

Normas A.P.A.

Gómez Colomer, J., (2010), Dogmática penal y proceso penal, algunas disfuncionalidades relevantes de la actualidad. [Versión electrónica] consultado día- mes- año:
http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/dogmatica-penal-proceso-penal-gomez-colomerdp3.pdf], Cuadernos de Derecho Penal No. 3, Pág. 9.

Normas Icontec

GÓMEZ COLOMER, Juan. Dogmática penal y proceso penal, algunas disfuncionalidades relevantes de la actualidad. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 3 (2010). [Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/dogmatica-penal-proceso-penal-gomez-colomerdp3.pdf

II. Doctrina

DOGMÁTICA PENAL Y PROCESO PENAL, ALGUNAS DISFUNCIONALIDADES RELEVANTES DE LA ACTUALIDAD

PROFESOR JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER*

Sumario: **I.** Retos ante la perspectiva real de una pronta nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española basada en el sistema adversarial: **A.** Íntima relación con el Derecho penal; **B.** Dogmática penal y realidad social; **C.** Política criminal y proceso penal; **D.** Propuestas sustantivas para hacer frente a los tiempos actuales; **E.** Nuevo entendimiento de algunos principios básicos y disminución del garantismo procesal.- **II.** El cambio de comprensión de algunas de las instituciones más determinantes del nuevo sistema: **A.** Redefinición del papel de los sujetos procesales; **B.** Nuevas orientaciones en la persecución penal, en particular las grandes dificultades de asumir como fin del proceso el no-proceso; **C.** La dudosa relajación en la obtención de las pruebas.- **III.** Algunos antídotos propios que deben proporcionarse al sistema.- **IV.** Nota bibliográfica general.

I. RETOS ANTE LA PERSPECTIVA REAL DE UNA PRONTA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA BASADA EN EL SISTEMA ADVERSARIAL

El Derecho procesal penal camina en la actualidad en dirección, si no opuesta, al menos bastante alejada a la del Derecho penal sustantivo. Las preocupaciones actuales del Derecho penal tienen reflejo en el proceso sólo de forma indirecta. En estas páginas pondré algunos ejemplos y ofreceré argumentos que así lo demuestran. Ello no es bueno ni para la teoría ni para la práctica, atendida la necesidad en nuestro sistema jurídico democrático de que la pena se imponga sólo como

* Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Jaume I de Castellón (España); Codirector y Profesor de la Maestría en Derecho, Programa de Derecho Procesal Penal, coadministrada por las Universidades Jaume I y Sergio Arboleda; Profesor de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda.

consecuencia de un proceso, sobre todo porque el distanciamiento acaba perjudicando al justiciable, ante la gran dificultad de dar cabida actualmente en el proceso penal a los planteamientos dogmáticos sustantivos, optándose por la solución más fácil siempre que sea posible, que no es otra que el proceso no tenga lugar.

TOMÁS VIVES es consciente de esta situación, habiendo trabajado intensamente los diversos ámbitos de la ciencia jurídico penal con acreditado *auctoritas*, primero en su labor como fiscal, luego desde la cátedra, finalmente en la más alta magistratura de la nación, para acercar todo lo posible ambas ramas jurídicas que forman parte del mismo tronco. Mi intención y mi quehacer, mucho más humildes, son los mismos. Por eso quiero contribuir modestamente a su merecido homenaje escribiendo sobre las relaciones actuales entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal.

El momento es además idóneo, porque está anunciada con perspectivas reales de éxito en estos momentos la elaboración de un borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cargo de una comisión *ad hoc*, parece que alejada definitivamente del sistema mixto (acusatorio formal o proceso penal reformado), e incardinada plenamente en el sistema adversarial de corte anglosajón, que tendrá que afrontar necesariamente las cuestiones que aquí en forma breve vamos a tratar. Este hecho será precisamente el punto de partida de mi contribución, en el que la política criminal, la dogmática penal y procesal penal y el sistema de enjuiciamiento criminal deben ser revisados a fondo para llegar a la norma que realmente sea la más justa en nuestro país hoy. Para que ello sea posible, plantearé algunas reflexiones generales que considero imprescindible que sean abordadas por la comisión encargada de elaborar el nuevo texto anunciado.

A. Íntima relación con el Derecho penal. Fue al parecer inevitable que se expidiera un nuevo Código Penal antes que la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ambos textos se deberían haber aprobado sin embargo al mismo tiempo, pues la norma penal sólo se puede aplicar en el proceso y por tanto ambos textos deben responder a la misma ideología y necesidades sociales. Pero va a hacer quince años prácticamente que esperamos que el CP de 1995, a pesar de las demasiado numerosas reformas que ha sufrido desde entonces, tenga su cauce procesal apropiado.

Esto trae diversas consecuencias negativas que conviene, al menos, advertir: No existiendo esta relación tan cercana muchas instituciones

sustantivas y procesales difícilmente cuadran correctamente, con lo cual lecho y agua no se encuentran en el mismo recorrido. La vetusta regulación de la competencia territorial por la LECRIM no resuelve ni uno solo de los muchos y graves problemas que las nuevas modalidades delictivas plantean (un ejemplo de los muchos que se pueden poner, el lugar del delito en los hechos punibles medioambientales), dejando este tema a la cambiante jurisprudencia; la regulación procesal del concurso de leyes es incomprensible desde el punto de vista material y viceversa; el éxito en la investigación de los delitos más sofisticados es prácticamente imposible de alcanzar con las normas que la LECRIM dedica al sumario, lo que permite a la criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, mafias) contar con perspectivas de impunidad reales; la regulación de la prueba prohibida, mínima, es además ajena a la perspectiva material con que se afrontan las enormes excepciones al efecto reflejo (los famosos frutos del árbol envenenado) que hoy contempla la jurisprudencia; la regulación de las causas de sobreseimiento libre (por ejemplo, la exención de responsabilidad criminal) ignora el Derecho penal moderno; los artículos de previo pronunciamiento son humillados constantemente por el Derecho sustantivo (v.gr., la prescripción); la cosa juzgada (*ne bis in idem*) parece hoy más bien que sea sólo una institución sustantiva y no también procesal, tal es el estado de abandono a que la ha llevado nuestra LECRIM; en fin, cuando se contempla la regulación de los motivos de casación parece que estemos leyendo una instrucción de la Revolución Francesa.

Pero más en general, la propia clasificación de los procedimientos penales es una anticualla legal indefendible. ¿Por cuánto tiempo más seguiremos necesitando como proceso básico un proceso que no se practica, el proceso penal ordinario por delitos más graves (sumario ordinario), o qué sentido tiene hoy un proceso de faltas totalmente autónomo? El CP de 1995 no permite seguir defendiendo ya esta anciana clasificación, debiendo ser el proceso ordinario típico uno nuevo que se prevea para el enjuiciamiento de la mediana e ínfima criminalidad (su antecedente, que no su modelo, sería el actual abreviado competencia del Juez de lo Penal), porque en ellas se agrupan los delitos más cometidos.

Por otra parte, nuestro actual jurado es insostenible, y las competencias que tiene un desprecio a la sociedad por ridículas. O se transforma en escabinato y conoce de todos los delitos, o si se prefiere, de todos los delitos competencia de la AP y TSJ (penalidad fijada en abstracto

superior a cinco años), integrándolo en sus aspectos procedimentales en el proceso ordinario regulado por la nueva LECRIM, o se suspende su aplicación, lo que no vulneraría el art. 125 CE, hasta que esté más madura nuestra clase política.

Por otro lado, que el CP siga regulando la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito que es el delito, es la mejor prueba de la palpable pérdida de rumbo de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal actual. Desde 1870 hasta 1882 pase, pero desde entonces tiempo y ocasiones ha habido para traer esas normas a la LECRIM, lo que no se ha querido hacer dando excusas vagas e incoherentes. La nueva LECRIM no puede eludir este tema y debe regularlo en su seno de una vez y con visión de futuro, ante la gran complejidad de la cuestión de fondo en la actualidad.

Estos detalles que acabo de apuntar llevan a una situación que no es sostenible, ni lo ha sido nunca en verdad, ni desde luego lo puede ser por más tiempo. Una nueva LECRIM debe tomar todas y cada una de las instituciones que conforman el proceso y ponerlas al servicio del Derecho penal sustantivo, pues eso es lo que significa y no otra cosa el principio de necesidad, y debe ponerlas exactamente a la par porque se trata de las dos caras de la misma moneda, por tanto, haciendo que contemplen el mismo concepto y su mismo significado, persiguiendo obviamente las finalidades propias que les correspondan como disciplinas autónomas, es decir, según el lado desde el que se mire esa moneda.

Además, dejando las particularidades y elevando de forma relevante la perspectiva, esta relación íntima debe tener un reflejo directo en la dogmática común que ambas ramas de las ciencias jurídico-penales deben desarrollar, así como en la política criminal que debe guiar al legislador en la aprobación de la norma. Este último aspecto es muy trascendente, de ahí que debamos fijarnos ahora en él.

B. Dogmática penal y realidad social. En efecto, las líneas dogmáticas actuales del Derecho penal de mayor trascendencia están claramente delimitadas por el contexto político-económico-cultural y socio-jurídico en que nos encontramos: Se enmarcan en la actual sociedad del riesgo y tienen que acomodarse a la globalización, nuestra realidad social actual. Lo sorprendente y lamentable es que el proceso penal español contemple hoy desde la lejanía estos hechos constatados.

Vivimos en la sociedad del riesgo que tan magistralmente nos explicara hace ya demasiado tiempo BECK. Vivimos también en la era de la globalización. Esto ha cambiado nuestra sociedad, pues ya no disfrutamos del estado del bienestar, más bien todo lo contrario, pues vivimos en el estado de la inseguridad. Las características principales de la sociedad del riesgo son, en líneas generales, las siguientes tres: Existencia de más riesgos y de mayor potencial, existencia de serias dificultades para fijar un sistema de responsabilidad organizada, y existencia de inseguridad personal de los miembros de la sociedad.

El Derecho penal ha sabido reaccionar, quizás no siempre con pleno acierto, ante los retos de la nueva sociedad del riesgo. Y lo ha hecho frente a los dos fenómenos que caracterizan el actual mundo global en dos aspectos muy diferentes, pero que acaban convergiendo: Hoy han aumentado espectacularmente los riesgos que merecen atención por parte del legislador penal, y no se trata de riesgos naturales, sino de los riesgos producidos por el hombre, en especial como consecuencia de los impresionantes avances tecnológicos que estamos presenciando (por ejemplo, la protección penal del crédito, del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico); y hoy han aumentado también espectacularmente los crímenes más horribles, los que verdaderamente asustan a la gente, siendo la mayor parte de ellos cometidos de manera pensada en común, dando lugar a lo que se llama la criminalidad organizada, destacando por encima de todos el terrorismo.

Esto lleva en el plano jurídico, pero no sólo jurídico, a la existencia de problemas de una enorme complejidad, cuya solución es muy difícil, al menos inmediatamente. El Derecho penal está elaborando líneas dogmáticas nuevas para hacer frente a este fenómeno que debería merecer también de inmediato la atención del Derecho procesal: **a)** En primer lugar, estudia el riesgo y sus consecuencias, advirtiendo sobre una expansión no razonable del Derecho penal en función de las diferentes técnicas adoptadas por el legislador: Punición de conductas que deberían ser meros ilícitos administrativos, protección discutible de determinadas situaciones económicas, o abuso injustificado de tipos penales de peligro abstracto o concreto, entre otras. Aquí se insertan diversas teorías que tienden a controlar esta injustificada expansión del Derecho penal o incluso a crear nuevos espacios jurídicos de protección fuera del Derecho penal y, en este sentido, consideraremos las nuevas teorías del Derecho penal de varias velocidades o de un Derecho de intervención entre el Derecho penal y

el Derecho administrativo sancionador; y **b)** Aporta en segundo lugar nuevas líneas de pensamiento para neutralizar a los criminales más sangrientos o devastadores, principalmente fundando una reacción más dura y contundente del Derecho penal en su contra, aunque sea a costa de ciertas garantías del presunto autor. Aquí se inserta la nueva teoría del Derecho penal del enemigo.

Por su parte, la globalización está influyendo de diversas maneras en el campo de aplicación del Derecho penal en particular: **1º)** La globalización exige una lucha más eficaz contra la criminalidad, sobre todo la transnacional. Se requieren respuestas inmediatas y muy pragmáticas. Pero esto conlleva el peligro al mismo tiempo de que al hacer a nuestro Derecho penal más práctico, menos teórico, las construcciones garantistas que hemos conseguido hasta hoy acaben por diluirse, ya que se perciben en contra de esa eficacia; **2º)** Los delitos de la globalización son delitos contra la economía entendida en sentido muy general (corrupción, blanqueo de capitales, tráfico de armas, narcotráfico, estafas de subvenciones, etc.), delitos que no conforman el Derecho penal clásico y, por tanto, con estructuras y construcción dogmática distintas, a veces todavía en sus comienzos, lo que es una clara desventaja de partida para hallar la solución más correcta; y **3º)** La globalización exige el castigo a toda costa de estas conductas delictivas porque se trata de crímenes que generan una gran inseguridad, a veces muy difíciles de perseguir o incluso de ejecutar si se produce la sentencia de condena, lo que lleva a un tratamiento jurídico preciso e inmediato de las acciones para contrarrestarlas, no siempre bien medidas y casi siempre desacertadas.

De los nuevos delitos a que nos referimos deben destacarse, porque han contribuido y están contribuyendo a la expansión del Derecho penal de una manera decisiva, los delitos de peligro. Estos delitos de peligro pueden ser consecuencia directa del alto grado de civilización alcanzado, de una gradación superior en la escala de las infracciones, o incluso de un desarrollo no previsto, por tanto, encuadrables en cualquiera de las tres categorías acabadas de mencionar sobre las que actúa la globalización. Denominador común de todos los delitos de peligro en pleno desarrollo es que en la *mens legislatoris* contribuyen a afianzar la seguridad pública. Tampoco debe olvidarse que al no poder determinarse con exactitud las víctimas de estos hechos criminales, o ser éstas muchas veces desconocidas, la estructura del delito de peligro se adapta mejor para colmar las aspiraciones de la sociedad de sentirse más seguros por estar penalmente más y mejor protegidos.

Decíamos que la globalización está contribuyendo en forma notable a la expansión del Derecho penal. Obsérvense los delitos que aparecen como novedosos o reforzados en nuestra sociedad actual y se comprobará inmediatamente esa afirmación: **a)** Delitos que afectan al desarrollo tecnológico, como consecuencia del alto grado de civilización alcanzado (nuevos delitos que están relacionados con la energía nuclear, la informática o cibercriminalidad y la tecnología genética); **b)** Delitos que son consecuencia de una gradación superior en la escala de las infracciones, pasando de ser parte sus conductas del Derecho administrativo al tratarse de meros ilícitos administrativos a formar parte del Derecho penal (los delitos contra el medio ambiente, el llamado Derecho penal económico, y los delitos contra el patrimonio histórico y artístico son sus manifestaciones más importantes); y **c)** Delitos ya existentes que se han desarrollado de manera inusitada por las dimensiones que está adquiriendo la sociedad actual (globalización) y la ruptura de la barrera de las comunicaciones (transnacionalidad). Aquí se insertan los delitos más graves cometidos por la criminalidad organizada, como terrorismo, narcotráfico, mafias, comercios humanos, inmigraciones ilegales, etc.

Pero no todos son delitos surgidos *ex novo* de la sociedad del riesgo, pues algunos han encontrado en ella un caldo de cultivo especial y se han desarrollado enormemente. Tampoco debemos olvidar, para ser justos, que una cierta expansión del Derecho penal siempre se considerará razonable, por eso la reciente doctrina penal que estudia estas cuestiones se centra en lo que tenga de irrazonable dicha expansión.

C. Política criminal y proceso penal. Pues bien, en la expansión del Derecho penal en la actual sociedad del riesgo tiene mucho que ver la política criminal. En términos generales se acepta por la doctrina que comparte en lo penal la existencia de la sociedad del riesgo, que existe una política criminal específicamente aplicada en este campo por el estado, que se caracteriza por las siguientes constataciones legales:

En primer lugar, por la configuración de un nuevo Derecho penal preventivo, que a su vez implica tres datos relevantes: **1)** El adelantamiento de la protección penal, es decir, el bien jurídico se protege en el estado previo (*Vorfeld*) a su lesión; **2)** La articulación de muchos delitos de peligro, básicamente de peligro abstracto; y **3)** La configuración de nuevos bienes jurídicos universales de contenido impreciso (v.gr., la calidad de vida en los delitos medioambientales).

En segundo lugar, se constata igualmente que los resultados a los que se llega en la práctica para solucionar los problemas del llamado Derecho penal clásico no son siempre trasladables a este Derecho penal moderno.

En tercer lugar, la política criminal específica de los delitos de riesgo varía sus fundamentos clásicos también en los objetivos que se persiguen. Ello lleva a la consecuencia de que el Derecho penal se esté convirtiendo no en una barrera infranqueable como diría VON LISZT, sino en un instrumento de la política criminal.

La última consecuencia desde el punto de vista de la política criminal con relación a la expansión del Derecho penal, hace referencia a la posible ineficacia de éste para hacer frente con solvencia a la nueva situación, es decir, a los riesgos que con él precisamente se quieren tutelar.

Por ello, característica esencial de la política criminal de la sociedad del riesgo es también una mayor criminalización de las conductas humanas, lo que lleva sin solución de continuidad a la expansión del Derecho penal. Lo paradójico es que la gente no se sienta más segura así, sino que muy al contrario, la política criminal de nuestra sociedad del riesgo produce el efecto de una seguridad irreal, simbólica, poniendo en peligro el propio estado de derecho que tanto nos ha costado conseguir. Y si no se cree esto, basta constatar la aparición de nuevos delitos contra los intereses financieros de organizaciones internacionales o supranacionales, la aparición del rico o potentado como criminal, es decir, también cometen ahora delito los poderosos, crímenes además de gran trascendencia social, como los delitos socioeconómicos o de naturaleza política, pues muchos crímenes sólo está en sus manos el poder cometerlos; y finalmente, nadie discute que si la globalización se caracteriza criminalmente por algo, es por la fortaleza que ha adquirido la llamada criminalidad organizada, que no conoce fronteras, ni límites (narcotráfico, tráfico de personas, de armas, mafias, etc., y, sobre todo, el terrorismo), cuyo eje central es la comisión de delitos muy graves por personas que forman parte de una estructura organizada jerárquicamente.

Para contrarrestar estos perniciosos efectos, la política criminal afronta frente a la criminalidad de la globalización estas tres reflexiones: 1ª) Dado que la globalización implica la desaparición de fronteras, la criminalidad tampoco las tiene, por tanto, estamos generalmente

en presencia de una criminalidad de corte transnacional. Parece claro en principio que una política criminal correcta debe ser cerrar cualquier espacio en el globo terráqueo en el que se pueda refugiar un delincuente de estas características; 2^a) Por otra parte, los tipos deben responder a los mismos valores y principios, regulen la acción típica que regulen; y 3^a) Finalmente, la globalización produce otros hechos no deseados que repercuten en la política criminal, siendo el más complejo quizás el provocado por la inmigración ilegal, que plantea problemas específicos relacionada con el Derecho penal, habiéndose orientado la política criminal fundamentalmente hacia la pena y en parte también hacia las medidas de seguridad.

Obsérvese por tanto que la criminalidad de la globalización, principalmente la criminalidad organizada, además de contribuir de forma clara a la expansión del Derecho penal, exige más represión penal, lo cual explica ciertas tendencias procesales. La gran pregunta es si con ello el Derecho penal no estará cumpliendo tareas que en absoluto le competen, como la de transformar los principios que estructuran organizativamente la sociedad. Si ello fuera así, la política criminal para luchar contra la criminalidad de la globalización estaría haciendo un flaco favor al estado de derecho, porque significaría la consagración de la llamada "tolerancia cero", lo que repele al principio de proporcionalidad.

D. Propuestas sustantivas para hacer frente a los tiempos actuales.

Hasta aquí la descripción crítica de la realidad, con todos los matices que se quiera. La sociedad del riesgo en un mundo globalizado está provocando, pues, una expansión del Derecho penal que no es ontológicamente admisible. ¿Qué hacer si se está de acuerdo con esta afirmación para o detener esa expansión, o al menos no profundizar más en ella, o incluso para retroceder en algunos casos de nuevo hacia el terreno no penal, por ejemplo, hacia el Derecho administrativo sancionador?

Se han formulado tres interesantes teorías desde un punto de vista dogmático que merecen, por sus consecuencias procesales, ser tratadas aquí. La primera se debe al gran penalista alemán HASSEMER. La segunda al también gran penalista pero español SILVA SÁNCHEZ. La tercera al gran dogmático alemán JAKOBS. La primera propone salirnos del Derecho penal, la segunda y la tercera crear espacios propios dentro del Derecho penal. Veamos ahora las esencias y consecuencias más importantes de las dos primeras, y dejemos para después, por su enjundia dogmática, la tercera.

1ª) HASSEMER ha propuesto separar el nuevo Derecho penal, despenalizándolo, pero no administrativizándolo, sino creando una nueva rama del derecho, a la que llama Derecho de intervención. Este jurista ha llegado a la conclusión de que el Derecho penal moderno (delitos de peligro abstracto y concreto, delitos de riesgo, etc.), rompe con el Derecho penal clásico o tradicional, pues las construcciones dogmáticas del Derecho penal clásico son inaplicables al moderno. Para evitar las perniciosas consecuencias que esto tiene, propone que se extraigan del Derecho penal actual determinados tipos y, conjuntamente con ilícitos que no son penales pero que pertenecen al ámbito jurídico sancionatorio, por ejemplo, las contravenciones, se cree un derecho nuevo, el *Interventionsrecht*. El Derecho de intervención se situaría entre el Derecho administrativo sancionador (básicamente el derecho de contravenciones o de ilícitos administrativos, *Ordnungswidrigkeitenrecht*) y el Derecho penal (*Strafrecht*), y sería un poco mezcla de principios de derecho privado y de derecho público.

2ª) SILVA SÁNCHEZ ha preferido por su parte proponer una solución, mucho más explícita y detallada, aunque todavía en sus formulaciones iniciales, sin salirse del ámbito del Derecho penal. Para él es evidente que hay derechos penales con velocidades distintas y por tanto hay que considerar y agrupar las construcciones dogmáticas en torno a un Derecho penal de primera velocidad y en torno a un Derecho penal de segunda velocidad, sin descartar otras velocidades añadidas. La clave reside en la política criminal y en la dogmática, de nuevo, pues de lo que se trata es de impedir la expansión de los delitos castigados con penas privativas de libertad, es decir, de circunscribir el Derecho penal clásico a aquellos delitos que están castigados con penas de prisión (primera velocidad) y de reagrupar con contención aquéllos que están castigados con penas no privativas de libertad (segunda velocidad).

La cuestión clave para mí a la hora de pensar en un sistema de control de la expansión del Derecho penal es responder certeramente a la pregunta de por qué los retos que plantea la sociedad del riesgo, que conlleva recordemos una considerable ampliación del Derecho penal para hacerles frente, ante su ineficacia, pasa por propuestas que afectan al Derecho procesal hasta tal punto que lo transforman, pues las soluciones ofrecidas coinciden todas en la necesidad de disminuir garantías procesales, también materiales, pero sobre todo procesales.

Veamos las dos soluciones propuestas desde el punto de vista procesal y se comprenderá inmediatamente la inviabilidad de las mismas:

a) El Derecho de intervención de HASSEMER, una original y atractiva propuesta, no resolvería en el fondo ningún problema procesal. Habría que crear un nuevo proceso, no se sabe muy bien de qué naturaleza, aunque al ser sancionador y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español, tendría que estar sometido a los mismos principios que el propio proceso penal. La pregunta entonces sería, ¿para qué un proceso nuevo, el proceso de intervención, para imponer multas? Quizás habría que crear también nuevos órganos jurisdiccionales, los Jueces de intervención, lo que implicaría una multiplicación de recursos humanos y materiales tan grande que sin duda el remedio sería mucho peor que la enfermedad. Quizás cuando desarrolle este autor más profundamente su teoría pueda dar una adecuada respuesta a esta cuestión.

b) El Derecho Penal de dos, o más, velocidades de SILVA SÁNCHEZ, en tanto en cuanto conlleva en su opinión un régimen de garantías procesales menos “exigente”, chocaría directamente con el principio de igualdad procesal y, sobre todo, con la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha ocupado desde sus inicios de establecer el mismo régimen de garantías en todos los procesos penales existentes en España, estén o no contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ¿Por qué la demanda de seguridad que exige legítimamente la sociedad para hacer frente sobre todo a los gravísimos delitos cometidos por la criminalidad organizada, tiene que ser a costa de la pérdida de garantías? La seguridad pública o ciudadana no es un concepto ni penal ni procesal penal, sino administrativo o policial. ¿Por qué se quiere entonces integrarlo en lo penal y en lo procesal?, ¿cómo es que aun sabiendo sus perniciosos efectos, pues destruye el sistema, la expansión sigue imparables?, ¿por qué no se impide esa expansión con los instrumentos que ya tenemos?

En cuanto al Derecho procesal penal, la opción nunca debería ser crear nuevos procesos penales y, por supuesto, las garantías tendrían que ser las mismas en todos los ya existentes. La cuestión clave, apuntada *supra*, sería que la clásica distinción vigente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 entre procesos por delito y procesos por falta estaría ya totalmente superada y que habría que reordenar, por tanto, con base en una política criminal y en una dogmática específicamente procesales, los nuevos tipos de proceso, adaptando todas sus instituciones a la actual realidad penal sustantiva, cuestión por cierto nada fácil de articular.

No obstante, he de decir con toda sinceridad que de las posiciones de HASSEMER y de SILVA SÁNCHEZ extraigo una consecuencia muy importante: El nuevo Derecho procesal penal no puede ser ajeno a estas preocupaciones de la política criminal ni de la dogmática penal, no va a poder mantenerse como el actual tan alejado del derecho material al que sirve necesariamente. Por eso creo que sus reflexiones pueden ayudar mucho en las ideas que aquí esbozaremos *infra* sobre cómo debería ser el nuevo proceso penal.

3ª) La propuesta más radical ha sido formulada por JAKOBS. Postula este dogmático desde hace unos años que se debe fijar una sustancial diferencia jurídica entre aquellas personas que son delincuentes comunes (ciudadanos normales que delinquen), y los autores de los crímenes más horribles, a los que se pasa a llamar enemigos (que son los terroristas y demás integrantes del crimen organizado, los autores de delitos patrimoniales de forma profesionalizada y quienes cometen actos reiterados de violencia sexual), porque todos ellos, pero principalmente los terroristas, persiguen destruir el sistema social, no se comportan por tanto como auténticos ciudadanos, no son en definitiva personas. En consecuencia, se propone como tesis que exista un Derecho penal ordinario para los delincuentes ciudadanos, y un Derecho penal del enemigo, totalmente distinto pero con consecuencias jurídicas mucho más graves, para los que no aceptan el sistema y cometen esos delitos, para los sujetos más peligrosos. Sus planteamientos dogmáticos, tanto sustantivos, como procesales penales, nos introducen en un mundo metafísico de una gran complejidad.

Es difícil explicar por qué surge la construcción teórica del Derecho penal del enemigo, y por extensión su aplicación al proceso (Derecho Procesal penal del enemigo). Fundar su reaparición en los terribles momentos actuales, en los que el mundo está al dictado amenazante y ejecutante de perturbados terroristas, o asistiendo impávido a cómo triunfa el crimen (el mal) en tantos ámbitos vitales desde el punto de vista social y personal (economía, industria, política, religión), con bandas mafiosas por doquier, grupos de narcotraficantes perfectamente dotados para la guerra, una extendida corrupción política en contacto o no con el mundo empresarial, particularmente de la construcción, traficantes de armas, de personas, de niños, tejidos inescrutables en la red de pornografía infantil, piratas, etc., es explicable, pero no es del todo exacto ni acertado creer que ésta es la única razón.

La actual criminalidad organizada, la gran criminalidad del siglo XXI, exige respuestas más claras y contundentes, sin duda alguna.

Nuestra arcaica Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 todavía vigente es obvio que no puede hacer frente con plenas garantías de éxito a los procesos que se celebran en contra de esos criminales. Pero hay un límite infranqueable en la lucha legal contra esos malvados: La democracia, el estado de derecho, los derechos fundamentales de la persona, su dignidad, que no puede ser atropellada en aras de la seguridad, en función de una mayor efectividad policial y por tanto de más rentabilidad política de la persecución penal. Si el actual estado de derecho no es capaz de dar respuesta a estos problemas, la solución no es abrogarlo o suspenderlo en parte, sino utilizar la imaginación para mejorarlo y hacerlo más efectivo.

Nuestro sentir es por tanto que no se ponga en peligro mediante formulaciones doctrinales teóricas el estado de derecho, que la democracia triunfe frente a estos criminales, cuya peligrosidad extrema nadie niega. Si una persona no puede ni ética, ni moralmente decir qué ser humano vivo es persona y qué ser humano vivo no, porque todos somos personas, porque todos gozamos de la misma dignidad, porque todos somos iguales ante la ley, un jurista demócrata tampoco puede compartir una formulación que, para acabar con las conductas criminales de esos execrables seres, pero seres al fin y al cabo, exige y justifica su expulsión del sistema, su anulación como personas. El feudalismo, el totalitarismo, el autoritarismo, ya no tienen cabida en nuestras democracias. Mucho nos ha costado desterrarlos para permitirnos ahora darles una oportunidad, dejando una rendija abierta siquiera sea mínimamente, de volver a entrar en nuestras casas.

E. Nuevo entendimiento de algunos principios básicos y disminución del garantismo procesal. Desde otra perspectiva, ahora más circunscrita a lo procesal, parece claro que nuestras leyes de enjuiciamiento ignoran esa realidad y esas propuestas. A fuer de ser sinceros, y lo lamentamos, el Derecho procesal penal parece que haya tenido desde la reinstauración de la democracia en España como única preocupación de política criminal, sin consideración dogmática alguna, la rapidez del procedimiento penal, pues hasta 6 reformas se han aprobado desde 1978 en este sentido, sin haber conseguido todavía por supuesto tener un juicio penal verdaderamente rápido. Las reformas en materia de legislación antiterrorista y contra la criminalidad organizada serían la única excepción, pero también de espaldas a esta realidad global, más acorde con nuestra situación local por lo menos hasta 2001 (ya que las reformas fueron principalmente en 1978, 1979, 1980, 1981, 1984 y 1988, los peores años desde el punto de vista de la escalada terrorista

en la naciente democracia, y luego en 1995, 1998, 2000, 2002, 2003 y 2005). Por ello se puede afirmar sin ambages que nuestro proceso penal vive todavía hoy en general de espaldas a la realidad actual del Derecho penal.

El problema de fondo es que por ello el Derecho procesal penal sigue teniendo ante sí el reto de desarrollar la Constitución, debido a que la primera unión entre el Derecho procesal penal y el Derecho penal sustantivo tiene que hacerse a través de los principios, en particular, de los principios consagrados por la Constitución. La perspectiva cierta de un nuevo enjuiciamiento criminal basado en el sistema adversarial anglosajón lo confirma, porque lo que primero se percibe ante el cambio es que varios principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal actual tienen que ser reinterpretados a la luz del nuevo modelo, en tanto en cuanto deben servir para dar cauce adecuado al nuevo Derecho penal que está creciendo en nuestra sociedad.

En este sentido por la comisión redactora citada debería darse cumplida respuesta a estas cinco cuestiones trascendentales:

1ª) ¿Qué vamos a hacer de una vez con el principio del proceso debido, la columna vertebral del sistema adversarial anglosajón? Todo el mundo se refiere a él, incluso no juristas, pero es muy difícil responder a ello, porque el art. 24.2 CE consagra el derecho al proceso con todas las garantías, que es prácticamente lo mismo, o incluso mejor, ya que cubre todos los demás derechos constitucionales procesales no reconocidos expresamente en los arts. 14 a 30 CE, dando juego expreso al TC, que así lo ha aprovechado en varias ocasiones, por ejemplo incardinando el principio acusatorio o la prohibición de la prueba ilícita en él. Un reconocimiento expreso en la nueva LECRIM de este principio sin reformar la Constitución, lo que parece difícil dados los tiempos actuales, o sin precisar con detalle, lo que es ciertamente complejo pues ni siquiera en los Estados Unidos se ha dado una definición del mismo unánimemente aceptada, abriría polémicas innecesarias, y perjudicaría a la fluidez que requiere el proceso para lograr una correcta aplicación del Derecho penal.

2ª) ¿Qué vamos a hacer con el principio acusatorio? Resulta curioso constatar cómo el sistema adversarial estadounidense no hace ninguna mención al principio acusatorio. Que acuse persona distinta a quien juzga está en aquel sistema sobreentendido, pues para ellos lo verdaderamente importante es que el sistema de enjuiciamiento

criminal regule un proceso penal de partes (adversarial). Para nosotros, sin embargo, la clave de la reforma gira en torno a este principio, quitándole el apellido que le puso la Revolución Francesa (formal o mixto) y dejándolo puro, es decir, sin calificativo alguno. Por eso en España hay un entendimiento desmedido de lo que es el principio acusatorio y por eso nuestro Tribunal Supremo se ha excedido notablemente en su interpretación, entendiendo por ejemplo erróneamente que si el fiscal no asumía la tesis de desvinculación ésta era inoperante, o prohibiendo la introducción de la prueba de oficio si el fiscal no la asumía como propia, defectos que nuestra ley adversarial futura tendrá necesariamente que corregir, afirmando con contundencia que a lo único a lo que debe estar vinculado el tribunal en el sistema adversarial en su búsqueda de la verdad, es a los hechos probados y nada más que a los hechos probados, pues de lo contrario el órgano decisor será la acusación, y eso es evidentemente inconstitucional,

3ª) ¿Qué vamos a hacer también con el juego entre el principio de legalidad sustantivo y el principio de necesidad procesal? El sistema adversarial basa su existencia en el poder discrecional del fiscal, muy grande por cierto, para su iniciación y posterior desarrollo. No rige en los países anglosajones el principio de legalidad sustantivo, ni por tanto su correlativo procesal el principio de necesidad. De optarse por ello, estaríamos ante un cambio brutal. Pero no puede aceptarse sin más la desaparición del principio de necesidad y su sustitución por el principio de discrecionalidad, porque nuestro sistema penal considerado como un todo no lo podría digerir, ni siquiera modificando el art. 25.1 CE, ya que es por encima de la norma un tema de cultura jurídica, y sin embargo *de facto* se corre el peligro de actuar en la práctica como si así fuera, pues la aplicación del principio de oportunidad, y en concreto las alternativas a la persecución y la ampliación de la negociación, que previsiblemente la nueva LECRIM desarrollará al máximo, pueden llevar a una vigencia real de lo discrecional en nuestro proceso penal futuro. Aquí posiblemente esté el escollo principal del anunciado cambio, pues la contradicción sistemática (legalidad y necesidad *v.* discrecionalidad y oportunidad) parece insalvable. Más adelante volveré sobre ello desde otra perspectiva.

4ª) ¿Hasta qué punto queda justificada la reducción del garantismo para poder reparar los estragos que está causando en nuestra sociedad la criminalidad organizada? Aunque sea éste un fenómeno general en las legislaciones de los países desarrollados, y no sólo después del 11 de septiembre de 2001, lo cierto es que dogmáticamente ni

la sociedad del riesgo ni la globalización justifican por sí mismas la reducción o limitación de las garantías procesales en la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico o las mafias, pero no es menos verdad que en las reformas legales de esos países y en su práctica el garantismo procesal está en claro retroceso (incluso desde antes de la *Patriot Act* norteamericana de ese mismo año). La nueva LECRIM tiene que resolver satisfactoriamente esta cuestión, equilibrando la balanza entre seguridad y libertad, y ante la duda optar por los derechos fundamentales procesales del acusado, no sólo en el momento de decidir, sino también, lo que está resultando en la realidad mucho más importante, durante todo el desarrollo del proceso, específicamente durante la fase de investigación del crimen, que es en donde verdaderamente está el problema. No es preciso restringir el derecho de defensa del imputado, o ser menos exigente en materia probatoria, o vulnerar su presunción de inocencia, para acabar con estos grandes criminales. Al contrario, lo que es necesario es dotar a la policía de más y mejores medios para que, por el efecto disuasorio, sepan ellos que al final siempre van a ser descubiertos, enjuiciados y condenados, acabándose para siempre su impunidad.

5ª) Finalmente, y a la vista de todo ello, ¿qué queremos volitivamente con el proceso penal? La pregunta final es la que más me preocupa en estos momentos, porque nos vamos a fijar en un sistema, y de hecho lo vamos a incorporar casi seguro en sus esencias más conocidas, en el que el fin principal del proceso no es hallar la verdad, sino obtener una declaración de culpabilidad. Claro es que ingleses y norteamericanos quieren que se condene al verdadero culpable, obviamente, pero lo importante para ellos no es si al final se produce esta coincidencia jurídica, sino que o bien el Jurado emita un veredicto de culpabilidad o bien que el propio acusado se declare culpable, por tanto que exista tal declaración. En mi opinión, esto no es admisible tampoco culturalmente en España. Ciertamente hallar la verdad no es el único fin del proceso penal, pues tutelar los derechos fundamentales del acusado y los derechos de la víctima son fines igualmente valiosos, pero sí es el fin principal, y a ello no podemos renunciar. En otro caso, el propio proceso penal estaría de más.

II. EL CAMBIO DE COMPRENSIÓN DE ALGUNAS DE LAS INSTITUCIONES MÁS DETERMINANTES DEL NUEVO SISTEMA

Los cambios que se avecinan son, pues, enormes. Pero también son muy problemáticos. La tarea de la comisión de redacción del

borrador de anteproyecto es tan inmensa como delicada. No puedo aquí tratarlos todos, como es obvio, de ahí que me vaya a fijar ahora sólo en tres aspectos concretos que afectan a instituciones clave del sistema adversarial para tener una idea cabal de la complejidad que supone una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con relación a lo trazado en la primera parte de este escrito, los tres aspectos que voy a comentar están relacionados muy directamente con la política criminal, pero carecen de análisis dogmático-procesales rigurosos, porque la dogmática ha sido hasta ahora patrimonio del Derecho penal sustantivo.

Incluso considerando únicamente el característico pragmatismo del Derecho procesal penal, se observa, y es otra complicación más, que nuestros modelos europeos de sistema adversarial de enjuiciamiento criminal muestran en muchos aspectos dudas sustanciales, de manera tal que la misma institución no se recoge de forma igual en todos ellos, incluso a veces de manera bastante diferente. Por ejemplo, en Alemania no se ha instaurado realmente en 1975 el sistema adversarial anglosajón, sino que se ha introducido una reforma que mejora el proceso penal acusatorio formal o mixto (o proceso penal reformado como dicen allí); y en Italia, la jurisprudencia y las reformas posteriores a 1988 se encargan de alejar cada vez un poco más el devenir propio del sistema adversarial importado tal cual en esa fecha de allende el mar y el océano.

Observe el lector que lo que voy a destacar son también debilidades del sistema que hoy aparece indiscutiblemente como modelo, pues si alguien cree que el sistema adversarial es perfecto está muy equivocado. Puede ser más pragmático, más sencillo, más efectivo, y sobre todo un ejemplo muy llamativo de práctica de verdadera oralidad, lo que hace que sea hoy mucho más atractivo que lo que tenemos. Pero eso no significa que no tenga fallos. Los redactores de la nueva LECRIM deberían estar al tanto de ello para intentar corregirlos.

A. Redefinición del papel de los sujetos procesales. La primera dificultad surge nada más comprobar la realidad del sistema adversarial en la fase de investigación del crimen. Dos aspectos deslumbran por encima de todos los demás: El primero es que el Fiscal no está vinculado al principio de legalidad penal para iniciar el proceso penal cuando se descubre un delito, sino al principio de discrecionalidad en el ejercicio de la acción, por tanto no está obligado a inocular causa alguna siempre

que exista delito; el segundo, mucho más trascendente, es el inmenso poder que tiene la policía en los momentos iniciales tras la comisión del crimen. No hay juez instructor alguno, aunque sí un juez que debe autorizar los actos de investigación o procesales que puedan afectar a los derechos fundamentales del imputado. La víctima no tiene prácticamente importancia ahora. Esto significa, en verdad, que el papel que juegan los sujetos procesales en un sistema adversarial es totalmente distinto al que desempeñan en España en estos momentos con la LECRIM actualmente en vigor en la mano.

Por eso la política criminal del estado con relación a quienes intervienen en un proceso penal difiere según estemos ante un sistema adversarial o no. Observemos en este sentido unos cuantos detalles para corroborarlo.

La primera consecuencia de tomar como modelo el sistema de enjuiciamiento criminal adversarial será que ya no instruya el delito ningún juez. Repele en los países anglosajones que el juez investigue el crimen, porque el sistema lo que exige es que el juez (con el jurado si el delito es una *felony*, es decir, si está castigado con pena privativa de libertad superior a 6 meses) sólo juzgue (es decir, que en vista oral y pública admita la acusación, admita la prueba propuesta y deje hacer a las partes, presencie su práctica, instruya al jurado, acepte el veredicto del mismo tras la pertinente deliberación, disuelva al jurado, y que imponga la consecuencia jurídica del delito si es de culpabilidad, o que absuelva en caso contrario). Por tanto, si nuestra futura LECRIM es adversarial, tendrá que suprimir la figura del juez instructor, y otorgarle la competencia para instruir al Ministerio Público. Esto provocará en España grandes cambios en la política criminal porque implicará reorientación de principios procesales y redefinición de las prioridades jurídicas que la nueva realidad impondrá.

Pero como ocurre también en los países de sistema acusatorio formal, el fiscal no instruye en verdad, sino que lo hace la policía, y la policía puede tomar muchas decisiones, sobre todo en los momentos iniciales tras el descubrimiento del crimen, de gran trascendencia, que marquen el devenir futuro del proceso penal, por ejemplo, recogida de piezas de convicción, obtención de medios de prueba, redacción de atestados técnicos, decisiones que no habrá podido consultar generalmente a la fiscalía. Su capacidad técnica para hacer frente a ciertos crímenes, con medios tecnológicos que no puede tener la fiscalía, la hacen igualmente muy poderosa. El estado así lo ha decidido, aplicando una

política criminal dirigida a la máxima eficacia y eficiencia con relación a la policía. Si a ello añadimos que la policía no es ni juez ni fiscal, sino administración política, el control que ejerce en los momentos iniciales del proceso penal puede ser total. Ello lleva a la doctrina a denunciar el fenómeno moderno de la “policización” (*Verpolizeilichung*) del proceso penal, estableciendo controles y sanciones particulares frente a los numerosos abusos policiales que en la realidad de los diferentes países se están produciendo en estos casos. Un control normativo de lo que puede hacer y no puede hacer la policía en la investigación del crimen, aparece como primera medida correctora imprescindible a fijar por la política criminal. Una excelente formación procesal penal (y constitucional procesal) continuada es tras ello, como segunda medida de política criminal, la mejor manera de evitar los abusos.

El papel del abogado defensor en el sistema adversarial es mucho más importante que en nuestro sistema todavía vigente, porque el proceso adversarial es un proceso de partes, al contrario que el acusatorio formal o mixto. No creo sin embargo que la figura se importe de Estados Unidos tal cual. Aquí la abogacía (de confianza y de oficio) actúa de otra manera y orienta su labor de asesoramiento mucho más concentradamente hacia los aspectos técnicos, porque la importancia del jurado entre nosotros, aun siendo jurado puro o anglosajón, es mínima. Pero si realmente queremos un sistema adversarial, la ley debe potenciar su figura poniéndola a la par exactamente de la acusación, también en la fase de investigación del crimen, y sobre todo cuando lleve el mando la policía, lo que ahora, sobre todo en caso de defensa gratuita, no es así ni mucho menos.

La víctima es el sujeto procesal más abandonado en el sistema adversarial. Al tener el monopolio de la acción penal el fiscal, su concurso como parte en el proceso sería en los Estados Unidos inconstitucional. Una gran debilidad del sistema como es obvio en los tiempos que corren hoy en día. Por eso allí hay un fuerte movimiento a favor de más derechos procesales de la víctima, sobre todo si pertenece a los llamados sectores marginales. Menos mal que en España la víctima está protegida por la Constitución (art. 125), de manera que tenemos el mejor antídoto posible. Debe por ello en la nueva ley procesal penal seguir siendo parte en el proceso penal, defendiendo su propio interés y controlando la actividad del fiscal.

Lo que no está claro es el papel que el nuevo texto legal asignará a la acción popular, institución impensable en Estados Unidos, muy

desacreditada en la España actual por su uso interesado, muchas veces político-partidista. Pero la Constitución también la protege (en el mismo art. 125), de manera que aunque deba sufrir alguna restricción, seguirá siendo peculiaridad nuestra.

Obsérvese para concluir, pues, que el sistema adversarial español necesariamente tendrá que contemplar la posibilidad de que la víctima del delito y el español no ofendido por el delito puedan ser parte en el proceso penal, quizás con cambios orientados por mayores exigencias de política criminal, pero seguirán estando presentes.

B. Nuevas orientaciones en la persecución penal, en particular las grandes dificultades de asumir como fin del proceso el no-proceso. La discrecionalidad en el sistema adversarial configura toda la actuación posterior al crimen, tanto respecto a las partes, cuanto respecto al propio devenir procedimental. Pero como decíamos *supra* en España no es posible sustituir el principio material de legalidad por el de discrecionalidad sin modificar el art. 25 de la Constitución, y por tanto no es tan fácil importar esta realidad del proceso penal federal norteamericano (dejo de lado ahora los estatales), de manera que ya al principio nuestro sistema va a tener que contemplar una notabilísima excepción. La solución en estos casos suele ser, como ha ocurrido en Alemania, en donde se ha mantenido a toda costa el *Legalitätsprinzip* (flamante descubrimiento conceptual de FEUERBACH hace dos siglos), ampliar primero las alternativas a la persecución penal y después las posibilidades de negociación sobre los hechos y la culpabilidad, de manera que igualmente no se llegue a juicio, aunque de otra manera pues el proceso penal ciertamente ya habría comenzado.

El problema procesal entonces es fijar el contenido que va a tener el principio procesal penal de necesidad, íntimamente unido al sustantivo de legalidad, porque es consecuencia de la garantía jurisdiccional que éste implica. Si tradicionalmente se ha entendido que el principio de necesidad significa que siempre que se tenga conocimiento de un delito se ha de iniciar un proceso penal (necesidad de la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional), y que la pena solamente se puede imponer por un juez tras el desarrollo del proceso penal (necesidad del proceso), el principio de oportunidad, tal y como lo entiende el sistema adversarial, implica si no una derogación total del principio continental de necesidad, sí al menos un cambio radical en cuanto a su significado, ya que la discrecionalidad afecta de lleno al menos al primero de sus contenidos, y la oportunidad a ambos.

El pragmatismo del sistema adversarial no ve problema alguno en ello, porque lo importante en él es que el proceso tenga lugar sólo si vale la pena, y aquí las necesidades de política criminal conjuntamente con ciertas consideraciones de economía procesal juegan un papel más importante que entre nosotros, pues está asumida socialmente como máxima en Estados Unidos la obligación de reducir los costos de la Justicia al máximo (aplicando las políticas que se derivan de la teoría del *check and balances*), y que si finalmente el proceso tiene lugar, se obtenga una declaración de culpabilidad cuanto antes, o bien negociando (*to bargain the guilty plea*, en el 95% de los casos en que se abre causa penal), o bien mediante veredicto del jurado (en el 5% de los casos que llegan a juicio). Por tanto, se puede decir, con respeto pero con rigor, que el fin principal del proceso en el sistema adversarial no es hallar la verdad, sino obtener una declaración de culpabilidad, y cuanto antes mejor. Pero esto es una debilidad del sistema adversarial, muy condicionado hoy a variables que no son estrictamente jurídicas, en donde sociedad del riesgo y política criminal adaptada a ella juegan un relevante papel.

Nuestra cultura jurídica es reacia a estas consideraciones, aunque admitamos desde hace 128 años la conformidad, nuestra aportación propia a una vigencia limitada del principio de oportunidad en el proceso penal, en parte como salida a una posible pena poco humana. En realidad, si copiáramos tal cual el sistema adversarial y nos lo trajéramos para acá, estaríamos articulando un nuevo proceso penal para conseguir que éste no tuviera lugar en la mayor parte de los casos.

Creo que esto sería una contradicción insalvable del sistema. También sería probablemente inconstitucional, puesto que de hecho implicaría la abolición del juicio oral, el centro de gravedad de la determinación de la culpabilidad. También es posible que implicara volver en cierta manera al sistema inquisitivo, pues entonces la determinación de la culpabilidad se fundaría sólo en los materiales recogidos durante la investigación, lo que sería en verdad muy sorprendente. Por eso creo que nuestra futura ley no puede consagrar el no-proceso, que el proceso no tenga lugar, como meta ideal del proceso que va a regular. Debe dar juego sí al principio de oportunidad, pero como excepción justificada al de legalidad, no como continuación legal natural de la discrecionalidad penal.

C. La dudosa relajación en la obtención de las pruebas. El tercer y último tema clave que debe abordar en mi opinión la totalmente nueva

Ley de Enjuiciamiento Criminal es el de establecer límites concretos ciertos y seguros en la obtención de pruebas. Dicho de otra manera, debe regular con el máximo detalle posible la prueba prohibida, los casos de exclusión absoluta, los casos de exclusión relativa, los frutos del árbol envenenado (eficacia refleja), y sus efectos en el proceso (nulidad o anulabilidad). Aquí política criminal y dogmática deben alcanzar su máximo esplendor en la construcción del nuevo sistema adversarial español.

No es que Estados Unidos (ni tampoco Inglaterra) sean un modelo a seguir incondicionalmente, pues la regulación de esta materia es obra directa de la jurisprudencia, lo que favorece la volatilidad en vez de la seguridad, pero lo cierto es que su desarrollo ha sido propiciado por el garantismo que imbuye el sistema adversarial, aunque no siempre contemplando el prisma de los derechos fundamentales del acusado.

La evolución de la teoría y de la práctica sobre la prueba prohibida, tanto en los países anglosajones, como en los países europeos continentales, es hoy sorprendente, y demuestra la debilidad de la respuesta del sistema adversarial frente a la nueva delincuencia. No es porque, como ocurre en España, no esté consagrada en la Constitución expresamente, porque anclajes constitucionales correctos ya se ha encargado nuestro TC de indicar (la prohibición de utilizar en el proceso pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales forma parte derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE), sino porque se observa que del más exacerbado garantismo de hace unos veinticinco años (constatándose la existencia de prueba prohibida, las decisiones eran siempre favorables al acusado), se está pasando por razones pragmáticas a restringir su eficacia refleja (los frutos del árbol envenenado) lo máximo posible, de manera que ya son posibles muchas condenas de acusados aunque se constate que alguna prueba ha sido obtenida en forma ilícita.

Las teorías jurisprudenciales que se están desarrollando en los últimos años para negar por vía de excepción que la existencia de prueba prohibida impida una condena del acusado, en concreto, las nuevas construcciones sobre la excepción de prueba jurídicamente independiente, sobre la excepción de descubrimiento inevitable, sobre la excepción de hallazgo casual, sobre la excepción de conexión de antijuridicidad, sobre la excepción de confesión voluntaria del inculpado, y sobre la excepción de buena fe, demuestran que las restricciones actuales en la aplicación de las doctrinas iniciales en

materia de prueba prohibida son tan importantes que en el fondo de lo que se está hablando no es de prueba, sino de impunidad, es decir, que no importa tanto que la prueba sea lícita o no, cuanto que se castigue al verdadero culpable. Cuando se ingenian por nuestros más altos tribunales las teorías, por ejemplo, del descubrimiento inevitable o de la buena fe, es porque el tribunal piensa que la sociedad jamás entendería que un criminal, sobre todo si es un salvaje terrorista, un brutal asesino, un despiadado narcotraficante, un inhumano favorecedor de trata de blancas, o un despreciable corruptor de menores, es decir, si estamos ante casos socialmente muy relevantes, fuese puesto en libertad por un “mero tecnicismo” legal.

Pero ello no empece a criticar estas restricciones por fundarse en construcciones sin ningún apoyo legal. Esas excepciones, además de evitar la impunidad, pretenden proteger también a la autoridad pública de investigación frente a posibles fallos que implicarían, de mantenerse las teorías iniciales sobre prueba prohibida, ineludiblemente la absolución del acusado. A ello debe añadirse que ni siquiera, por muy artificial que fuera la construcción, contamos con jurisprudencia dogmática consistente y segura, por tanto en cualquier momento se pueden producir nuevas sorpresas. Es por ello por lo que se puede decir sin ambages que hemos pasado de asumir la prohibición probatoria por sus efectos de disuadir a la policía de actuar contra la ley, y éste es el origen norteamericano de la cuestión (casos *Weeks* de 1914, y *Silverthorne Lumber Company* de 1920), y de proteger constitucionalmente los derechos de los ciudadanos imputados o acusados frente al poder intervencionista del Estado en la esfera individual, a puras consideraciones utilitaristas de castigar como sea a quien evidentemente es culpable de un crimen horrendo.

Y esto es una debilidad del sistema adversarial, que ha sido el primero que ha empezado a admitirlas. Nosotros también las contemplamos ahora. ¿Seguirán siéndolo en la nueva ley, se irá incluso más allá en las excepciones, o volveremos al garantismo de nuevo?

Otras novedades probatorias del sistema adversarial, como el *discovery*, plantean menos dudas, pues algo de eso tenemos ya con la calificación provisional en España, en donde el fiscal *discovers* toda su prueba y se la ofrece a la defensa. Claro es que la defensa hace lo mismo unos días después y en Estados Unidos no, pues sólo si va a presentar una coartada o alegar enajenación mental de su cliente informa al fiscal de ello.

En cualquier caso, es muy importante cerrar este subapartado afirmando una fortaleza del sistema adversarial que entre nosotros debería ganarse pronto: En él, si tiene lugar el juicio, la vista oral es la reina de las fases e instituciones procesales, porque en ella se practica la prueba admitida en forma verdaderamente oral, adquiriendo su verdadera importancia y realce con ello. No es que nuestras vistas orales no sean tales, pero indudablemente no se parecen en nada a las propias del sistema adversarial, favorecido ello sin duda por la concurrencia del jurado. Por eso creo que el sistema adversarial mejorará sensiblemente nuestra vista en la fase de juicio oral.

III. ALGUNOS ANTÍDOTOS PROPIOS QUE DEBEN PROPORCIONARSE AL SISTEMA

Por lo acabado de indicar, el sistema adversarial anglonorteamericano no puede trasladarse sin más (pura copia) a España. Necesita de algunos correctivos o antídotos para que no resulte mortal aplicado en nuestra realidad. Nosotros no somos anglosajones y tenemos nuestra propia tradición jurídica de siglos, en la que hay cosas del sistema de enjuiciamiento criminal que han funcionado bien, de manera que sería muy poco inteligente que el nuevo modelo acabara con ellas sólo porque no son propias del sistema adversarial.

El primer antídoto, con carácter general, debería ser articular un proceso penal practicable verdaderamente en la España actual. No pensemos en macroprocesos (contra terroristas o narcotraficantes), sino en el 95% de los delitos que se cometen en nuestro país. El proceso penal en el que se resuelvan debe ser el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal. Lo más chocante aquí sin embargo es que a la expansión del Derecho penal sigue la contracción del Derecho procesal penal. ¿Por qué? Porque como he avanzado *supra* hoy se quiere evitar el proceso a toda costa y obtener una declaración de culpabilidad cuanto antes. Da la impresión de que averiguar si realmente cometió el delito o no el acusado sea menos importante en estos días. ¿Por qué se expande entonces el Derecho penal, para qué tantos nuevo delitos, si el fin principal del proceso penal cuyo modelo vamos a tomar es que éste no tenga lugar? Ese nuevo proceso penal tipo corre el peligro, pues, si la nueva LECRIM confirma y aumenta esa tendencia, de no practicarse mucho.

Creo en concreto además que deberíamos meditar los siguientes cuatro correctivos particulares del sistema adversarial, fijándome por ahora sólo en las fases previas al juicio:

a) No se debería otorgar la competencia para instruir formalmente el proceso al Ministerio Fiscal sin más, sino sólo cuando orgánicamente esté conseguida su independencia de actuación del poder político. En España el fiscal no debe ser el representante del gobierno en el proceso, no es una parte de la administración, sino parte pública acusadora en el proceso penal que, en consecuencia, debe aparecer desligado políticamente del ejecutivo. Hasta encontrar la solución perfecta, no sería mala idea que el Fiscal General del Estado fuese nombrado por el Rey a propuesta de Las Cortes reunidas en pleno por un período de cinco ó seis años, sin estar sometido a más control político posterior que la rendición anual de un informe sobre sus actividades, y la posibilidad de destitución por ellas en caso por ejemplo de cometer delito doloso o de abandonar sus funciones.

b) Se debería regular expresamente en la nueva LECRIM una fase policial del proceso penal, previa a la instrucción formal, para enmarcar claramente las garantías del sospechoso y del detenido. No es suficiente la tutela constitucional de una fase administrativa tal y como la contempla el sistema adversarial. La legislación ordinaria ha de pedir paso también aquí. Tampoco es modelo en absoluto la última reforma habida en nuestro país sobre los procesos rápidos, porque no estoy pensando en juicios ante el juzgado de guardia. En España deberíamos exigir más, porque debemos evitar el peligro de “policización” antes explicado. Una exacta regulación tendría además sin duda un efecto disuasorio muy relajante para la policía y evitaría con toda seguridad en la práctica numerosos casos de obtención de pruebas de manera ilícita.

c) La fase de investigación debe estar al día en cuanto a la permisividad del uso de nuevas tecnologías en la investigación del crimen, conjugando sabiamente el garantismo procesal con la eficacia de la investigación (y por tanto del proceso). La regulación debería ser detallada al máximo, especialmente en lo que se refiere a la prueba prohibida (reglas de exclusión), y no dejar su interpretación y eficacia en función del caso sólo a criterios jurisprudenciales. Todos los delincuentes, por muy horrendo que sea su crimen, son personas, tienen sus derechos constitucionales garantizados, en especial su derecho a la defensa, que nadie, ni autoridad ni particular alguno, puede vulnerar impunemente. La denuncia que actualmente se formula de ineficacia policial en la investigación de muchos crímenes usuales (básicamente de delitos contra la propiedad cometidos por bandas armadas), se contrarresta dotando de más medios técnicos y

formando mejor legalmente a la policía, articulando de una vez una verdadera policía judicial especializada (que no tenemos todavía a pesar de que la Constitución lo desee expresamente en su art. 126). Y eso es posible hacerlo en la nueva LECRIM, reformando también la LOPJ en donde sea necesario, así como las normas policiales correspondientes.

d) Finalmente, el principio de oportunidad no puede dejarse a criterio de la fiscalía, sino que debe regularse con detalle (oportunidad reglada), tanto en lo que afecta a las alternativas a la persecución, como en lo relativo a la negociación sobre la aceptación de los hechos y declaración de culpabilidad. Nuestra sociedad no permite hoy que todo o casi todo sea negociable. Una política criminal distinta se alejaría por ello de lo que desea el español medio. Los principios que rigen tradicionalmente nuestro proceso penal tampoco lo permitirían, en donde el de legalidad adquiere un significado muy relevante. De ahí que la negociación deba ser una evolución a mejor de nuestra tradicional conformidad y nada más. La opción más segura sería fijar expresamente el catálogo de delitos que son negociables y la posibilidad del tribunal de desautorizarla si va claramente en contra de la Justicia o de alguna parte. Aquí las normas que protegen a la víctima deberían adquirir una importancia capital.

IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA GENERAL

Un listado completo de autores que han escrito sobre los temas tratados aquí puede verse en mi libro, en prensa, sobre “La contracción del Derecho Procesal Penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia prev. 2009. Cito a continuación sólo la bibliografía que, en español, he consultado para la elaboración de este texto.

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. Navarro, Jiménez y Borrás), Barcelona, Ed. Paidós, 1998.

CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, dos vols., Buenos Aires, Ed. Edisofer-Euros-B de F, 2006.

DAMIÁN MORENO, J., “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, en Cancio Meliá, M./Gómez-Jara Díez, C., *Derecho penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, Ed. Edisofer-Euros-B de F, 2006, vol. 1, págs. 457 y ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la Democracia* 2004, núm. 49, págs. 25 y ss.

ESER, A./HASSEMER, W./BURKHARDT, B., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. coord. por Muñoz Conde), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

FARALDO CABANA, P. (Dir.)/BRANDARIZ GARCÍA, J.A.–Puentes Aba, L.M. (Coord.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en Juan-Luis Gómez Colomer (Coord.) *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, págs. 107 y ss.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir”, en *Revista electrónica “Derecho Penal”*, dirigida por el Prof. Dr. José Hurtado Pozo (Université de Fribourg, Suiza), 2008.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial”, en Juan-Carlos Carbonell Mateu/José-Luis González Cussac/Enrique Orts Berenguer (dir.) y María-Luisa Cuerda Arnau (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, págs. 739 y ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: La doctrina del derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal 2007*, núm. 19, págs. 52 y ss.

HASSEMER, W., “Crisis y características del Derecho penal moderno” (trad. Muñoz Conde), en *Actualidad Penal 1993*, núm. 43, págs. 635 y ss.

HASSEMER, W., “Perspectivas del Derecho penal futuro” (trad. Anarte), en *Revista Penal 1998*, núm. 1, págs. 37 y ss.

JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo* (2ª ed.), Madrid, Ed. Civitas, 2006.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001.

MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Pamplona, Ed. Thomson-Civitas-Aranzadi, 2008.

MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005.

MUÑOZ CONDE, F., “La generalización del Derecho Penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales. Entre la tolerancia cero y el Derecho

Penal del Enemigo”, en Campo Moreno, J.C./González Cussac, J.L., La generalización del Derecho Penal de excepción: Tendencias legislativas, *Estudios de Derecho Judicial* núm. 128, Madrid, Ed. CGPJ, 2007, págs. 9 y ss.

MUÑOZ CONDE, F., *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2008.

PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense* (trad. de Fidalgo Gallardo), Madrid, Ed. Tecnos, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

QUINTERO OLIVARES, G., *A dónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes Penales y los penalistas españoles*, Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 2004.

ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.), Madrid, Ed. Civitas, 2001 (reimpr. de la 2ª ed. ampliada con recensiones, con el mismo título, por Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo 2006).

TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad* (trad. Abanto), 2ª ed., Lima, Ed. Grijley, 2007.

VIVES ANTÓN, T.S., *La libertad como pretexto*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995.

VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los «frutos del árbol emponzoñado»”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 2002, núm. 4, págs. 5 y ss.

ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Ed. Dykinson, 2006.