para dictar las resoluciones jurisdiccionales necesarias en esta fase de ejecución (así, p. ej., aquéllas por la que se revoca la remisión condicional de la pena, o se suspende la ejecución del resto de la pena), o de las que se atribuyen al órgano jurisdiccional sentenciador —compuesto únicamente a estos efectos por el juez o jueces profesionales— en ciertos casos concretos (p.ej. para acordar la formación de una pena global o refundición de condenas, cuando esto no se hubiese hecho en la sentencia)³⁰. Tampoco participan los escabinos en los actos de preparación de la vista principal, comprendidos en el procedimiento principal, y que se realizan por el tribunal tras la promulgación del auto de apertura de dicho procedimiento principal con la finalidad de que pueda llegar a celebrarse la vista (determinación de la fecha en que tendrá lugar la vista principal, que incumbe al presidente del tribunal; citación para la vista del acusado, su defensor y, en su caso, de los testigos y peritos; aportación de las piezas de convicción a la vista principal; y comunicación al acusado y a la Fiscalía de la composición del tribunal en los supuestos en que la vista principal se vaya a celebrar ante el LG: §§ 213 a 222b StPO).

Corresponden al presidente del tribunal la dirección de la vista, el interrogatorio del acusado, la práctica de las pruebas y las facultades de policía de estrados (§§ 238.1 StPO y 176 GVG), aunque algunos actos concretos relacionados con la dirección de la vista principal son reservados por la ley al tribunal como órgano colegiado: la decisión sobre la recusación de

uno de sus miembros cuando ésta no ha sido rechazada *ab initio* por inadmisibles (§ 27.1 StPO); las decisiones sobre suspensión o interrupción de la vista principal salvo en los casos de interrupciones breves, que corresponde ordenar al presidente (§ 228 StPO); la excusa de la presencia del acusado en la vista cuando ya hubiera sido interrogado sobre la acusación (§ 228 StPO); el desalojo del acusado de la sala de audiencias durante la práctica de algunas pruebas (§ 247 StPO, que impone al presidente la obligación de informar al acusado del contenido esencial de estas pruebas en cuanto vuelva a estar presente en la sala); el acuerdo sobre la lectura en ciertos supuestos de las actas que recogen las declaraciones judiciales de testigos, peritos o coinculpados (§ 251.4 StPO); la limitación de la publicidad en la vista cuando se den las circunstancias previstas legalmente (§§ 172 a 175 GVG) o la imposición de correcciones disciplinarias por mal comportamiento a los participantes en la vista principal (§ 178.1 GVG), entre otras. Además, dentro de las medidas de dirección que puede tomar el presidente en el curso de la vista debe distinguirse entre las medidas de dirección formal (contra las que no cabe recurso alguno) y las medidas de dirección material, frente a las que cualquiera de los afectados (esto es, no sólo la Fiscalía o el acusado, sino además cualquiera de los jueces del tribunal, incluidos los escabinos), de conformidad con lo previsto en el § 238.2 StPO, puede apelar al tribunal como órgano colegiado a fin de que éste decida por medio de una resolución motivada (auto)³¹.

Durante los interrogatorios del acusado, los testigos o los peritos, realizados principalmente por medio del presidente, se prevé la posibilidad de que los escabinos —al igual que los restantes jueces que integran el tribunal, la Fiscalía, el acusado y su defensor— formulen preguntas con autorización del presidente e interroguen directamente al acusado, testigo o perito. Esta facultad de interrogar directamente puede ser limitada por el presidente en el caso de preguntas inapropiadas o que no guarden relación con la causa y aparece excluida, en principio, en el interrogatorio de testigos menores de 16 años (§§ 240 a 241a StPO). En la práctica lo normal es que el presidente del tribunal, después del interrogatorio del acusado o de cada uno de los testigos o peritos, consulte a los restantes miembros del tribunal sobre si quieren formular alguna pregunta directamente al interrogado y posteriormente ceda la palabra al representante de la Fiscalía, al defensor y al acusado (por este orden) para la formulación de ulteriores preguntas³².

³⁰ Para una exposición detallada del significado y contenido de estas fases del proceso penal alemán y de los órganos competentes en cada caso, Vid. Gomez Colomer: op. cit. pags. 99 a 125, 147 a 160 y 227 a 229. Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. pags. 235 a 279, 305 a 330 y 470 a 473

³¹ En general la doctrina mayoritaria al momento presente reputa medidas de dirección material impugnables mediante el recurso al tribunal todas las decisiones del presidente que son susceptibles de control desde una perspectiva jurídica, en tanto que los actos de dirección formal serían aquellos que tan sólo son objetables desde el punto de vista de la oportunidad. Para una más completa exposición de las diferencias entre los actos de dirección formal y material de la vista y del estado de la cuestión en la doctrina Vid. Roxin. "Strafverfahrensrecht" cit. pags. 341 y 342 Treier comentano al § 238 StPO en "Karlsruher Kommentar" cit. pags. 1017 a 1020

³² A este respecto debe tenerse presente que en el sistema procesal penal alemán la práctica del interrogatorio mediante la técnica del *cross-examination* (interrogatorio cruzado o *Kreuzverhör*) en la que el Ministerio Fiscal y el defensor del acusado asumen una posición activa y preponderante en la práctica de la

La vigencia de los principios de inmediación y oralidad durante la vista principal impone la presencia ininterrumpida durante la totalidad de dicha vista principal (incluido el momento de publicación de la sentencia) de las personas llamadas a dictar la sentencia y que integran el tribunal, esto es, los jueces profesionales y los escabinos (§ 226 StPO). La ausencia de uno de los jueces como consecuencia de una enfermedad o por muerte en el curso de una vista principal larga no puede ser sustituida sin más mediante la integración en el tribunal de un nuevo juez, sino que debería determinar la repetición de la vista desde su comienzo, ya que el juez que sustituye al decaído por enfermedad o muerte no habrá estado presente durante la vista con anterioridad a su incorporación al tribunal. En el caso de procesos extensos es habitual que el presidente llame a uno o más jueces profesionales suplementarios y a uno o más escabinos suplementarios (§ 192.2 y 3 GVG), los cuales participan en la vista principal desde su inicio con el mismo derecho a formular preguntas que los restantes miembros del tribunal, pero sólo intervienen en la deliberación y votación de la sentencia si en el curso de dicha vista resultase impedido uno de los jueces llamados inicialmente a integrar el tribunal.

Otra consecuencia de los principios de inmediación y oralidad, en lo que a la posición de los escabinos en la vista principal atañe, es que éstos, como regla general —y a diferencia de los jueces profesionales que normalmente han estudiado con carácter previo y en profundidad el contenido de los autos—, no pueden tomar conocimiento de los autos. El contacto directo de los escabinos con el contenido de los autos acarrea el peligro de que los jueces legos no diferencien claramente lo que es el objeto de la vista principal, de que formen su convicción sobre los hechos a partir de fuentes diversas e incluso ajenas a lo actuado en la vista principal, y de que puedan ser influidos por la exposición de los hechos aportada por los jueces profesionales desde su conocimiento de los autos y al margen del resultado de las pruebas practicadas en el acto de la vista. Así, mientras que en el caso de los jueces profesionales se parte del principio de que éstos, como consecuencia de su formación jurídica, se encuentran capacitados para resolver en la sentencia al margen de las eventuales influencias derivadas de su conocimiento de los autos, en el de los escabinos no es descartable que la valoración del resultado de la actividad probatoria desarrollada en el acto de la vista principal se vea influida decisivamente por su conoci-

miento del contenido de los autos y, en particular, del resultado de la investigación desarrollada por la Fiscalía que se ha de hacer constar resumidamente en el escrito de acusación, de conformidad con lo previsto en el § 200.2 StPO³³. Por ello se considera inaceptable la entrega previa a los escabinos de una copia del escrito de acusación de la Fiscalía para una mejor comprensión de los hechos, aunque sería posible que los escabinos leyeran la denominada “frase de acusación” (*Anklagesatz*, en la que se expresa el hecho que se imputa al acusado, el tiempo y lugar de su comisión, los rasgos legales característicos del delito del que viene acusado y las disposiciones penales aplicables), sin inclusión del resumen de la investigación y de la relación de los medios de prueba propuestos por la Fiscalía (que también han de figurar en el escrito de acusación), cuando la denominada “frase de la acusación” ya ha sido leída en voz alta por el representante de la Fiscalía al inicio de la vista principal e introducida, por tanto, en dicha vista principal³⁴.

La vigencia de los principios de inmediación y oralidad impone la lectura en voz alta y en el curso de la vista de los documentos u otros escritos que sirvan como medio de prueba, a fin de que los escabinos y el público en general puedan tomar conocimiento de su contenido (§ 249.1 StPO). Cabe, no obstante, la posibilidad de que la Fiscalía, el defensor y el acusado renuncien a la lectura en alta voz de un documento conforme al § 249.2 StPO, en cuyo caso el contenido esencial de éste debe ser comunicado públicamente y además los jueces, incluidos los escabinos, deben tomar conocimiento del tenor literal del mismo mediante la consulta de los autos, si bien con la salvedad de que los escabinos tan sólo podrán leer el documento tras la lectura pública de la “frase de acusación”. Además en ciertos supuestos la ley ha previsto la posibilidad de leer en alta voz el acta que refleja el contenido de una previa declaración, judicial o no, de un testigo,

prueba —prevista en el art. 708 LECrim y aplicable también al juicio oral ante el Tribunal del Jurado conforme al art. 42 LOTJ— es muy excepcional, pues se hace depender por la ley (§ 239 StPO) del común acuerdo del representante de la Fiscalía y del defensor. El principio de obligación judicial de averiguación de la verdad que rige en el proceso penal alemán impone al tribunal la práctica de oficio de la prueba respecto de “todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución” (§ 244.2 StPO) y conlleva una limitación de la posibilidad de recurrir al interrogatorio cruzado. En relación con las ventajas y desventajas derivadas de la posición dominante del presidente durante la práctica de las pruebas y de la eventual reforma del proceso penal alemán en este punto Vid. Roxin: “*Strafverfahrensrecht*” cit. págs. 354 a 356 y 359-360.

³³ El Tribunal Supremo Imperial (*Reichsgericht*, en adelante RG) en su sentencia de 8-2-1935 (que puede consultarse en la Colección Oficial de Resoluciones del RG —*RGSt*— t. 69 págs. 120 a 124), dio lugar al recurso de casación por infracción de los principios de inmediación y oralidad en un supuesto en que los escabinos recibieron en el curso de la vista principal una copia del escrito de acusación, comprensiva del resultado de la investigación desarrollada por la Fiscalía, que pudieron consultar durante dicha vista principal. Esta sentencia contiene interesantes consideraciones sobre el diferente efecto que el conocimiento del escrito de acusación puede tener sobre los jueces profesionales y los jueces legos, y su doctrina ha sido seguida en posteriores sentencias del BGH, como la de 17-11-1958 (que puede consultarse en la Colección Oficial de Resoluciones del BGH —*BGHSt*— t. 13 págs. 73 a 75), en la que se consideraron infringidos los principios de inmediación y oralidad por el hecho de que un escabino, que ayudaba a pasar los folios de los autos a un juez profesional integrante del tribunal y amputado de brazos, aprovechase esta circunstancia para leer el resultado de la investigación desarrollada por la Fiscalía y comprobar si éste concordaba con las declaraciones del acusado y los testigos en el acto de la vista principal. No obstante las posteriores sentencias del BGH de 27-8-1978 y 2-12-1986 (la última de las cuales puede consultarse en *Neue Juristische Wochenschrift* año 1987, págs. 1209-1210) han rechazado que se infrinja el principio de inmediación por la lectura pública al inicio de la vista principal de la “frase de acusación” cuando ésta contiene en alguno de sus puntos referencias al resultado de las investigaciones o valoraciones probatorias.

³⁴ En este sentido Kissel: comentario al § 30 GVG en “*Karlsruher Kommentar*” cit. págs. 1902-1903.

perito o coinculpado, en lugar del interrogatorio de éstos en la vista principal (§§ 250, 251 y 252 StPO)³⁵.

De conformidad con lo dispuesto por el § 260.1 StPO la vista principal finaliza con la publicación de la sentencia, a la que, en el caso de órganos jurisdiccionales colegiados, precede la deliberación y votación. Las normas relativas a la deliberación están encaminadas a evitar influencias externas sobre la decisión judicial, y en este sentido se establece como principio general que tan sólo los jueces llamados a dictar sentencia pueden estar presentes en la deliberación (§ 193.1 frase inicial GVG). Cabe la posibilidad, no obstante, de que el presidente autorice la presencia en la deliberación de las personas que realizan su formación jurídica en el tribunal o de jueces profesionales, fiscales o abogados extranjeros que tomen parte en una estancia de estudios en el tribunal, quienes, en cualquier caso, están obligados, al igual que las restantes personas presentes, a respetar el secreto de las deliberaciones (§ 193.2, 3 y 4 GVG). Al presidente incumbe igualmente dirigir el proceso de deliberación y votación, aunque en el caso de diferencias de opiniones entre los miembros del tribunal decide el colegio sobre el objeto o el orden en que han de ser debatidas y resueltas las diversas cuestiones planteadas, de acuerdo con el § 194 GVG. El secreto de la deliberación determina que no se puedan practicar pruebas sobre el curso y contenido del proceso de deliberación y votación e igualmente impide que las opiniones discordantes de los diferentes jueces respecto de la decisión mayoritaria puedan ser hechas públicas. Las opiniones discrepantes pueden ser reflejadas por escrito pero han de ser unidas a los autos y custodiadas reservadamente como documentos cerrados³⁶.

El orden en el que se procede a la votación aparece regulado en el § 197 GVG de forma que se asegure la independencia de los miembros del tribunal y se eviten no deseadas influencias de unos jueces sobre los otros: en primer lugar vota el ponente y tras él lo hacen los escabinos por orden de edad (los más jóvenes antes que los de más edad), y tras ellos el segundo juez profesional y finalmente el presidente. En ningún caso puede un juez profesional o un escabino de los que integran el tribunal rehusar el voto sobre alguna cuestión porque hubiese quedado en minoría al votar sobre la cuestión precedente (§ 195 GVG). La ley regula el orden en que se realiza la votación por los miembros del tribunal y el régimen de mayorías preciso para la decisión de las diversas cuestiones pero guarda silencio sobre el método en que debe realizarse ésta. Según Roxin³⁷ el orden de los diversos puntos objeto de votación debe seguir las exigencias de la lógica; esto es, como regla general, ha de votarse so-

bre la concurrencia de los presupuestos procesales antes que sobre la cuestión de culpabilidad y sobre ésta antes que sobre la cuestión de la pena:

a) Respecto de los presupuestos procesales (p. ej. la sujeción del acusado a la jurisdicción de la RFA o la competencia del tribunal) se decide por mayoría absoluta conforme al § 196. GVG. La concurrencia o no de la prescripción de la responsabilidad criminal se incluye entre los presupuestos procesales según el § 263.3 StPO.

b) En lo que respecta a la cuestión de culpabilidad la decisión del tribunal ha de tomarse por mayoría de dos terceras partes (§ 263 StPO). Esta comprende un objeto más amplio que la decisión sobre si el acusado es culpable en sentido jurídico-penal, pues incluye la valoración de la concurrencia de las condiciones objetivas de punibilidad y de las circunstancias que, de acuerdo con lo previsto en el StGB, excluyen, atenúan o agravan la punibilidad (§ 263.2 StPO).

c) También es precisa una mayoría de dos terceras partes, conforme al § 263.1 StPO, para resolver sobre la cuestión de la pena, esto es, sobre las consecuencias jurídicas del hecho, como pueden ser la determinación de la concreta pena a imponer o la decisión sobre la remisión condicional de la pena.

d) Finalmente se decide sobre las costas por el régimen general de mayoría absoluta previsto en el § 196.1 GVG.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, tanto en el caso de la cuestión de culpabilidad como en el de las consecuencias jurídicas del hecho la votación ha de hacerse globalmente sobre conclusiones o resultados y no sobre fundamentos o razones concretas de la decisión. Esto supone que no deben realizarse preguntas parciales (como p. ej. ¿ha actuado el acusado dolosamente? o ¿ha actuado el acusado en legítima defensa?), sino la pregunta global de si el acusado ha ejecutado la concreta conducta típica, antijurídica y culpable que se le imputa y debe, por tanto, ser condenado por un determinado delito³⁸.

Por último ha de tenerse presente en relación con la votación que el § 196 GVG contiene algunas reglas especiales para los supuestos en que se formaran en el curso de ésta más de dos opiniones diversas. Así, si en la cuestión de las consecuencias jurídicas del hecho aparecen más de dos opiniones, ninguna de las cuales alcanza la mayoría de dos terceras partes, los votos más desfavorables para el acusado se añaden a los votos inmediatamente menos desfavorables hasta que resulte la mayoría necesaria; y si se formaran en este punto únicamente dos opiniones que no alcancen la mayoría precisa de dos terceras partes valdrá la opinión menos desfavorable para el acusado (párrafo 3º). En el supuesto de que se dé empate de votos en alguna cuestión que haya de ser resuelta por mayoría absoluta tendrá el presidente voto de calidad (párrafo 4º) y si se forman más de dos opiniones sobre cuantías sobre las que haya de decidirse (p. ej. sobre indemnizaciones si se ha ejercitado la acción civil por medio del denominado procedimiento de adhesión —

³⁵ Para una exposición detallada de los supuestos y circunstancias en los que cabe la lectura en la vista principal de las actas que recogen previas declaraciones Vid. Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. págs. 371 a 378. Mayr: comentario a los §§ 251 y 252 StPO en "Karlsruher Kommentar" cit. págs. 1129 a 1148.

³⁶ Vid. en este sentido Mayr: comentario al § 193 GVG en "Karlsruher Kommentar" cit. pág. 2036.

³⁷ Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. pág. 393

³⁸ Vid. en este sentido Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. págs. 393-394 y Hurxthal: comentario al § 263 StPO en "Karlsruher Kommentar" cit. pág. 1207.

Adhäsionsverfahren— previsto en los §§ 403 y ss. StPO) sin que ninguna de ellas tenga la mayoría precisa, los votos dados a la suma más elevada se añadirán al cómputo de los dados a la inmediatamente inferior hasta que resulte la mayoría (párrafo 2º).

En el derecho procesal penal alemán rige, al igual que en el proceso penal español, el principio de libre valoración de la prueba, que aparece consagrado en el § 261 StPO (“sobre el resultado de la práctica de las pruebas decide el tribunal según su libre convencimiento formado a partir de la totalidad de la vista”). Ello supone que no existen pruebas tasadas o de valoración legal y que el tribunal no está vinculado a una determinada disposición probatoria, por lo que la certeza personal sobre unos determinados hechos obtenida por los miembros del tribunal a partir del resultado de las pruebas practicadas en la vista principal es necesaria y también suficiente para fundar un pronunciamiento condenatorio, siempre que aparezcan explicitadas las razones en las que se basa esa certeza. La doctrina alemana ha resaltado la necesidad de proteger al acusado de los posibles errores de valoración cometidos por el tribunal en el proceso de formación de su convicción, lo que exige la motivación probatoria de la resolución como medio de posibilitar el control del proceso de elaboración de la sentencia por otros jueces distintos³⁹.

Como ya se ha señalado, la publicación de la sentencia representa el punto final de la vista principal. Esta se hace en nombre del pueblo tras la finalización de la deliberación (o como máximo hasta el undécimo día después de la terminación de la vista, pues de lo contrario ha de comenzarse ésta de nuevo: § 268.3 StPO) por medio de la lectura de su fallo —previamente fijado por escrito— y explicación oral de sus fundamentos esenciales por el presidente del tribunal, de manera que la redacción por escrito de la sentencia se realiza posteriormente. A la publicación de la sentencia ha de seguir, conforme a lo previsto en el § 35a StPO, la instrucción al interesado de los medios de impugnación posibles, su plazo y forma (que suele ser realizada oralmente también por el presidente). La redacción por escrito de la ejecutoria se realiza con posterioridad por el Juez del AG en el caso del Tribunal de Escabinos o por el juez designado ponente en el caso del Tribunal de Escabinos Ampliado o de las Salas de lo Penal del LG en el plazo máximo de cinco semanas (prorrogable según la duración de la vista principal con sujeción al § 275.1 StPO), y la extensión de su fundamentación puede acortarse en los supuestos en que todas las personas legitimadas hubiesen renunciado a la interposición de los recursos o éstos no hubiesen sido interpuestos dentro de plazo (§ 267.4 y 5 StPO). La ejecutoria comprende las siguientes partes: 1) encabezamiento (también denominado *rubrum* porque originariamente estaba impreso en tinta roja), en el que se han de hacer constar el día o días de la audiencia, los datos identificativos del acusado y los nombres de los jueces,

escabinos, funcionario de la Fiscalía, defensor y fedatario de la oficina judicial que hubieran participado en la vista; 2) el fallo; 3) la lista de preceptos de aplicación al caso; 4) la fundamentación; y c) la firma. La ejecutoria solamente es firmada por los jueces profesionales, mas no por los escabinos que hubiesen formado parte del tribunal (§ 275.2 inciso final StPO), ya que normalmente no estarán presentes en el momento en el que acabe de ser redactada la versión escrita de la sentencia⁴⁰.

Las sentencias dictadas en primera instancia por los órganos jurisdiccionales en los que intervienen escabinos son susceptibles de recurso de apelación (*Berufung*) o casación (*Revision*), según los supuestos. El primero de estos recursos es un medio de impugnación que conduce al examen de la resolución dictada en primera instancia tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, y que se da contra las sentencias dictadas por los órganos del orden penal que integran el AG, esto es, el Juez de lo Penal y el Tribunal de Escabinos. El tribunal competente para conocer del recurso de apelación en todos los supuestos es la Pequeña Sala de lo Penal del LG (salvo en el caso de sentencias dictadas por el Tribunal de Escabinos de Menores en los que la competencia para conocer de la apelación se atribuye por los §§ 33b.1 y 41.2 JGG a la Gran Sala Penal de Menores, según quedó ya expuesto). En el sistema procesal penal alemán el recurso de apelación conduce a la celebración de una nueva vista principal en la que normalmente se procede a la práctica de las pruebas con reiteración incluso de la declaración de los testigos o peritos que ya hubiesen sido interrogados en la vista principal de primera instancia y plena vigencia, por tanto, del principio de inmediación. No obstante, cabe la posibilidad de sustituir la nueva declaración del testigo por la lectura del acta de su previa declaración en la vista principal de primera instancia si se da alguno de los supuestos del § 251 StPO (imposibilidad o extrema dificultad de la comparecencia del testigo a la vista principal) o si la Fiscalía y el acusado mostrasen su conformidad. Fuera de los supuestos del § 251 StPO o del § 253 StPO (relativo a la lectura de actas de previas declaraciones para favorecer el recuerdo del testigo o perito) no cabe sustituir la declaración de un testigo o perito en la vista principal de apelación por la lectura del acta de su previa declaración si a ello se opusieran la Fiscalía o el acusado, y se hubiese solicitado por éste la declaración del testigo o perito en la vista de apelación o hubiese tenido lugar la citación previa reiterada del testigo o perito; y aún constando la conformidad del

³⁹ Para un estudio más detallado del significado del principio de libre valoración de la prueba en el sistema procesal penal alemán —lo que, evidentemente, excede del objeto de este trabajo— Vid. Gómez Colomer: op. cit. págs. 51-52 y Roxin: “*Strafverfahrensrecht*” cit. págs. 98 a 106.

⁴⁰ En la práctica —y salvo en los supuestos de sentencias con fundamentos resumidos conforme al § 267.4 StPO— las sentencias condenatorias de los tribunales penales alemanes en los que intervienen escabinos (particularmente las de las Salas de lo Penal del LG) incluyen una motivación exhaustiva en la que, aparte de la argumentación al respecto de los diversos medios de prueba de cargo y descargo que sirven para fundar la convicción del tribunal (motivación probatoria), se contiene una pormenorizada descripción de los hechos enjuiciados, del historial personal del acusado y de los motivos determinantes de la imposición de una concreta pena. Para un estudio más detallado de la publicación de la sentencia, de la redacción de la ejecutoria y de su fundamentación Vid. Roxin: “*Strafverfahrensrecht*” cit. págs. 394 a 404.

acusado y la Fiscalía respecto de la lectura del acta de una previa declaración, el deber de averiguación de la verdad que incumbe al tribunal podría llevarle a acordar el interrogatorio directo del testigo o perito en la vista principal de apelación. Las características del recurso de apelación hacen que no sea necesaria la fundamentación del escrito mediante el que se interpone el recurso, aunque dicha fundamentación es posible (§ 317 StPO); y además cabe limitar el recurso a determinados puntos concretos de impugnación de la sentencia de primera instancia (p. ej. la pena fijada por el tribunal *a quo*), en cuyo caso la actividad probatoria en la segunda instancia se circunscribe a dichos puntos concretos de impugnación.

El recurso de casación, por el contrario, es un recurso limitado que sólo conduce a un examen de la sentencia impugnada desde el punto de vista jurídico y que debe fundarse en alguno de los motivos tasados que aparecen contemplados en los §§ 337 (motivos de casación relativos: violación de la ley por la sentencia impugnada que aparezca vinculada causalmente al contenido de la sentencia) o 338 StPO (motivos de casación absolutos en los que se da por supuesta la relación causal entre la violación de la ley y el contenido de la sentencia). El presupuesto para la viabilidad del recurso de casación es que se haya producido una violación de la ley, ya sea ésta una infracción del derecho material (en cuyo caso el tribunal de casación debe examinar si el derecho material ha sido correctamente aplicado a los hechos fijados por el tribunal de instancia) o del derecho procesal (lo que conlleva el examen por parte del tribunal de casación de la interpretación del derecho procesal realizada por el órgano jurisdiccional inferior y también la comprobación de que éste ha fijado correctamente un determinado hecho que ha de ser subsumido en una norma procesal).

Son susceptibles de recurso de casación (aparte de las sentencias dictadas en primera instancia por las Salas de lo Penal de los OLG, en las que no participan los escabinos), las sentencias dictadas en primera instancia por las Grandes Salas de lo Penal de los LG (incluido el Tribunal del Jurado), las sentencias de apelación de las Pequeñas Salas de lo Penal (o de la Sala Penal de Menores cuando actúa como tribunal de apelación) y las sentencias dictadas en primera instancia por los órganos jurisdiccionales que integran el AG (esto es, el Juez de lo Penal y el Tribunal de Escabinos o los órganos competentes de la jurisdicción de menores). En el caso de las sentencias dictadas en primera instancia por los diversos órganos del AG caben, por tanto, dos posibilidades de impugnación: 1) la interposición del recurso de apelación y la eventual impugnación de la sentencia recaída en la segunda instancia mediante el recurso de casación; y 2) la impugnación directa de la sentencia de primera instancia por medio del recurso de casación, supuesto éste en el que se habla de casación *per saltum* (*Sprungrevision*). La decisión de cual de las dos vías de impugnación se hará valer en el caso concreto corresponde al recurrente, quien normalmente interpondrá el recurso de apelación cuando preten-

da el examen de los fundamentos de orden fáctico de la sentencia de primera instancia y hará valer el recurso de casación contra las infracciones del derecho material o procesal en que dicha sentencia pueda haber incurrido.

Los tribunales competentes para conocer del recurso de casación son: a) el OLG, que conoce del recurso contra las sentencias dictadas por el LG al resolver el previo recurso de apelación (esto es sentencias dictadas por la Pequeña Sala de lo Penal o por la Sala Penal de Menores en funciones de tribunal de apelación), contra las sentencias del AG susceptibles de apelación en los casos de casación *per saltum*, y contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Salas de lo Penal del LG (incluido el Tribunal del Jurado) cuando la casación se funde exclusivamente en la violación de una norma jurídica contenida en la legislación del *Land* (§§ 121.1 GVG y 335.2 StPO); b) el BGH, cuyas Salas de lo Penal conocen del recurso de casación contra las sentencias de primera instancia de los OLG y contra las sentencias dictadas en primera instancia por los LG (Grandes Salas de lo Penal y Tribunal del Jurado) siempre que, en este último caso, la casación se apoye en la violación del derecho federal, y además del recurso de casación del que está llamado inicialmente a conocer un OLG cuando éste en su resolución pretenda apartarse de una resolución del BGH o de otro OLG en los términos previstos en el § 121.3.2 GVG. En estos casos el OLG debe elevar la causa directamente al BGH y se discute por la doctrina alemana si este último debe limitarse a la resolución en términos abstractos de la cuestión jurídica planteada o puede decidir además la causa concreta que le ha sido elevada por el OLG.

La regulación del régimen de recursos contra las sentencias dictadas por los tribunales del orden penal ha originado en Alemania discusiones doctrinales derivadas del hecho de que en las causas seguidas por delitos leves se asegure la posibilidad de una doble instancia y de un ulterior recurso de casación, mientras que en las causas penales por delitos graves de las que conocen en primera instancia los LG o los OLG aparezca excluido el recurso de apelación y sólo sea posible la impugnación de la sentencia por medio de un recurso limitado como es la casación. En general se ha venido sosteniendo que la composición de las Salas de lo Penal de los tribunales superiores (en los que generalmente intervienen más jueces que en los órganos jurisdiccionales del AG) posibilita una elaboración más cuidada de la resolución, a lo que contribuye igualmente una más profunda aclaración del material procesal en la fase de investigación previa al proceso judicial, que puede faltar en los procesos por delitos leves o de gravedad media en los que el procedimiento preparatorio debe necesariamente ser más breve. En cualquier caso, no faltan en la RFA opiniones doctrinales favorables a la ampliación de la posibilidad del recurso de apelación respecto de las sentencias dictadas por las diversas Salas de lo Penal del LG (particularmente en el caso de delitos capitales) o contrarias a este recurso en los térmi-

en los términos en los que aparece concebido al momento presente en el sistema procesal penal alemán⁴¹.

BIBLIOGRAFIA

- Albrecht, P.A.: "Jugendstrafrecht", 1ª Edición, C.H. Beck, Munich 1987.
- Gómez Colomer, J.L.: "El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas", 1ª Edición, Ed. Bosch, Barcelona 1985.
- "Leitfaden für Schoffen". Folleto explicativo para escabinos publicado por el Ministerio de Justicia del Land Baden-Württemberg. Stuttgart 1996.
- Marquardt, K./Göbel, K.: "Strafprozess", 4ª Edición, C.H. Beck, Munich 1992.
- Peters, K.: "Strafprozess", 4ª Edición, C.F. Müller, Heidelberg 1985.
- Pfeiffer, G.: "Grundzüge des Strafverfahrensrecht", 2ª Edición, C.H. Beck, Munich 1987.

- Pfeiffer, G. (editor): "Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einfuhrungsgesetz", 3ª Edición, C.H. Beck, Munich 1993.
- Rössner, D.: "El Derecho Penal de Menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes", en "Legislación de Menores en el Siglo XXI. análisis de Derecho Comparado". Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.
- Roxin, C.: "Strafprozessrecht", 14ª Edición, C.H. Beck, Munich 1994.
- Roxin, C.: "Strafverfahrensrecht", 25ª Edición, C.H. Beck, Munich 1998. ("Derecho Procesal Penal"; traducción de la 25ª edición alemana por G.E. Córdoba y D.R. Pastor, revisada por J.B. Maier, 1ª Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000).
- Schaffstein, F./Beulke, W.: "Jugendstrafrecht", W. Kohlhammer, 9ª Edición, Stuttgart 1987.
- Schonke, A./Schroder, H.: "Strafgesetzbuch. Kommentar", 25ª Edición, C.H. Beck, Munich 1997.
- Varela Castro, L. (director): "El Tribunal del Jurado". Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la
Asociación Pro Derechos Humanos de España
José Ortega y Gasset, 77, 2ª - 28006 Madrid.

⁴¹ Vid. a este respecto Gómez Colomer op. cit. p 194 y Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit pag 430. Para un estudio general y detallado del sistema de recursos en el proceso penal alemán pueden consultarse los capítulos relativos a la teoría general sobre los medios de impugnación y al recurso de casación que aparecen en Gómez Colomer: op. cit. págs. 187 a 193 y 197 a 205; Roxin: "Strafverfahrensrecht" cit. págs. 418 a 429 y 437 a 461, y Peters: op. cit. págs. 622 a 632.