

El Derecho penal y la protección de los derechos fundamentales

Eckart Ratz*

Resumen: Nuestra comprensión de la igualdad de derechos para todos se basa en los derechos fundamentales, la democracia y la separación de poderes, que se entienden uniformemente en Europa, lo que permite normas análogas en todo el continente y exige la subsidiariedad. En el derecho penal, la terminología clara es, igualmente, indispensable en la aplicación de la ley y en el diálogo entre la democracia y el Estado de derecho.

Palabras claves: Derechos fundamentales, democracia, Derecho penal, Estado de derecho, Europa.

Abstract: Our understanding about equal rights for all is based on fundamental rights, democracy and the separation of powers, which are uniformly understood in Europe, which allows for similar rules throughout the continent and requires subsidiarity. In criminal law, clear terminology is also essential in the application of the law and in the dialogue between democracy and the rule of law.

Keywords: Fundamental rights, democracy, Criminal law, Rule of law, Europe.

* Presidente del Tribunal Supremo de Austria, Profesor Honorario de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Viena. Es editor y autor de los Comentarios vieneses (*Wiener Kommentare*) al Código penal y a la Ordenanza Procesal Penal. Responsable de la parte penal del registro de decisiones de apelación de la *Österreichische Juristen-Zeitung* (ÖJZ). Correo: eckart.ratz@univie.ac.at El texto original se intitula «Strafrecht und Grundrechtsschutz» y corre publicado en *Österreichisches Anwaltsblatt* 2017/06, pp. 350-356; se corresponde con la ponencia presentada en la 45° Conferencia de Presidentes el día 24.02.2017 en Viena. La traducción fue realizada por el Dr. iur. John Zuluaga LL.M., Profesor Asociado Universidad Sergio Arboleda (USA – Bogotá, Colombia) y revisada por el profesor Fernando Velásquez Velásquez.

Los derechos fundamentales

El señor Presidente Dr. Wolff me ha invitado a realizar un discurso de apertura. Yo no puedo ofrecer soluciones, tal vez ni siquiera deba advertir mi opinión sobre los enfoques planteados para la solución de problemas, sino, más bien, se trata de ofrecer un impulso. De forma consecuente, la tarea del lector consiste en polemizar sobre lo que aquí se llegue a comentar.

Dado que el hombre, como dice Aristóteles, es un *zoon politikon* —un animal político—, presuponemos que el Estado es un principio de organización para una convivencia ordenada y protegida; mientras que en el derecho divino de los reyes el soberano puede legar su poder, en el presente el poder estatal solo es delegado por el pueblo durante un período de tiempo determinado.

Ya Tomás de Aquino —posicionado ya contra del poder terrenal del emperador— había equiparado el «*vox populi*» al «*vox dei*». Hoy se habla mejor del contrato social. En su obra cumbre «El Leviatán», publicada en 1651, Thomas Hobbes describió cómo en un estado de naturaleza la guerra de todos contra todos fue pacificada por la transferencia del poder pleno al Leviatán. Los ciudadanos habrían celebrado un contrato para transferir todo el poder al rey; pero el rey no es una parte contratante y, por lo tanto, inevitablemente posee una autoridad ilimitada: un acuerdo de sometimiento.

En 1672, Samuel Pufendorf habló de la dignidad del ser humano que, ahora, encontramos de forma muy destacada tanto en el artículo primero tanto de la Constitución alemana como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE). Según Pufendorf, el hombre es «de la más alta dignidad porque tiene un alma que se distingue por la luz del intelecto, por la capacidad de juzgar las cosas y de decidir libremente [...]» (Wesel, 2010, p. 397 y ss.). Protágoras ya había dicho que no se podía decir que hay dioses ni que no existen, razón por la cual el hombre es la medida de todas las cosas.

John Locke, a quien conocemos mucho mejor que a Pufendorf, indicó en 1690 el camino hacia la actual democracia burguesa. En la acuñación

que hace Locke a la doctrina del contrato de Hobbes, el gobierno es ahora una parte contratante —un contrato social—. Sus consideraciones llevan a la opinión de que los gobiernos no deberían ser absolutos. Por ello el socio del contrato social, según John Locke, también es el soberano mismo: «*Absolute monarchy is as if men protected themselves against pole-cats and foxes, but are content, nay think it safety, to be devoured by lions*» (La monarquía absoluta es como si los hombres se protegieran a sí mismos contra los turones y los zorros, no obstante están contentos cuando piensan que es seguro ser devorados por leones) (Russel, 2012, p. 639).

Entonces el hombre tiene derechos fundamentales; en su origen, ellos son los derechos de defensa contra el poder estatal. Los derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de los Derechos fundamentales de la UE (CDF-UE) son, en principio, generalmente aceptados. Junto a los derechos de defensa, actualmente se sitúan los derechos de garantía contra el Estado. Entre otras cosas, el Estado debe asegurar una efectiva persecución penal para que las personas puedan vivir de acuerdo con sus aspiraciones esenciales. El derecho fundamental a la intimidad sería inútil si el Estado no hiciera nada para evitar la invasión en la privacidad, el de la vida sería improductivo sin el enjuiciamiento de los asesinos. Los efectos frente a terceros y los derechos fundamentales sociales son palabras claves adicionales en este contexto (muy instructivo al respecto, Wiederin, 2005, p. 53).

La democracia y el Estado de Derecho

Todas las constituciones de los Estados miembros y el Tratado de la UE también prevén la democracia como forma de Estado. El artículo 1.º de la Constitución de Austria expresa la relación entre la democracia y el Estado de derecho advirtiendo que el derecho emana del pueblo. El artículo 2.º del tratado de la UE se refiere a la democracia y al Estado de Derecho como «valores sobre los que se funda la Unión».

Desde las revoluciones en los Estados Unidos y Francia durante el siglo XVIII, la idea de la separación de poderes se ha convertido en garantía indispensable de la libertad. Algunos Estados, incluso, dividen aún más la jurisdicción que se define de todos modos por el uso descentralizado de la fuerza —llamada como independencia—, por ejemplo, Alemania y Austria, donde se establecen —a diferencia de los EE.UU.— tribunales constitucionales especiales.

En tanto una verdad en cuestiones de valoración solo se encuentra en las comunidades religiosas y no en los Estados constitucionales democráticos, los valores pueden discutirse racionalmente aunque no puedan ser probados lógicamente. Por esta razón, en algunos Estados europeos —no en todos nótese bien, no en el Reino Unido o los Países Bajos, por ejemplo, pero de forma especialmente prominente en Alemania—, se espera de los jueces constitucionales esa sabiduría que no se confía a las mayorías democráticas en las que se basa la pretensión de validez de las Leyes (Rüthers, 2016, p. 21).

De ellos se aprende hoy lo que constituye la única dignidad del ser humano, lo que la mayoría democrática resolvió objetivamente y en donde ésta ha actuado de forma meramente voluntaria y discrecional. En el contexto europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) —en Luxemburgo— han asumido este papel, lo que ha llevado a una fuerte convergencia de estándares de derechos fundamentales en los Estados miembros y en los Estados del Consejo de Europa.

Sin embargo, parece haber pleno acuerdo en el sentido de que **el principio de sometimiento a la Ley** es la «norma central del Estado de derecho democrático» (Eberhard, 2014, pp. 90-92). Aquí, como lo expresó Wiederin, la democracia termina donde comienza la dignidad humana (2014, p. 303). Me refiero a una relación de tensión entre democracia y Estado de derecho. La democracia es el dominio de la mayoría y el Estado de Derecho se espera por parte de los jueces. Estos no solo deberían restringir la voluntad de la mayoría frente al individuo sino, también, garantizar que se implanten de manera

justa aquellas decisiones de la mayoría que se han convertido en Ley en los casos individuales.

¿Pero qué significa sometimiento a la Ley en Europa, donde los principios rectores de la legislación de la UE son en gran medida «creación de un tribunal» y hasta hoy no tienen ninguna base en los tratados fundacionales (Wiederin, 2015) —un tribunal cuya «auto percepción también se irradia a los Estados miembros», especialmente a los tribunales administrativos y a los tribunales ordinarios—? Frente a cada norma, los Estados deben dejar de tener en cuenta el Derecho nacional, incluido el Derecho constitucional, también del Derecho derivado o secundario. Los Estados tienen que asumir una función de producción normativa, la cual —como afirma Wiederin— se le prohíbe al Tribunal Constitucional con el control de la norma y le es reservada al legislador (2015, p. 197).

¿Y qué nos dice esto sobre la pretensión de validez de la legislación de la UE que se deriva de la voluntad del pueblo? ¿Es la voluntad del ejecutivo la misma del pueblo que se basa en la separación de poderes? ¿Entiende el votante del Parlamento Europeo a sus diputados como aquellos a quienes él desea delegar sus poderes?

La igualdad de derechos para todos en una Europa democrática tiene muchas facetas, por lo cual vale la pena y es necesario reflexionar sobre ellas. La igualdad de derechos para todos y la prevención de las desigualdades —y todo ello, además, debe ser posible en todo el espacio legal europeo— no es, sin razón, el tema general de esta conferencia.

La igualdad en la diversidad

La igualdad de derechos para todos y la democracia exigen una estricta subsidiariedad en este contexto. En este sentido es igualmente justo si por parte de los representantes nacionales de los Estados miembros se crean normas diferentes para situaciones similares. Desde esta perspectiva, la autonomía procesal de los Estados miembros es justa y es razonable que el TJUE lo enfatice en reiterada jurisprudencia. Esto, no obstante, atendiendo al principio de colaboración de buena fe, según el cual las pre-

tensiones legales europeas frente a aquellas de los ordenamientos jurídicos internos no pueden ser perjudicadas en su aplicación —también en consideración a aspectos relativos a la rapidez y los costos— (ver por todos, Haider, en Mayer y Stöger, 2016, Art. 4 inc. 3 EUV nm. 25 ss.; sobre las libertades comunitarias, véase EuGH, C-34/02, Pasquini, nm. 59).

Por lo tanto, en consonancia con la diferenciación platónica entre la justicia aritmética y la geométrica, de ninguna manera se debe regular cada asunto de igual manera en cada Estado miembro para no tener que hablar sobre desigualdad en el espacio jurídico europeo. Como es sabido también se tienen en cuenta los actos jurídicos de la Unión que, según el Art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se desagregan a la manera de regulaciones, directivas, decisiones, recomendaciones y opiniones y se hace hincapié en el 15° Protocolo Adicional de la CEDH sobre el «margen de apreciación» que se aborda cada vez más en la jurisprudencia del TEDH.

Igual derecho penal

Requisitos fundamentales. En el derecho penal la seguridad jurídica juega un rol destacado como expresión de la igualdad de justicia en comparación a otras áreas del derecho. El Art. 7.º de la CEDH y el Art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE garantizan, explícitamente, que no se puede dictar sentencia sino es con base en la Ley. El Art. 6.º de la CEDH contiene prerrogativas de un gran alcance para la defensa que van más allá de la garantía general del debido proceso. En el Art. 4.º del Séptimo Protocolo Adicional de la CEDH en lo nacional y el Art. 50 la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en un contexto europeo, se establecen normas estrictas contra la persecución penal múltiple. La formalidad estricta del proceso penal se resalta de manera explícita en el Art. 6.º (2) de la CEDH y en el Art. 48 (1) de la Carta de los Derechos Fundamentales.

En el derecho penal esto significa la imposición consciente de un mal al infractor de la Ley y sirve, principalmente, a la sostenible confirmación de re-

glas particularmente importantes para la coexistencia. Esto solo puede darse si la persona sujeta a la ley ve claramente la norma —la Ley— y puede orientar su comportamiento a partir de la misma.

Igual ejecución por medio de nociones claras. El derecho que, retrospectivamente, se crea por medio de una locuaz sucesión de argumentos aparentemente plausibles para cada uno, no cumple con estos requisitos. En vez de esto, la retroalimentación de la Ley debe ser claramente comprensible, falsable. Si la Ley se pone detrás del sentido de justicia del juez (Schünemann, 2016, p. 654; por último, en detalle Schilling, 2016, p. 595), no solo la democracia se queda a un lado, sino que en la mayoría de los casos también queda atrás la racionalidad y lo que el ciudadano espera del juez, esto es, lo que lo legitima. La jurisprudencia del sentimiento (*Gefühlsjurisprudenz*) que no es construida a partir de un concepto dogmático coherente, significa una forma particularmente peligrosa de ejercer el poder que no se ajusta a los jueces. Contenidos que no estén desglosados por una terminología clara no confieren derechos estrictos y exigibles: muros de protección segura para los ciudadanos que buscan la libertad.

Como producto de ello, el Tribunal Supremo de Austria ha prestado especial atención en las últimas décadas al uso de una exacta terminología para la protección de las personas sujetas a la Ley. Todas las decisiones que fueron adoptadas entre 1993 y enero de 2017 en una Sala reforzada (*Verstärkter Senat*), fundamentan esto (véase: 11 Os 95/02 EvBl 2003/182 —exclusión de una norma penal del orden jurídico—, 11 Os 119/06a EvBl 2007/130 —delimitación entre tentativa y consumación como objeto de la impugnación a la sanción, en vez de la impugnación a la subsunción y a la apelación—, 13 Os 1/07g EvBl 2007/130 —función del delito continuado y reemplazo parcial por la unidad de acción típica— y 14 Os 172/11t EvBl 2012/163 —delimitación de una única imputación del resultado—). Por eso, aquellos que quieran opinar en el derecho penal o simplemente quieran estar del lado seguro, no pueden dejar de conocer exactamente los términos usados en la jurisprudencia y sus contenidos.

Esto también se aplica en el procedimiento de la apelación, en el cual las cláusulas de impugnación formuladas a la manera de una lista de verificación brindan a los abogados defensores una clara orientación sobre sus derechos fundamentales, en los momentos en los cuales no se aplica el cálculo de ape-

lación cuando se trata de convencer a los jueces que actúan en primera instancia.

Lo que no se puede captar por medio de imágenes o en una pequeña charla, lo que dicho de otra manera requiere una plena concentración, genera repugnancia. Los algoritmos exactos, en otras palabras, la formulación de preceptos legales en términos generales y lógicos, son más exigentes intelectualmente que la misma asociación libre —como lo es *con ocasión de*, no tanto *para* la solución de casos—. ¡Cada uno de nosotros sabe que ser corto lleva tiempo!

La tarea principal del Derecho no es la resolución de conflictos, ¡sino la prevención de los mismos! Evitar conflictos requiere límites claramente identificables. Aquellos deben ser también fáciles de entender para el ciudadano, por supuesto de acuerdo con el público relevante al que se dirige la norma penal. Los hechos decisivos en los delitos contables o en los balances fraudulentos solo deben ser entendidos por los funcionarios competentes, mientras que hechos cruciales relativos a crímenes contra la vida y la integridad personal deben ser entendidos por todos.

Ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Austria. Y siempre vale la pena no dejar de lado los conceptos introducidos por la ley. Si, por ejemplo, en *el derecho penal contra la corrupción* todo depende de la comprensión correcta de un beneficio ofrecido o asumido, tiene sentido delimitarlo exactamente del concepto general del cual deriva su rendimiento.

Entonces, si según la definición de Transparencia Internacional, la corrupción es «uso indebido del poder otorgado para obtener beneficios privados», una ventaja o beneficio solo puede ser algo que queda fuera de la relación de desempeño entre las entidades legales o compañías para las cuales opera el funcionario público acusado (básico, Lewisch, 2013, pp. 335 (349); Lewisch, 2013a, p. 43, 51 y ss.; Lewisch, 2015, p. 1; cfr. también 17 Os 8/16d EvBl-LS 2016/116 = JBl 2016, 672, Birklbauer). La ventaja o beneficio para un tercero no puede ser lo que se destina al organismo o a la empresa del funcionario público o al negocio del empleado o encargado.

La «integridad» de la administración estatal o de los cuerpos organizados de economía privada está bien protegida, pero solo indirectamente en relación con la pulcritud de sus funcionarios; los funcionarios públicos saben, perfectamente, que pueden comprometerse por completo con su empresa o su negocio para lograr todo por estas instituciones.

El hecho de que solo los honorarios que la Ley defina se tengan que pagar por actos de autoridad pública, lo garantiza, en Austria, el tipo penal de abuso del poder oficial. La «venta» de actos de autoridad pública es, por lo tanto, estrictamente punible, pero respecto a la corrupción solo tiene algo que ver en el marco de asuntos privados y, así mismo, no interesan en este punto los asuntos relativos a la lealtad en la competencia. Especialmente a los políticos de las municipalidades se les ahorrará la difícil delimitación entre administración económica pública y privada, sin renunciar a la responsabilidad penal por desviación del poder —un «puerto seguro» que en lo conceptual es delimitado de forma clara—.

Que en el *derecho procesal*, en todo caso allí donde exista representación judicial obligatoria, tengan aplicación otras medidas, es claro. Después de masivas irritaciones iniciales por parte de una judicatura, la de los últimos 20 años que está fuertemente enfocada en la conceptualización, cada vez más esto parece ser aceptado por los abogados defensores en Austria; por último, pero no menos importante, porque en el diálogo respetuoso con la abogacía (cfr., finalmente, Wolff, 2016, p. 57, pero también la invitación anual y la participación de los miembros del Tribunal Supremo en la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Austria —*österreichischen Rechtsanwaltskammertag*—) siempre hay reajustes de preceptos jurídicos importantes desde el punto de vista de la defensa.

En ese momento, por ejemplo, fue posible estructurar plenamente la jurisdicción correspondiente para derechos fundamentales del TEDH en un sistema que se adapta de forma impresionante a las causas de nulidad de los procedimientos penales y ponerlo a disposición del proceso de conocimiento a través de fórmulas judiciales aptas para la elaboración del proceso cognitivo

(en igual sentido, Ratz, 2006, p. 318; Ratz, 2010, pp. 983, 988 y ss.; Ratz, 2016, p. 119).

De esto se desprende, por ejemplo, la estricta distinción entre el *uso de la evidencia* y el *aprovechamiento de la evidencia* en las cada vez más frecuentes prohibiciones de prueba. En tanto resulta demasiado tardío que solo de forma *ex post* se alegue una lesión contra una prohibición probatoria, entonces una queja exitosa requeriría más bien evitar que se produzca la prueba prohibida en el procedimiento principal por medio de solicitudes adecuadas. Los defensores están, de esta manera, llamados a desempeñar un papel activo en los procedimientos de primera instancia, incluyéndose en este rol activo, por ejemplo, si la defensa puede objetar —en contra del uso de pruebas— que la violación reclamada es en cierto modo equivalente a una violación puesta expresamente bajo una sanción de nulidad (Cfr. Ratz, 2015, WK-StPO § 281 nm. 195, 222, 337, 354 ss.).

Especialmente en lo que respecta a las prohibiciones probatorias es importante no perder de vista su importancia en el contexto nacional de «*checks and balances*», es decir, no verla de forma aislada o desvinculada de su finalidad protectora en las respectivas normas de procedimiento (Ilustrativo: Rogall, 1999, p. 119). El autor citado, desaprueba la teoría de Amelung sobre supuestos derechos al dominio de la información, porque estos «revaloran la disposición sobre el bien personal que se asocia a un derecho como un derecho de exclusividad informativa» (p. 132, nota a pie 82). Sin embargo, en el proceso penal «no se trata del cumplimiento de exigencias de información privada, sino de la observancia de deberes públicos...ningún sistema de derecho procesal penal se puede dejar involucrar en tal forma de concebir exigencias y acciones privadas» (p. 139). Aunque Rogall desaprueba la función de disciplinamiento como causal de justificación, en el resultado su sistematización no equivale a nada más, excepto que él tiene la intención de someter los actos de personas privadas bajo ciertas circunstancias de prohibiciones de prueba (cfr. también Reamey, 1999, p. 191), que proporciona una introducción concisa pero muy instructiva a la doctrina de la prohibición probatoria de EE. UU. Así las cosas, la regla de exclusión se basa en la sinopsis de la Cuarta [*unreaso-*

nale searches and seizures] y la Quinta enmienda constitucional [Prohibición de forzar la autoincriminación], y está fuertemente relacionada con el sistema de jurado estadounidense y, también, con una policía organizada de forma altamente heterogénea, de tal manera que la función disciplinaria difícilmente puede garantizarse, de otra manera, uniformemente porque las medidas disciplinarias, ante todo por desconocimiento, etc. no tienen lugar. Junto a la función disciplinaria se destaca el rol del Estado como maestro.

La doctrina de la prohibición de pruebas de los Estados Unidos, la llamada «*exclusionary rule*», depende de manera crucial del sistema de jurado y de una policía que es organizada de forma muy heterogénea, cuyo disciplinamiento difícilmente puede garantizarse de manera uniforme. La policía austríaca, al contrario, está organizada en gran parte de forma central. Por lo tanto, debe tener cuidado de no dejar ir al bebé junto con el agua de la bañera y renunciar innecesariamente al uso de la evidencia obtenida en una especie de éxtasis por los derechos fundamentales.

Por supuesto, en el Estado de derecho el fin no justifica todos los medios. Sobre los medios que se niegan a la policía, que se supone es la que protege nuestros derechos fundamentales, debe decidirse mejor de forma sobria y no de prisa. Además, debe tenerse presente el análisis de Rogall, quien afirma que ni el derecho constitucional alemán ni la legislación europea contienen una disposición que prohíba de forma obligatoria el aprovechamiento de las pruebas obtenidas ilegalmente (1999, p. 129).

La igualdad por medio del diálogo de los poderes estatales. Una terminología más clara, en la medida de lo posible, permite y simplifica el diálogo con el legislador. La voluntad de sometimiento a la Ley como principio básico del Estado democrático de Derecho debe existir en ambos lados. Las leyes que ignoran de forma continua los mismos términos que se usan en la jurisprudencia pierden su poder regulador. Las ambigüedades desregulan y obligan al juez a *inventar* estructuras en lugar de *hallarlas*, donde sea necesario establecer una justicia igual (Ratz, 2005, p. 705). Al contrario, un precepto jurídico inte-

ligible para el legislador también puede tomarse como una oportunidad para, de igual forma, pronunciarse de forma clara. ¡Esto es la democracia!

Conceptualmente, una conversación turbia e incomprensible crea desorden —y si Derecho significa Orden— esto sería igual a injusticia. Unos preceptos jurídicos claros pueden reconocerse en tanto tienen la posibilidad de ser falseados. Lo que se escapa a la falsación es la arbitrariedad, no el derecho (Cfr. Hassemer, citado en Rüthers, 2016, p. 91). No sin razón, en el nacionalsocialismo tuvo validez aquello de que

El valor y no la norma, el espíritu y no la palabra. [...] Incluso las leyes de la época nacionalsocialista no se tomaron en serio en su redacción, pero se las percibió como portadoras de principios, permitiéndole al intérprete —una vez reconocido por él— ocultar reglas específicas incorrectamente formuladas o arreglarlo de otra manera [...] argumentar con la redacción de la norma o incluso invocar el silencio de la ley, tiene sentido [...] como una expresión del pensamiento legal primitivo, como una persistencia obstinada en el positivismo que se había creído superado, pues solo se puede tratar de ayudar a que los principios reconocidos como correctos logren una amplia evolución por el camino de la analogía (Wiederin, 2015b, pp. 199, 221).

Este tipo de conceptualización deja mucho margen a la discrecionalidad y, además, permite fundamentar —como sea que haya tenido lugar— el resultado final obtenido; en lo esencial, da una orientación y, al mismo tiempo, deja la conclusión concreta en el limbo (p. 224). Así Wiederin, en un tratado sobre Ernst Rudolf Huber y el derecho constitucional en el «Tercer Reich», que merece ser leído; en la misma línea se encuentra Rüthers, según el cual:

La lucha de los reformadores de la Ley en el nacionalsocialismo se dirigió sobre todo contra el positivismo legal, que fue denigrado como «normativismo», también en contra de la pervivencia de las normas tradicionales. [...] El segundo oponente principal fue la jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*), porque partía de un estricto sometimiento a la Ley. Esto obstaculizó la reinterpretación propuesta de las partes «impopulares» del sistema legal. Los reformadores de la Ley tenían un objetivo: La aplicación de la ley debería, a menudo bajo la apariencia de presunta «interpretación», convertirse en un reemplazo legislativo (2016, p. 15 y ss.).

La igualdad ante un tribunal ordinario como instancia superior (Art. 92 B-Constitución austríaca)

La renovación del proceso penal. Por medio de una nueva comprensión de la llamada renovación del procedimiento penal, basada en la transición de las decisiones del TEDH a la legislación nacional, el Tribunal Supremo en el año 2007 ha admitido un recurso de protección de derechos fundamentales contra sentencias judiciales en firme y ha podido, por lo tanto, en relación con el principio de subsidiariedad en el que se basa la CEDH, ocuparse de una *protección de derechos fundamentales* de alto nivel. Al justiciable se le ahorran, de esta manera, años de espera por una decisión de Estrasburgo que posiblemente solo se produce después de la ejecución de la prisión.

El Tribunal Supremo se adhirió —lo que la mayoría de las veces es ignorado— de forma estricta al tenor literal de la norma, que —reducido a lo esencial— dice: Si el TEDH constata una violación a los derechos fundamentales, el Tribunal Supremo debe rehacer el proceso en caso de que la persona en cuestión haya sufrido un perjuicio. La ley deja abierto el significado exacto de la condición introducida, lo cual no quiere decir que el poder de renovación del Tribunal Supremo dependa necesariamente del reconocimiento del TEDH. El Tribunal *solo* puede proceder si hay una decisión desde Estrasburgo. Así puede verificar la violación de los derechos fundamentales de manera oportuna y el afectado no termina dependiendo de la asistencia posterior de la comunidad internacional. El TEDH ha tomado la iniciativa y, desde 2015, pide que se use el recurso judicial en lo atinente al agotamiento de los recursos legales de conformidad con el Art. 35 CEDH.

Es obvio para mí que el recurso judicial frente a los derechos fundamentales nacionales debe estar abierto, también, frente a violaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Ratz, 2013, p. 155). Es bien sabido que el TJUE exige, en reiterada jurisprudencia, que las pretensiones derivadas del Derecho de la UE no puedan ser desfavorecidas procesalmente en relación con las de la legislación nacional, incluso cuando se trata de la anulación de decisiones que ya se han convertido en definitivas. Las reclamaciones por

vulneración de derechos fundamentales de la UE siempre han sido aceptadas por el Tribunal Supremo austriaco como objeto de renovación (véase el Art. 4 inc. 3 EUV y los principios de equivalencia y eficiencia derivados de ello por el TJCE; lo que se refiere al deber de subsanar la legalidad de las decisiones más viejas, véase sentencia C-234/04, Kapferer, nm. 22 s; sobre el 13 Os 49/16d, finalmente, fue una sala la que se ocupó de la pregunta que solicitó una resolución preliminar al TJCE el 23 de enero de 2017 [Art. 267, sección 3 AEUV]).

Prácticamente todos los demás derechos fundamentales nacionales pueden entenderse, sin un esfuerzo particular, como una expresión específica de las promesas de derechos fundamentales de la CEDH y sus protocolos adicionales (cfr. también 11 Os 142/10g; 12 Os 57/11s; 13 Os 47/11b, 54/11g; 15 Os 81/11; 15 Os 171/08; y, 15 Os 174/11v; en contra sólo un *obiter dictum* en 12 Os 65/11t, JBl 2012, 399, con observaciones críticas de Rebisant), de tal manera que el Tribunal Supremo garantiza una protección de derechos fundamentales de alto nivel judicial, extraordinariamente integral y eficiente. Así las cosas, el antiguo llamado, constante y repetido, que busca una medida judicial ante el Tribunal Constitucional de Austria hoy parece inapropiado (véase solo el punto 10 de la *VerteidigerInnentags* 2012; y Kieren WK² GR-BG § 1 nm. 18; cfr. 13 Os 131/15m, EvBl-LS 2016/115). La decisión también es gratuita, se lleva a cabo en unas pocas semanas y, a menudo, ya en una etapa muy temprana del procedimiento.

El recurso de nulidad para la defensa de la Ley. *Para la fijación de un programa de actividad procesal* la palabra «temprano» es realmente un término mágico y no menos importante, un ejercicio eficaz para ordenar el razonamiento. Se trata de la fijación mental de los hechos cruciales para la solución del caso, esas circunstancias fácticas que se deben responder afirmativamente cuando se debe emitir una condena. En el proceso lo que importa es si cada hecho legalmente decisivo se refleja en el devenir histórico; en otras palabras, se trata solo de saber si esos hechos pueden llegar a ser determinados. Si trata de llegarse, como a menudo se denuncia, a la solución de la cuestión de hecho

sin supuestos fácticos decisivos legalmente definidos, los procesos languidecen durante años y la sentencia absolutoria que resulta al final no significa la salvación. Por el contrario, no tiene relación con el daño causado por el procedimiento como tal.

Desde finales de la Edad Media se ha utilizado la llamada *navaja de Ockham* para organizar el pensamiento. Uno elimina de forma consecuente todo lo que no dice nada nuevo y —aún más importante en la práctica cotidiana— todo lo que no dice nada cuando se le contempla a la luz, formando así el precepto jurídico. Una herramienta práctica muy útil para reconocer si se aplica de forma consistente el método es observar su longitud. Si ese largo es, digamos, mayor a cinco líneas, generalmente no se ha logrado. A esto se le denomina un paralogismo pragmático. La cláusula legal a menudo no es incorrecta, pero en sus huesos cuelgan aún fibras proteínicas que obstruyen la mirada sobre la declaración real. Las redundancias, los llamados círculos lógicos o pleonasmos, son causas comunes: famoso es el enunciado sinsentido de la corte imperial, según el cual un ferrocarril es un tren de hierro (*eine Eisenbahn eine Bahn von Eisen sei*).

Para la mayoría de los programas orientados a construir un proceso, unas pautas muy claras se encuentran en la jurisprudencia. Como problemáticos se tienen nuevos fenómenos que ocurren simultáneamente en grandes cantidades o, también, al comienzo de complejos procesos penales económicos. En Austria, a menudo, esto podría remediarse rápidamente. La fiscalía delegada ante el Tribunal Supremo, la llamada Fiscalía General, tiene un instrumento de gestión en sus manos que le otorga un tremendo poder de configuración: el poder de someter en todo momento cada cuestión estructural importante al Tribunal Supremo y, de igual manera, por un lado, de hacerlo al comienzo de fenómenos de masas o muy extendidos en la población y, por otro lado, de los procedimientos económicos y de corrupción altamente entrelazados. De lo que se trata es de aislar las cuestiones jurídicamente cruciales y aclarar sus contenidos de antemano, si es necesario.

En el sistema legal angloamericano, las cortes supremas utilizan un escrito de revisión o «avocación» (*writ of certiorari*) para seleccionar casos jurídico-

políticamente interesantes, aunque solo luego de su cierre. En el derecho penal austriaco, esta discreción para la planificación no se transfiere al Tribunal Supremo, sino a una institución especial cuidadosamente seleccionada. Ella puede actuar en cualquier etapa del procedimiento, incluso desde el principio, y presentar no solo decisiones sino cualquier acto —también simplemente unos renglones para la fundamentación de una orden judicial— ante el Tribunal Supremo con miras a obtener aclaraciones legales. Se trata, pues, de un potencial de estructuración que no se puede sobrestimar para nada y que, sin embargo, quiere ser activado (en detalle, Ratz, 2016b, p. 592); en relación con el reclamo de nulidad para la protección de la ley sobre decisiones y sucesos (como objeto de dicho reclamo), términos como «*violación* o aplicación *incorrecta* de la ley» e «*ilegal*» (§ 23 inc. 1 StPO) solo significan que el Procurador General reclama como ilegal la decisión o un suceso ante el Tribunal Supremo, pero de ninguna manera que estos deban ser considerados ilícitos por su parte (Ratz, 2015, WK-StPO § 292 nm. 1 ss.).

El Fiscal General, que llegó al poder a fines del año 2016, ya ha destacado públicamente y de diferentes maneras que está preparado para hacer un uso estratégico del recurso legal y, en caso de que sea necesario, a encontrar los recursos con sus propios funcionarios respectivamente. Para eso, él necesita información apropiada. Si bien, incluso de manera explícita (§ 23 sección 2, 2a. frase StPO), cualquier persona tiene derecho a adelantar dicho recurso de nulidad para el cumplimiento de la Ley, algunos defensores regularmente hacen uso de ello solo después de la conclusión del procedimiento, pero raramente en la fase de diseño del proceso penal. Quien no quiera escuchar el mensaje, ¡no se puede quejar de largos procedimientos!

Resumen

No hay nada vergonzoso —con esto llego al final— cuando los abogados recuerdan su tarea básica de ser administradores de conceptos. Solo quienes, realmente, dominan su oficio son aptos para actuaciones brillantes. Los jueces

deberían abstenerse de esto por completo y, mejor aún, con humildad ante la Ley, es decir, ante la democracia, intentar reconocer relaciones de orden en las Leyes.

Los tribunales superiores tienen de modo particular la tarea de reunir las diferentes esferas de la ley, concretarlas y lograr que éstas sean de igual manera *idóneas para el oficio* —en otras palabras, calculables, exactamente repetibles o dicho de forma simple: confiables— tanto para los aplicadores de la Ley como para los subordinados a la misma. Por este motivo, también el diálogo directo con el TJUE, sobre lo que éste insiste firmemente en el caso *Akerberg-Fransson* y las decisiones subsiguientes. La palabra «Directo» significa sin mediación por los tribunales constitucionales, que en el contexto de la UE ha perdido considerablemente su importancia mediante la cuestión prejudicial del Art. 267 del TFUE (Cartabia, 2013, p. 155, 166; de hecho, desde Simmenthal, la doctrina del efecto directo ha conllevado la marginación de los tribunales constitucionales nacionales del proceso de integración europea). El Decimosexto Protocolo adicional de la CEDH tiene por objeto hacer posible este moderno tipo de cooperación entre los tribunales supremos nacionales y los organismos europeos también en el ámbito de los Estados del Consejo de Europa.

Por lo tanto, los tribunales superiores en la jurisdicción ordinaria y administrativa son particularmente adecuados como «lazo de transmisión» de los derechos fundamentales y la legislación de la UE, porque están en comunicación directa con sus tribunales inferiores, cuyo idioma hablan exactamente, conocen sus problemas y los problemas de las partes allí intervinientes, no necesitan intérpretes y, por lo tanto, son particularmente rápidos; una propiedad que exige el Art. 6.º (1) de la CEDH en interés de la persona que busca justicia y que, desde un punto de vista internacional, parece estar en peligro en un nivel inaceptable por el aumento constante de las denuncias individuales con motivo o después de los procedimientos judiciales ordinarios.

Uno piensa en la duración del procedimiento en Estrasburgo, pero también en la trascendental demora de muchos procesos civiles y penales en Austria, que se ha producido debido a la nueva solicitud individual introducida

para requerir la evaluación de la norma —desafortunadamente tenemos que decir: según lo esperado— (Ratz, 2013b, p. 77); y, esto, a pesar de todos los esfuerzos del Tribunal constitucional austríaco.

En cualquier caso, los derechos fundamentales han llegado hace mucho tiempo a los tribunales supremos nacionales. Las consideraciones, caso por caso, en cuestiones de valoración que transcurren en una instancia judicial complementaria perjudican el sistema legal más de lo que lo benefician. Al menos, debe tenerse en cuenta el precio que se paga por ello y reflexionar en qué segmentos realmente vale la pena el esfuerzo, es decir, dónde el sistema legal de un Estado amenaza con irse de las manos, pero en cualquier caso apenas para la justicia individual.

Referencias

- Cartabia, M. (2013). Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court. En *Court of Justice of The European Union: 50th anniversary of the judgement in Van Genden Loos. 1963-2013* (pp. 155-168). Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne.
- Eberhard, H. (2014). Verfahrensökonomie und Effektivität des Rechtsschutzsystems. *Journal für Rechtspolitik-JRP* (2), 90-101.
- Fuchs, H. y Ratz, E. (2015). *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung StPO*. Wien: Manz Verlag Wien.
- Lewisch, P. (2013). Aktuelle Fragen des Wirtschaftsstrafrechts. En D. Ennöckl, N. Raschauer, E. Schulev-Steindl y W. Wessely (Eds.), *Festschrift für Bernhard Raschauer zum 65 Geburtstag* (pp. 335-349). Wien: Jan Sramek Verlag.
- Lewisch, P. (Ed.). (2013a). Korruption und Compliance. En Lewisch (Ed.) *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* (pp. 43-54). Wien: NWV Verlag.
- Lewisch, P. (Ed.). (2015). Altes und Neues zum Korruptionsstrafrecht. En Lewis (Ed.), *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* (pp. 383-400). Viena: NWV Verlag.
- Mayer, H. & Stöger, K. [Eds.]. (2016). Kommentar zu EUV und AEUV: 85. - 189. *Lieferung. Kommentar in Faszikeln in Fortführung des Kommentars zu EU- und EG-Vertrag*. Wien: Manz.
- Ratz, E. (2005). Wechselwirkungen zwischen Judikatur und Legislative im Strafprozessreformgesetz. *Österreichische Juristen-Zeitung, ÖJZ*, 18, 705.

- Ratz, E. (2006). Grundrechte in der Strafsjudikatur des OGH. *Österreichische Juristen-Zeitung*, ÖJZ (8), 318.
- Ratz, E. (2010). Überprüfung von Entscheidungen durch den OGH in Strafsachen. *Österreichische Juristen-Zeitung*, ÖJZ (22), 983-988.
- Ratz, E. (2013). Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes im Straf- und Medienrecht. En J. Pilgermair (Ed.), *Wandel in der Justiz* (pp. 155-176). Wien: Verlag Österreich.
- Ratz, E. (2013b). Gesetzesbeschwerde gefährdet funktionierenden Rechtsschutz. En *Österreichische Richterzeitung*, RZ (4), p. 77.
- Ratz, E. (2016). Begrifflichkeiten und Strukturelemente des Straf(prozess)rechts im Lichte der Rechtsprechung des OGH. En P. Lewisch (Ed.), *Jahrbuch für Wirtschaftsstrafrecht* (pp. 119-153). Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH.
- Ratz, E. (2016b). Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und Wirtschaftsstrafverfahren. *Österreichische Juristen-Zeitung*, ÖJZ, (13), 592.
- Reamey, G. S. (1999). The American exclusionary Rule Experience. En F. Höpfel y B. Hüber (Eds.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen - Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, September 1997. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg* (pp. 191-202). Freiburg i. Br.: edition iuscrim.
- Rogall, K. (1999). Grundsatzfragen der Beweisverbote. En F. Höpfel y B. Hüber (Eds.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen - Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, September 1997. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg* (pp. 119-148). Freiburg i. Br.: edition iuscrim.
- Russel, B. (2012). *Philosophie des Abendlandes: Ihr Zusammenhang mit der politischen und sozialen Entwicklung*. München: Anaconda.
- Rüthers, B. (2016). *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, (2 ed.). Heidelberg: Mohr Siebeck.
- Schilling, Th. (2016). Die Gesetzesbindung des Richters im Rechtsstaat, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, ZÖR, (4) 595-622.
- Schünemann, B. (2016). Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die progressive Rückschrittspropaganda. En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* n°. 10, 654-671. Recuperado de http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1051.pdf.
- Sentencia C-34, EuGH (2002). (Pasquini, nm. 59). I-6535. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48108&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

- Sentencia 11 Os 95/02, OGH 27.5.2003. EvBl 2003/182.
- Sentencia 11 Os 119/06a, OGH 03.05.2007. EvBl 2007/130.
- Sentencia 11 Os 142/10g, OGH 17.02.2011.
- Sentencia 12 Os 57/11s, OGH 18.10.2011.
- Sentencia 12 Os 65/11t, OGH 05.07.2011. JBl 2012, 399.
- Sentencia 13 Os 1/07g, OGH 11.04.2007. EvBl 2007/130.
- Sentencia 13 Os 47/11b, 54/11g, OGH 14.07.2011.
- Sentencia 13 Os 49/16d, OGH 23.01.2017.
- Sentencia 14 Os 172/11t, OGH 15.05.2012. EvBl 2012/163.
- Sentencia 15 Os 81/11, OGH.
- Sentencia 15 Os 171/08y, OGH 14.10.2009.
- Sentencia 15 Os 174/11v, OGH 29.02.2012.
- Sentencia 17 Os 8/16d, OGH 06.06.2016. EvBl-LS 2016/116 = JBl 2016, Birklbauer, p. 672.
- Sentencia C-234, EuGH 2004, Kapferer, nm. 22 s.
- Wesel, U. (2010). *Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*. München: Verlag C. H. Beck.
- Wiederin, E. (2005). Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge; Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme. En: M. P. Huber (Ed.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL*, 64 (pp. 53-84). Berlin: De Gruyter.
- Wiederin, E. (2014). Sterbehilfe für die Demokratie. *Recht der Medizin, RdM* (3), 297-305.
- Wiederin, E. (2015). Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht. En: Griller, S., Kahl, A., Kneih, B. y Obwexer, W. (Eds.): *20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht* (pp. 179-202). Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG.
- Wiederin, E. (2015b). Ernst Rudolf Huber und das Verfassungsrecht im «Dritten Reich». En: Ewald Grothe (Ed.), *Ernst Rudolf Huber, Staat -Verfassung- Geschichte* (pp. 199-228). Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Wolff, R. (2016). Grunderwerbsteuer Neu, Immobilienertragsteuer Neu, Grundstückswertverordnung. En *Österreichisches Anwaltsblatt*, (2)57.