

El significado del Convenio Europeo de Derechos Humanos para el derecho penal nacional alemán*

The Meaning of the European Convention on Human Rights for the German National Criminal Law

Fecha de recepción: 10 de marzo 2010

Fecha de Aprobación: 20 de mayo de 2010

JÖRG EISELE**

Resumen

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) está clasificado por la doctrina imperante en la República Federal de Alemania, sólo como una ley federal ordinaria. Sin embargo, tiene que ser considerado tanto para la interpretación del Código de Procedimiento Penal como para la de la Constitución. Dicha interpretación conforme con la Convención se basa en la suposición de que los legisladores alemanes en general no quieren vulnerar sus obligaciones de derecho internacional. Por tanto, el CEDH otorga garantías a los acusados para cada caso individual, que van más allá de los derechos conferidos por procedimiento penal. Las garantías del CEDH han de interpretarse de forma independiente (autónoma) de los conceptos del derecho nacional, no obstante, el texto de los idiomas oficiales del Tratado, a saber, inglés y francés, es prevalente. Los organismos nacionales de persecución penal y los tribunales han de considerar, en particular, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que tienen una "función normativa de guía" más allá de los efectos para el caso particular.

Palabras clave

Convenio Europeo de Derechos Humanos, garantía, interpretación, persecución penal, derecho interno, derecho comunitario, prevalencia, conformidad, fuerza vinculante.

* Artículo de reflexión, presentado por el autor en la Maestría de Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, marzo de 2010.

** Traducción de Fabian Camilo Martínez Guerrero, LLMM, asistente científico de Jörg Eisele y doctorado de la Universidad de Konstanz, Alemania.

Abstract

The European Convention on Human Rights (ECHR) is classified by the prevailing doctrine in the Federal Republic of Germany, only as a simple federal law. However, it must be considered both for the interpretation of the Code of Criminal Procedure and of the Constitution. Such interpretation, consistent with the Convention, is based on the assumption that the German legislators generally do not want to breach their obligations under international law. Therefore, the ECHR concedes guarantees to the accused that go beyond the rights of the criminal procedure in each individual case. The guarantees of the ECHR are to be interpreted independently (autonomously) of the concepts of national law, where the text of the Treaty's languages – i.e. English and French – is authoritative. The national law enforcement institutions and the courts have to consider, in particular, the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR), which have a "normative guiding function" beyond the particular case.

Key Words

European Convention on Human Rights, guarantee, interpretation, criminal prosecution, internal law, European law, preponderance, consistency, binding force.

INTRODUCCIÓN

En el pasado, los órganos alemanes de persecución penal, en ocasiones se esforzaron muy poco por hacer cumplir los derechos garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por esta razón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo que constatar, una y otra vez, la ocurrencia de un comportamiento contrario al Convenio por parte de dichos órganos. Para empezar, del Convenio debe resaltarse, en materia de derecho penal y de derecho procesal, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 2 del CEDH. Asimismo, según el Artículo 3 del mismo ordenamiento, se prohíben la tortura y los tratos inhumanos o denigrantes. A las garantías procesales fundamentales de los artículos 5 al 7 del CEDH, también les corresponde un significado especial. Así, por ejemplo, en el artículo 5 se regulan detalladamente las condiciones para la detención; el artículo 6 párrafo I, contiene los principios de un "juicio justo", así como el derecho a obtener una decisión dentro un plazo razonable; el artículo 6 párrafo II, consagra la presunción de inocencia para el acusado y el artículo 7 estatuye

el principio "nulla poena sine lege". El significado concreto que el CEDH adquiere finalmente para el procedimiento penal alemán depende, entre otras cosas, del rango que se le conceda al Convenio en el derecho alemán.

EL RANGO DEL CEDH

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, es un tratado de derecho internacional que fue ratificado por la República Federal de Alemania por medio de la "Ley sobre el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales" del 7 de agosto de 1952³. En la República Federal de Alemania, sin embargo, a los tratados internacionales que hayan sido aprobados en el sentido del artículo 59 párrafo II de la Ley Fundamental, solo se les confiere el rango de derecho federal ordinario. Por esta razón, la opinión dominante de la doctrina, clasifica al Convenio como simple ley federal, a pesar de las garantías fundamentales

³ Ver BGBl. II 1952, p. 685; sobre esto minuciosamente. Küh/ZStW 100 (1988), S.406 ss.

allí reguladas⁴. Solo en la medida en que excepcionalmente para algunas garantías –como por ejemplo la prohibición de la tortura contenida en el artículo 3 del CEDH⁵– se pueda establecer que son reglas generales del derecho internacional en el sentido del artículo 25 Ley Fundamenta (LF); éstas pueden, por tanto, tener prevalencia sobre las leyes ordinarias⁶.

No obstante, según la opinión dominante, debe recurrirse al Convenio Europeo para la interpretación tanto de los preceptos del Código de Procedimiento Penal como también de la Ley Fundamental. Tal interpretación conforme al Convenio se basa en la presunción de que el legislador alemán, en principio, no quiere quebrantar sus obligaciones de derecho internacional.⁷ Con esto, se le concede al CEDH, por lo menos en la praxis, un significado superior el de una ley ordinaria.

LA INTERPRETACIÓN DEL CEDH

Para la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos rige inicialmente el principio de la interpretación autónoma. Una interpretación orientada hacia el derecho del Estado respectivo, no sólo debe dejarse de lado porque de otra manera no sería posible una garantía internacional uniforme de los derechos, sino también porque el Convenio garantiza derechos individuales que pueden hacerse valer precisamente frente a los Estados individualmente considerados⁸. Para esto

4 Ver BVerfGE 10, 271, 274; BVerfGE 74, 358, 370 con otras referencias; BGHSt 45, 321, 329; Elsele JR 2004, 12, 13, nota 18; Esser Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, pág. 868; Meyer-Goßner StPO, Vor Artículo 1 MRK número marginal 3.

5 Ver Uerpmann, S. 66; Weigend StV, 2000, 384, 386.

6 Sobre esto Pernice en: Dreier, Grundgesetz, artículo 25 número marginal 36; el Tribunal Constitucional Federal en NJW 1987, 830 ve abarcado por el artículo 25 LF, el derecho del acusado a estar presente en persona durante la audiencia principal, consagrado en el artículo 6 III CEDH.

7 Cfr. BVerfGE 74, 358, 370; Meyer-Goßner Vor artículo 1 CEDH número marginal 4.

8 Ver Krauß V-Leute im Strafprozess und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1999, p. 56; Ladewig Handkommentar zur CEDH, introd. número marginal 32; Meyer-Goßner Vor artículo 1 MRK número marginal 5.

es determinante el texto de los idiomas oficiales del tratado, es decir, el tenor inglés y francés del CEDH, a los que tiene que recurrirse en caso de dudas⁹. Así, por ejemplo, el concepto de “acusación en materia penal” del artículo 6 del Convenio no sólo abarca la formulación de la acusación en el sentido del párrafo 170 párrafo I del Código de Procedimiento Penal, sino también etapas procesales anteriores a la audiencia principal¹⁰, cuando una persona es informada por la autoridad competente sobre la apertura de un proceso penal en su contra por la comisión de un delito, o cuando de determinadas medidas se puede concluir que se han puesto en marcha investigaciones por la sospecha de la comisión de un hecho punible. La versión inglesa del texto “any criminal charge against him” expresa esto con mayor claridad. De la misma manera, las garantías no sólo se aplican para procesos penales, sino también para procedimientos contravencionales. Por consiguiente, uno de los conceptos utilizados en el CEDH puede tener un significado diferente al que se le reconoce en el derecho nacional.

EL SIGNIFICADO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Para hacer valer los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos el afectado puede interponer una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Art. 34 CEDH). Por otra parte, los órganos de persecución penal deben considerar el Convenio, puesto que tiene vigencia directa en Alemania como derecho ordinario. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sólo tiene un significado considerable porque el Convenio debe ser interpre-

9 Cfr. conforme al artículo 59 CEDH: “Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General transmitirá copias certificadas a todos los signatarios.” Sobre esto Kadelbach JZ 2000, 1053, 1054.

10 Cfr. TEDH NJW 2002, 2013, 2014 – Lietzow/Deutschland; Cfr. además TEDH, 1993, Serie A, Tomo 275, S.13 Nr 36 – Imbrioscla/Schweiz; Esser, S. 53 ss; Weigend StV, 2000, 384, 385.

tado autónomamente sino también porque éste ha sido redactado de forma abstracta y no contiene reglas detalladas sobre el procedimiento penal¹¹.

Fuerza vinculante de las sentencias

La fuerza vinculante de las sentencias es bastante restringida¹². Ésta afecta en primer lugar, conforme al artículo 46 párrafo 1 CEDH, únicamente a los Estados partes del proceso concreto¹³. En segundo lugar, sólo se refiere a un comportamiento específico contrario al Convenio en un caso particular, de manera que otros órganos de persecución penal no están vinculados directamente por la decisión. Sin embargo, en caso de un desacato a los principios dispuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se corre el riesgo de una condena, en un nuevo proceso, por un comportamiento contrario al Convenio.

Ejemplo¹⁴: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constató la incompatibilidad de una decisión de un tribunal francés con el Convenio, por una infracción al artículo 6 párrafo III en conexión con el artículo 6 párrafo I del CEDH¹⁵, en la cual se negaba el derecho a inspeccionar los expedientes a un acusado que no estaba asistido por un defensor. ¿Obliga esta decisión o los principios allí dispuestos a los órganos de persecución penal alemanes?

Ya que Alemania no era parte del proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no existe, en principio, un efecto vinculante directo para los órganos de persecución penal alemanes. Sin

embargo, los principios indicados por el TEDH en esta decisión, podrían ser de obligatoria consideración. Como punto de partida debe observarse que conforme al párrafo 147 párrafo I del Código de Procedimiento Penal, también en Alemania, sólo al defensor, pero no al acusado que se representa a sí mismo, le asiste el derecho de inspeccionar los expedientes¹⁶. El tribunal de circuito de Mainz, con respecto a un caso paralelo, sustentaba la opinión de no estar vinculado a la decisión del TEDH, a pesar de que en el caso concreto esto conducía a una situación jurídica insatisfactoria. Ni en virtud del Artículo 25 de la Ley Fundamental, ni en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos se origina el efecto vinculante. Para el Tribunal sería necesario, una reorganización del derecho de inspección de expedientes por parte del legislador alemán.

De acuerdo con la que entretanto se ha convertido en opinión dominante de la doctrina, a la interpretación del Convenio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le corresponde una "función normativa orientadora" más allá del caso particular¹⁷. En caso de una jurisprudencia reiterada del TEDH, los tribunales alemanes tienen que tenerla en cuenta prioritariamente como una interpretación con pretensión de ser aplicable y válida en general¹⁸ (el así llamado "deber de consideración"). Un tribunal que quiera apartarse de dicha interpretación, asume en consecuencia la carga argumentativa de que su posición, de manera decisiva, tenga mejores bases¹⁹. El tribunal de circuito de Mainz no satisfizo dichos requisitos; por tal razón no debió, sin más, dejar de considerar los principios indicados por el TEDH, sino que por el contrario, debió haberlos considerado para la interpretación del párrafo 147 del Código de Procedimiento Penal.

11 Sobre el significado de la jurisprudencia del TEDH cfr. por ejemplo BGHSt 45, 321, 328.

12 BVerwGE 110, 203, 210 s; HK-Ladewig, artículo 46 número marginal 2 ss; minuciosamente sobre esto Polakiewicz Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, pp. 285 ss; Uerpmann, pp. 187 ss.

13 BVerfG EuGRZ 1985, 654; BVerwGE 110, 203, 210; HK-Ladewig, artículo 41 número marginal 1; Polakiewicz, pp. 31 ss.

14 Ver LG Mainz NJW 1999, 1271; sobre esto ya Eisele JA 2000, 424, 428.

15 Cfr. TEDH NSTZ 1998, 429, con comentario de Deumeland NSTZ 1998, 429.

16 Ver Meyer-Goßner, § 147 Rn. 3 con otras referencias.

17 BVerwGE 110, 203, 210; además BVerwG NVwZ 2002, 87; igualmente Limbach NJW 2001, 2913, 2915.

18 Cfr. Ress FS Mosler, 1983, S. 718, 731; además Ambos ZStW (115) 2003, S. 583, 590 con otras referencias; Polakiewicz, S. 353 f.

19 BVerwGE 110, 203, 212.

Contenido de la decisión

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyen, por lo regular, con la declaración de que la medida de derecho interno infringe el Convenio. Conforme al artículo 46 del Convenio, el Estado tiene que eliminar la situación que sea contraria a dicho cuerpo normativo.

a) Inicialmente debe darse un vistazo a los efectos individuales para el demandante: La efectividad de los preceptos y de las sentencias penales nacionales no se ve afectada por la decisión (simplemente) declaratoria del TEDH²⁰. La decisión del Tribunal no tiene efectos de casación. En principio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni siquiera fija los efectos jurídicos a los que lleva una infracción del Convenio en el derecho procesal penal nacional²¹. Ciertamente, sólo se han aceptado excepciones para decisiones recientes en casos de infracción de la prohibición de la tortura consagrada en el artículo 3 del CEDH. La pregunta de si una confesión obtenida por medio de tortura puede ser valorada, no está regulada en el artículo 3 del Convenio. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado con respecto a los medios probatorios obtenidos por una violación directa del artículo 3º del Convenio²²: "Las pruebas que hayan sido obtenidas por medio de una acción que pueda clasificarse como tortura no deben ser valoradas. No obstante, si esto sucede, también se vulnera el derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6 del Convenio".

Conforme al parágrafo 359 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal, la reapertura del proceso es posible si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado una infracción del Conve-

nio y la sentencia se basa en dicha infracción²³. Se debe anotar que un proceso de reapertura es posible sólo para el demandante respectivo. Según la opinión dominante de la doctrina, esta norma no es aplicable en casos paralelos de otros afectados, ni siquiera cuando el TEDH declare un precepto penal como contrario al Convenio²⁴. Si sólo es posible una reparación imperfecta por las consecuencias del fallo, conforme al artículo 41 del CEDH, el Tribunal le concede una indemnización justa a la parte vulnerada, en caso de que esto sea necesario.

Ejemplo²⁵: en el marco de la vigilancia del tráfico de drogas, dos funcionarios de la policía de seguridad portuguesa, vestidos de civil, entraron en contacto con el demandante Castro a través de una tercera persona. Ellos dijeron estar interesados en la compra de heroína. Castro se comprometió y consiguió la heroína. La intervención de los funcionarios de la policía, de acuerdo con lo comprobado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no hacía parte de una operación contra el tráfico de drogas que hubiera sido ordenada por un juez, ni existían razones fundadas que hicieran sospechar de una relación de Castro con el tráfico de drogas. Tampoco existían indicios que permitieran suponer que hubiera cometido el delito sin la iniciativa de los policías.

El TEDH tuvo inicialmente que decidir si el comportamiento de los policías debía observarse como una infracción contra garantías del Convenio. Para esto expuso que el demandante, *ab initio* y en definitiva, no tuvo un juicio justo porque el hecho fue provocado de manera contraria a derecho, por

20 BVerfG NJW 1986, 1425 s; Kieschke, p. 56; ver también Stöcker NJW 1982, 1905, 1908, quien sin embargo defiende, en el caso concreto, una prohibición de ejecución.

21 Esser, p. 869; Nack NJW Sonderheft für G. Schäfer, 2002, p. 46, 51. TEDH NJW 2006, 3117 – Jalloh v. Deutschland; ver también TEDH NStZ 2008, 699, 701.

22 Cfr. solo Meyer-Goßner § 359 número marginal 52; Weigend StV, 2000, 384, 388, concederle el derecho a la reapertura del proceso a todo el que haya sido condenado en virtud de una norma contraria al convenio. Crítico de esta posición también Ambos ZStW (115) 2003, 583, 591; Kieschke, p. 156.

23 TEDH NStZ 1999, 47 s. – Castro v. Portugal.

parte de los policías. Por esta razón el Tribunal declaró una infracción contra el artículo 6. Además, le concedió al demandante, conforme al artículo 41 del CEDH, una indemnización monetaria por la totalidad del tiempo de la detención²⁶. Por el contrario, el TEDH dejó abiertas otras posibles consecuencias de la infracción del Convenio para el procedimiento penal nacional. Por tal razón, el Tribunal Supremo Federal Alemán sostiene el criterio de que no está obligado a asumir un vicio del procedimiento, en caso de una provocación estatal de delitos contraria a la ley. En tales casos le concede al autor del delito simplemente una causal para la rebaja de la pena²⁷. Por lo demás, es dudoso que esto sea conforme con los principios indicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Porque la aceptación de una simple rebaja de penas conduciría, en rigor, sólo a una indemnización por la parte de la detención que excede la pena a rebajar. Sin embargo, el TEDH decidió conceder en el caso Castro, una indemnización por la totalidad del tiempo de la detención.

b) Junto a los efectos individuales para el demandante también se deben considerar las repercusiones generales sobre la situación jurídica. Resulta problemático establecer si el legislador nacional, en virtud de la limitada fuerza vinculante de las sentencias, se ve obligado a modificar un precepto de derecho interno, sobre el que se basa la infracción al Convenio²⁸.

- La apreciación de esta pregunta depende, de manera determinante, de la relación de las garantías del CEDH frente a los preceptos del derecho procesal penal alemán²⁹. En consecuencia, éste debe ser considerado previamente: si tanto el

Código de Procedimiento Penal como el CEDH garantizan al acusado los mismos derechos, una colisión entre los dos se excluye de antemano. El acusado puede invocar ambos preceptos³⁰. También la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia aproxima, de cuando en cuando, los principios del Código de Procedimiento Penal a las garantías del Convenio para asegurar o fortalecer sus resultados³¹. Mientras que el Código de Procedimiento Penal garantice derechos al acusado que superen los requisitos mínimos del Convenio, en general, no existen dificultades; ya que conforme al Artículo 53 el CEDH no debe ser entendido como una limitación o una disminución, de manera que los derechos de mayor extensión del inculpado, consagrados en el Código de Procedimiento Penal permanecen siempre intactos³².

Por el contrario, si el CEDH va más allá de los derechos consagrados al inculpado en el derecho interno, rige por lo general el principio *lex posterior derogat legi priori* – la ley expedida con posterioridad sustituye la ley anterior. En tanto que los preceptos del Código de Procedimiento Penal fueron expedidos antes que el CEDH, aquéllos son complementados por las garantías de mayor extensión del Convenio³³. Esto es válido también cuando el Código de Procedimiento Penal – como en el caso de una dilación injustificada y contraria a los principios procesales del Estado de Derecho – no contiene ninguna clase de norma al respecto.

Por lo demás, para evitar contradicciones y dado el caso, los preceptos del Código de Procedimiento Penal deben ser interpretados de conformidad

26 TEDH NStZ 1999, 47, 48; sobre eso también *Weigend* StV 2001, 63, 64.

27 BGH NStZ 1994, 368, 369; BGH NStZ 1995, 506; BGHSt 45, 321, 339; sobre eso *G. Schäfer* Praxis der Strafzumessung, número marginal 471.

28 Negando p.e. *Kühl/ZStW* 100 (1988), S.406, 422; afirmando *Weigend* StV, 2000, 384, 389

29 Minuciosamente sobre esta relación *Eisele* JR 2004, 12, 13 ss.

30 Con más detalles *Eisele* JR 2004, 12, 14.

31 Ver BGH NStZ 2000, 212 (213); BGH NStZ 2001, 305 (306); minuciosamente, Uerpman (nota 12), p. 48 ss. Crítico *Gollwitzer* in: Löwe/Rosenberg, MRK Einl. Número marginal 43; *Schlothauer* StV 2001, 127, 128. La jurisprudencia recurre, en ocasiones junto con el Convenio, a determinaciones constitucionales de la Ley Fundamental; cfr. solo BGHSt 44, 46, 49; BGHSt 46, 266, 277.

32 Ver HK-Ladewig, Artículo 53 número marginal 2.

33 Estos sólo son revocados en caso de un recurso que no se pueda subsanar; ver LR-Gollwitzer, MRK Introd. número marginal 22.

con el Convenio. Si los preceptos del procedimiento penal son más recientes que las garantías del Convenio, también rige de la misma manera, por lo general, el principio de *lex posterior*. Por tal razón, es posible pensar que pocos derechos del acusado consagrados con mayor extensión en el Código de Procedimiento Penal, sustituyan o limiten garantías del Convenio. En todo caso, también aquí debe considerarse el mandato de la interpretación conforme al CEDH. Sólo cuando consta que el legislador, conscientemente, quiso apartarse de las regulaciones del CEDH, la norma procesal penal de posterior expedición sustituiría a aquélla. En todo caso –como ha explicado con razón el Tribunal Constitucional Federal– no se puede partir de la suposición de que el legislador alemán quiso desconocer sus obligaciones de derecho internacional³⁴. Con esto, el principio de la interpretación conforme al convenio se superpone, en la práctica, al de *lex posterior*³⁵.

- Con respecto a la pregunta de si el legislador nacional debe emprender acciones después de una condena por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los principios expuestos se deriva lo siguiente: Si el precepto respectivo del Código de Procedimiento Penal puede ser interpretado de manera conforme al convenio, no es forzoso realizar una modificación legislativa. Una eventual vulneración contra el Convenio radicaría solamente en una interpretación de la norma contraria al Convenio, por parte del órgano de persecución penal nacional. Sin duda, puede ser aconsejable, en la práctica, modificar la norma para conseguir una aclaración de la misma para el órgano de persecución penal y para evitar otras condenas a causa de la interpretación contraria al Convenio. Puesto que los tribunales penales nacionales tienden, en ocasiones, a no seguir las

pautas jurídicas determinadas por el Tribunal Supremo antes que el legislador nacional emprenda la expedición de nuevas normas o la modificación de las existentes³⁶.

PERSPECTIVA

Junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los órganos nacionales de persecución penal, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también toma en consideración las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme al artículo 6 III del Tratado de la Unión Europea en su nueva versión.

Ejemplo³⁷: en algunas tiendas alemanas se tomaron muestras de diversas clases de embutidos y fueron objetadas debido a una clasificación de calidad deficiente. Al afectado Steffensen, por su condición de supervisor de calidad ante el fabricante, se le impuso una multa por una infracción contra la ley de productos alimentarios y de primera necesidad (LMBG por sus iniciales en alemán). El afectado interpuso un recurso contra dicha multa ya que no había recibido las segundas muestras dejadas en las tiendas, de manera que no pudo solicitar un dictamen pericial independiente. El juzgado municipal de Schleswig suspendió el procedimiento y lo sometió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para una decisión preliminar, conforme al artículo 234 del Tratado de la Unión Europea. El Tribunal planteó la cuestión de si una directiva de la Unión Europea se puede derivar el derecho a la solicitud de un dictamen pericial independiente y si, dado el caso, una violación a este derecho tiene como consecuencia la prohibición de utilizar los resultados.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo la tesis según la cual del artículo 7 párrafo 1 se

34 BVerfGE 74, 358, 370; BGHSt 45, 321, 328; *Kühl* ZStW 100 (1988), p. 406, 410; crítico *Sommer* StraFo 2002, 309, 310, con respecto a una extralimitación de competencias del juez nacional.

35 BVerfGE 74, 358, 370.

36 Cfr. *Göhler* NSfZ 1985, 64; *Kühl* ZStW 100 (1988), p. 406, 422; cfr. también LG Mainz NJW 1999, 1271.

37 EuGH EuZW 2003, 666 ss. – Steffensen/Deutschland, con comentario de Schaller.

deriva un derecho a un dictamen independiente. Según el Tribunal, ese derecho fue vulnerado. Por tal razón se tiene que discutir si de ello debe resultar una prohibición de valoración probatoria basada en el derecho comunitario³⁸. Si el tribunal de origen llegara a constatar que la admisión del medio probatorio cuestionable puede conducir a un desconocimiento del carácter contradictorio del procedimiento y con ello, a una violación al derecho a un juicio justo, conforme al artículo 6 párrafo I del CEDH, tiene que excluir los resultados como medio probatorio³⁹. A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el ámbito de aplicación del derecho comunitario) da extensas indicaciones sobre qué consecuencias jurídicas pueden estar ligadas a una vulneración del Convenio en el derecho penal nacional. Esto no resulta del todo incuestionable, teniendo en cuenta que

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sólo) debe decidir sobre la interpretación del derecho comunitario en el proceso de decisión preliminar. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se basa, en esa medida, al menos en el principio de efectividad del derecho europeo, es decir, en el deber de los Estados Miembros de asegurar una garantía efectiva del derecho comunitario⁴⁰. Todavía debe esperarse para saber si la diversa intensidad de los preceptos europeos conducirá, en un futuro, a rupturas dogmáticas. En todo caso, la sentencia hace explícito que por la vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tendrá un influjo aún mayor en el derecho penal nacional. Otras relaciones de interdependencia deben esperarse en un futuro, además porque el Tratado de Lisboa prevé la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

38 Ver ya en *Elsele* JR 2004, 12, 20; cfr. sobre las particularidades *Einzelheiten* *Esser* StV 2004, 221, 226 s.

39 EuGH EuZW 2003, 666, 671.

40 Sobre esto, con más detalles, *Esser* StV 2004, 221, 226 f, quien no ve ninguna extralimitación de competencias por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; sobre el principio de efectividad *Oppermann* *Europarecht*, 2. ed. 1999 número marginal 528 ss.