

EL FUTURO DEL PROCESO PENAL EN ESPAÑA A LA VISTA DE LA EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: DE CONFUSIONES Y RENUNCIAS

The future of criminal proceedings in Spain in view of the evolution of the main criminal prosecution systems: Confusions and resignations

Dr. Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaime I de Castellón (España)
<https://orcid.org/0000-0003-4661-7324>
colomer@uji.es

Resumen

El presente artículo presenta un conjunto de reflexiones críticas sobre el estado actual del proceso penal en España, tomando como referencia la aceptación de variaciones sustanciales en el modelo clásico, acusatorio formal, de origen francés. En esta dirección, el análisis que se propone identifica un conjunto de confusiones que se generan en tres ámbitos muy delimitados, a saber: en cuanto a los fines del proceso penal, sobre los principios básicos del proceso penal, y acerca y como consecuencia del alejamiento de la realidad penal actual del Derecho procesal penal. El saldo positivo de la crítica al proceso penal actual en España se concreta en la proposición de pautas para su optimización, que han de caracterizar el proceso penal del futuro en este país.

Palabras claves: proceso penal en España; modelo acusatorio formal; fines del proceso penal; principios básicos del proceso penal; realidad penal.

Abstract

This article presents a set of critical reflections on the current state of the criminal process in Spain, taking as a reference the acceptance of substantial variations in the classic, formal accusatory model of French origin. In this direction, the proposed analysis identifies a set of confusions that are generated in three very delimited areas, namely: regarding the purposes of the criminal process, about the basic principles of the criminal process, and about and as a consequence of

distancing of the current criminal reality of criminal procedural law. The positive balance of the criticism of the current criminal process in Spain is materialized in the proposal of guidelines for its optimization, which must characterize the criminal process of the future in this country.

Keywords: criminal proceedings in Spain; formal accusatory model; purposes of the criminal process; basic principles of the criminal process; criminal reality.

Sumario

1. Introducción. 2. A tener en cuenta preliminarmente. 3. Primera confusión: en cuanto a los fines del proceso penal. 4. Segunda confusión: en tema de los principios básicos del proceso penal. 5. Tercera confusión: la producida por el alejamiento de la realidad de nuestro proceso penal. 6. Conclusiones positivas. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Un atento observador de la realidad que se haya formado en el Derecho procesal del último tercio del siglo xx, y que conozca bien los países más importantes jurídicamente para España hoy desde el punto de vista procesal penal (Alemania, Italia, Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Portugal), tiene forzosamente que estar preocupado frente a los derroteros que el proceso penal, diríamos clásico, es decir, el acusatorio mixto o formal de origen francés, está tomando desde hace unos años en España, pero no solo en nuestro país.¹

No voy a referirme a cuestiones ya demasiado manidas: logros, fracasos, verdades, engaños, intuiciones y realidades en el proceso penal.² No, no quiero

¹ He trabajado sobre estos temas en GÓMEZ COLOMER, J. L., "El proceso penal de la confusión", en I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, tomo I, pp. 1449-1472; GÓMEZ COLOMER, J. L., "El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción", *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), enero 2017, pp. 1-59; y GÓMEZ COLOMER, J. L., "Las características principales de nuestro proceso penal vigente: Sin rumbo definido ni identidad propia", en Guillermo Portilla Contreras, Fernando Velásquez Velásquez (dir.), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, pp. 123-151. Diversos aspectos puntuales, como el aumento del intervencionismo público en la investigación del crimen, han sido tratados en otros textos, que no vale la pena citar aquí. Este artículo se publica, previa actualización, a petición de mi querido amigo el Dr. Juan MENDOZA DÍAZ, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana (Cuba), excelente amigo y gran jurista.

² Ya lo ha hecho clarísimamente DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, fiscales "investigadores", y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, pp. 46-54.

hablar hoy de eso, es demasiado claro o demasiado local como para merecer ahora la pena entrar en ello. Decir que el proceso penal está fracasando por falta de interés público en la Justicia penal, lo que conlleva infradotaciones personales y materiales, es ya una queja clásica, cierta, pero sin solución aparente mientras el poder político no cambie sus actuales valores, por lo que es una aportación vacua de cara a un mejor proceso penal en el sentido que queremos abordar en este escrito.

Creo honradamente que la ineficacia (los objetivos y resultados previstos no han sido alcanzados) e ineficiencia (los medios legales puestos a disposición no han servido para alcanzar los fines ideados) del proceso penal español hoy vigente, así como la incapacidad de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se deben solo a razones coyunturales o políticas; influye sobre todo un factor que no se suele afrontar como es debido y que altera la percepción, a saber, que no sabemos exactamente qué hacer para mejorar nuestro proceso penal. Estamos confundidos.

Los tres proyectos que se han elaborado por completo en los últimos diez años. El primero, del PSOE (Partido Socialista Obrero Español); y el segundo, del PP (Partido Popular) fracasaron ambos. No sabemos si habrían respondido bien a la cuestión central de si realmente habrían servido para poner a nuestra justicia penal, no a la altura del siglo XXI, que eso es una frase muy ligera de contenido, sino a la altura de lo que los españoles exigimos, que es algo muy distinto. Del tercero, de nuevo a cargo del PSOE, poco podemos decir ahora, pues está en fase de estudio en el momento de escribir estas líneas.³

³ Primer intento: el gobierno socialista español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011, el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial). Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera pudo superar el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las Cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011. Se publicó en forma de libro: MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, p. 19 y ss.

Segundo intento: por su parte, como la necesidad de organizar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y, por tanto, de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal seguía entonces y sigue siendo ahora también insoslayable e imperiosa, el posterior gobierno del Partido Popular redactó también su Propuesta de Texto Articulado de un nuevo Código Procesal Penal, de febrero de 2013, en la que se recogió un texto orientado igualmente hacia el sistema adversarial, modernizando su regulación. Este proyecto se puede consultar todavía en la siguiente página web del Ministerio de Justicia de España: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html Pero tampoco pudo ser aprobado en la legislatura pertinente, pues el gobierno renunció a ello tras las enormes críticas que recibió por parte de los sectores operadores de la justicia implicados por dicha reforma, básicamente de jueces y fiscales.

Creo que no habrían aprovechado, porque no representaban una evolución propia del proceso penal español hacia un modelo mucho mejor en calidad jurídica, sino que más bien eran una concreción del sistema adversarial anglo-norteamericano para la España actual, es decir, a veces una copia, a veces una adaptación más o menos amplia.⁴

No habría sido tampoco la solución, en mi modesta opinión, porque antes deberían haberse aclarado las ideas. Oteo, en este sentido, desde la atalaya que me permite ver esa realidad con el necesario distanciamiento y prudencia, tres confusiones clave en la estructura dogmática y aplicación práctica del actual proceso penal español que, si no analizamos y despejamos, nos hundirán todavía más en la injusticia penal en donde verdaderamente nos encontramos ahora: en una justicia penal impredecible, paradójica incluso.⁵

2. A TENER EN CUENTA PRELIMINARMENTE

Las confusiones a que hago referencia se dan básicamente, en mi modesta opinión, en tres ámbitos muy delimitados: en cuanto a los fines del proceso penal, sobre los principios básicos del proceso penal, y acerca y como consecuencia del alejamiento de la realidad penal actual del Derecho procesal penal.

Antes de considerar esas confusiones, debo advertir sobre tres aspectos íntimamente relacionados con todas ellas, a efectos de poder alcanzar una clari-

Tercer intento: en estos momentos se está discutiendo prelegislativamente un tercer texto, el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, elaborado por una comisión muy reducida de expertos, nombrada por el Ministerio de Justicia, en donde no ha habido ningún catedrático o catedrática de Derecho Procesal. Ha sido informado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado y por la Sección 5ª de Derecho Procesal de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Nadie sabe en estos momentos si se presentará como Proyecto de Ley en Las Cortes a tiempo para ser aprobado en esta legislatura, pero parece muy difícil que pueda lograrse (pues finaliza, si no antes, a finales de 2023). Se puede consultar en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

⁴ He tratado este apasionante tema en ISRAEL, J. H.; Y. KAMISAR, W.R. LAFAVE, y N.J. KING, *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, pp. 1 y 2 (traducida al español como ISRAEL, J. H.; Y. KAMISAR, W.R. LAFAVE, y N.J. KING, *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*); GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*.

⁵ MONTERO AROCA, J., "La paradoja procesal del siglo xx. Elegir entre la libertad (proceso penal) y el dinero (proceso civil)"; Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Jaime I de Castellón, Castellón 5 de noviembre de 2013, Ed. Universitat Jaume I.

dad conceptual previa que nos permita entender mejor las confusiones que voy a explicar, y contribuir así un poco más profundamente al hallazgo de un proceso penal más justo, más predecible.

1) El primero de ellos es de corte político: quizás nos moleste reconocerlo, pero política y justicia se entrelazan en el proceso penal de manera inevitable. La historia del proceso penal demuestra que no existe el proceso penal immaculado.⁶ Por tanto, la reforma del proceso penal español va a ser una reforma política, en el sentido de fruto de una decisión política, de altísimo nivel además.

Nada que objetar. Política procesal criminal - acción política - dogmática procesal penal - acción legislativa - realidad jurídica, aparecen en la misma senda caminando juntas. Pero ello no significa en absoluto que estas recorran el trecho en forma bien avenida.

Las acciones a desarrollar así lo demuestran: la sociedad clama por un nuevo modelo de enjuiciamiento penal (política procesal criminal). El gobierno escucha a la sociedad (acción política) y encarga a un grupo de expertos que elaboren un proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (dogmática procesal penal). Ese mismo gobierno lo asumirá y llevará al Parlamento como proyecto de ley (acción legislativa), que entrará en vigor con el fin de transformar la realidad jurídica a mejor.

En teoría, todos esos pasos deberían estar sometidos dinámicamente al mismo ritmo e ir acompasados armoniosamente,⁷ naturalmente en consonancia con su propio devenir natural y en su momento adecuado. Pero no es así, al menos no lo es en la búsqueda de nuestro modelo futuro de enjuiciamiento penal a la vista del sórdido languidecer del vigente. La misma opción por el sistema adversarial angloamericano (erróneamente denominado acusatorio entre nosotros) es el mejor ejemplo de ello, porque es la decisión política más importante para lograr un cambio de sistema de enjuiciamiento criminal,

⁶ El poder político absoluto ha manejado siempre el proceso penal a su antojo. *Vid.*, por poner ejemplos claros, fuera de la época franquista española que también dio mucho de sí, para la época nazi en Alemania, SCHMIDT, Eb., *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, p. 425 y ss.; y para los monarcas absolutos ingleses de la dinastía Tudor en los siglos XV y XVI en Inglaterra, DEZZA, E., *Breve Storia del processo penale inglese*, p. 59 y ss. Son imprescindibles además VOGLER, R., *A World View of Criminal Justice*, p. 127 y ss.; y LANGBEIN, J.H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p. 252 y ss.

⁷ Véase extensamente DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, pp. 17-65.

decisión que nadie ha justificado desde el poder político, ni nadie ha explicado por qué es la mejor para la ciudadanía. Simplemente se ha decidido así, sin escuchar ni a la sociedad ni a sus miembros. Han sido luego las exposiciones de motivos de los respectivos textos, recordemos que no nacidos, las que se han acomodado a esa decisión, ya tomada políticamente, intentando justificarla y defenderla.⁸

Oficialmente, por tanto, la política procesal criminal ha sido ignorada, porque ha sido el poder político el que ha configurado directamente el acto legislativo de importar a nuestro país el sistema adversarial, no expresamente exigido por nuestra actual realidad social. Todo ello sin explicación alguna.⁹

Es verdad que los ciudadanos españoles no han exigido el sistema adversarial porque no saben lo que es. Tampoco es lógico pensar que hayan sido excluidos de dar su opinión por ser una cuestión exclusivamente técnica. Yo creo sinceramente que los españoles lo que quieren es una justicia penal rápida, segura (predecible), igual para todos y justa, esa es la exigencia que la política procesal criminal debería captar. Se deja a los técnicos la opción del modelo a seguir o la plasmación de una evolución propia. El problema es cuando los técnicos optan por un sistema cuyo éxito en absoluto está garantizado, y propagan, para fundar su decisión, algunos triunfos del sistema a importar que ciertamente significan un cambio radical respecto a las tradiciones propias más relevantes, de manera que lo que en verdad se logra es confundir a quienes sufrimos como ciudadanos el sistema. Sinceramente, no creo que eso sea lo que quieren los ciudadanos españoles.¹⁰

Pero más allá de la decisión política, ¿deben política y justicia penal marchar unidas de la mano en la elaboración de la reforma? No es claro. Si por política entendemos la realización de acciones públicas en función de la voluntad de una mayoría democráticamente expresada, todo en la vida es política, y por tanto, al ser demasiado general, no es un criterio ni argumentativa ni orientativamente seguro. Por eso, en la realidad se imponen conceptos más manejables, entendiendo por política un sistema de gobierno, a saber, las acciones de

⁸ Me remito a los tres (ante) proyectos citados en la nota 3, como evidencia indiscutible de la afirmación del texto.

⁹ Algo que preocuparía mucho si viviera a VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, p. 71, pues al fin y a la postre, "El Derecho Penal es la barrera intransgredible de la Política criminal".

¹⁰ Las debilidades del sistema adversarial han sido puestas de manifiesto magistralmente por PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, p. 99 y ss.

un gobierno elegido democráticamente, por tanto, acciones de partido político, incardinables en un procedimiento de toma de decisiones.¹¹

El problema es que hoy este concepto “real” de política contamina a la justicia, porque tiende a identificar y diluir a los tres poderes del Estado, que deben ser distintos, en uno solo como predominante, el poder político, significando en verdad la politización de la justicia, algo ontológicamente inadmisibles en una democracia, pero que la realidad en los países de nuestro entorno cultural está evaluando como inevitable, en unos más y en otros menos, pero en todos es así lamentablemente.

Esto significa que estamos en grave riesgo de elaborar un texto procesal penal nuevo a imagen y semejanza del partido político que gobierne. Un craso error producto de una confusión inadmisibles, porque una Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser una cuestión de Estado, no de un gobierno, ni mucho menos de un partido político.

Aquí hay un caldo de cultivo específico para confundir, como tendremos ocasión de ver después, relacionado con el alejamiento de la realidad de nuestro proceso penal.

2) El segundo aspecto tiene un cariz estructural que afecta a varias cuestiones: olvidamos muchas veces que el proceso penal sirve también para defender a la democracia, lo que exige tomar decisiones que aparentemente nos pueden parecer conservadoras o poco avanzadas desde un prisma político, pero que en el fondo son progresistas al significar un avance para toda la sociedad.¹²

Un buen ejemplo sería la instrucción del proceso penal por el Ministerio Público, porque así lo decidió hace más de dos siglos el sistema adversarial que queremos tomar como modelo. En él el fiscal es el gobierno en el proceso penal, el defensor de la Administración actuando en contra del ciudadano que con su delito la ha puesto en peligro. Su postura es proteger al Estado y con ello a la propia democracia.¹³

¹¹ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, p. 19.

¹² ROXIN, C. y B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 3-5, y 9-12, así como la bibliografía específica allí citada.

¹³ La acusación (fiscal) en Estados Unidos es el pueblo, es decir, el Estado. *Vid.* FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, p. 231.

Defender hoy que es mejor que instruya un juez objetivo e imparcial es tildado de conservador e incluso de reaccionario. Pero en verdad lo sorprendente es que con nuestra historia procesal y los recientes casos más graves que se han decidido en España o incluso que se están investigando, se apueste en nuestro país por un investigador que es parte y por tanto no es imparcial, el fiscal, quien no solo no se va a preocupar lo más mínimo por el imputado, a pesar de su obligación legal al respecto (artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, abreviada LECRIM, en relación con el artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal español, abreviado EOMF, de 1981), pues va a pensar que este ya tiene para ello a su abogado, sino que procurará además conducir la investigación de forma que solo a la acusación favorezcan los actos practicados. Ello es consecuencia de una apuesta ciega por el sistema adversarial y no por una evolución propia de nuestro sistema acusatorio formal o mixto. Cambiar la titularidad del órgano instructor es en definitiva una decisión política muy poco meditada.

Se dirá que la función del juez no es instruir causas. Cierto. Se dirá que es constitucional que instruya el fiscal. Cierto. Se dirá que el control de la legalidad de los actos debe hacerse por autoridad (judicial) independiente de quien los ordena. Cierto. Pero no se dice que con el actual sistema de nombramiento en España del Fiscal General, este no es ni independiente, ni objetivo, ni autónomo. Esto se calla. Nadie que conozca la práctica española puede discutir y, por tanto, debe ser aceptado como cierto, que si el gobierno le da una orden al Fiscal General (con base en el artículo 8.1 del EOMF), este tiene que cumplirla siempre. Y lo que decimos es que ese fiscal no interesa como modelo.¹⁴

Únicamente un fiscal alejado del gobierno, algo absurdo en el sistema adversarial por cierto, nombrado por el Parlamento y con pleno respeto a su autonomía funcional, garantizaría la viabilidad de esta opción en nuestro país. Se quiera o no se quiera ver, esto es lo progresista, porque es lo que exige la sociedad hoy: asegurar la absolución del inocente y que los políticos y poderosos que hayan cometido delito sean tratados igual que cualquier otro delincuente en el proceso que lleva a su condena, sin privilegio ni favor alguno.

El problema es que para que ello sea posible, la independencia desempeña un papel primordial, es decir, preparar la absolución de inocentes y el enjuiciamiento de altos funcionarios, instruir las causas en suma, queda garantizado

¹⁴ He trabajado sobre ello en GÓMEZ COLOMER, J. L., "La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?", revista *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 41, 2018, p. 157 y ss.

mejor por un juez que por un acusador público en la España actual, porque el juez es imparcial y el fiscal no puede serlo. Me parece que esto es más democrático. Lo demás es confundir.

Pero hay otros problemas no menos graves por otra parte que también nos dejan sin saber qué hacer. Por ejemplo, la defensa de la democracia en el proceso penal nos lleva, ante la compleja delincuencia transnacional y organizada que existe hoy en día, a permitir que se adopten medidas muy agresivas, proactivas y reactivas, en la investigación del crimen, como las intervenciones de conversaciones (acústicas) a distancia, casi siempre fuera de control judicial previo, que pueden convertir al Estado en un vigilante sumo, en una especie de *Big Brother* orwelliano, lo que parece que es todo lo contrario a un garante de la democracia, como es bien sabido, por su carácter totalitario y represor.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE del 6), ha introducido varias de estas medidas en nuestro proceso penal [nuevos artículos, 588 *bis a*), a 588 *octies* de la LECRIM], entre ellas la intervención acústica a distancia (artículo 588 *quater a*), el agente encubierto informático (artículo 282 *bis.6* de la LECRIM), o la introducción del llamado gusano informático [registro remoto de equipos informáticos, artículos 588 *septies a*), a 588 *septies c*) de la LECRIM].

La cuestión, por tanto, se formularía así: ¿es necesario para defender la democracia llevar la investigación al límite de lo exigible, o incluso transgredir sus fundamentos aunque sea mínimamente? Un Estado fuerte es aquel en el que la democracia no está en peligro, en el que los ciudadanos están seguros de que el Estado luchará contra el crimen sin que tiemble su mano, sobre todo contra el más grave hoy en día por sus efectos, el crimen organizado. Un Estado débil, al que le tiemble el pulso, está en peligro.

El problema es, desde esta perspectiva, de límites, porque debe saberse con precisión hasta dónde puede llegar el Estado en la investigación del delito. No está amparado por la Constitución ni es un principio procesal penal que se pueda actuar e investigar un delito sin límite alguno.¹⁵ Y hoy esos límites están indudablemente más a favor de la democracia, de la seguridad si se prefie-

¹⁵ "No es un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio", famosa frase recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 14 de junio de 1960 (BGHSt, t. 14, p. 365), que di a conocer en mi libro: GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, p. 128, nota 1.

re. Esas agresivas medidas se han introducido con carácter permanente, para siempre se podría decir, aumentando en forma alarmante el poder de la policía en la investigación del crimen. Vale la pena por tanto estudiar dónde el interés constitucional en favor del acusado y el respeto a sus garantías, son superiores a los de investigación del delito y restablecimiento de la seguridad y paz públicas.

La paulatina supresión por la jurisprudencia, no solo española, de los frutos del árbol envenenado en la prueba prohibida por un lado, habilitando la segunda prueba por descubrimiento inevitable, hallazgo casual, confesión voluntaria, buena fe o inexistencia de conexión antijurídica;¹⁶ y la permisividad de actos de investigación cada vez más agresivos contra los derechos de los ciudadanos, sin control judicial previo o exigible solo *a posteriori*, como la vigilancia estática, los gusanos informáticos o las intervenciones telefónicas generales, por otro, todos ellos ya presentes en nuestra LECRIM, como se acaba de indicar,¹⁷ lo demuestran en forma indiscutible.

La perplejidad nos invade cuando conociendo estas reformas, observamos que se sigue vendiendo el proceso penal de una democracia de corte occidental, también la nuestra, como el propio de un Estado garantista. Creo que es o una exageración, o una temeridad, si por garantismo entendemos una protección constitucional absoluta y únicamente del acusado, porque la realidad demuestra que los Estados se están reforzando a través del proceso penal para defender también la democracia, que no es un mal fin, y para lograrlo, restringen, que no anulan, garantías. Lo demás es confundir.

Aquí hay otro caldo de cultivo importante para las confusiones a las que me referiré a continuación, relacionado con los fines del proceso penal.

3) El tercer aspecto se refiere al balance: quien deba ganar en este campo de tensiones no es una cuestión siempre tan clara como se nos quiere hacer ver.

¹⁶ He tratado con detalle este tema en 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 J. L. Gómez Colomer (coord.), *Prueba y proceso penal*, pp. 120-147.

¹⁷ Ampliamente sobre los tan modernos como agresivos actos de investigación basados en el uso de nuevas tecnologías y de avances científicos, *vid.* ROXIN, C. y B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *cit.*, pp. 232-312. La LO 13/2015, de 5 de octubre, citada en texto, se ha inspirado en los §§ 81a a 81h, y 98a a 111o StPO para introducir en España prácticamente los mismos actos en la investigación del crimen.

Pero alguien debe ganar. Se afirma que el garantismo procesal favorece que el acusado pueda ganar siempre, pero esto es ignorar la realidad, al menos en los casos socialmente más trascendentes.¹⁸

La lucha se da entre el Estado democrático, obligado constitucionalmente a perseguir el delito y castigar al delincuente, y el imputado, titular de una serie de derechos constitucionales que conforman un eficaz escudo protector frente al poder, que el propio Estado no puede transgredir sin autorización judicial previa al menos.

Los gobiernos son indiferentes frente a una regulación procesal que ordena cómo proceder contra personas por delitos que en nada les afectan. Aquí no hay graves problemas dogmáticos, incluso todo gobierno cree en la justicia y acepta cualquier resolución de los tribunales penales. Pero en los casos que les afectan porque pueden impedirles conservar el poder quieren ganar siempre, y hoy les afectan muchos casos.

Su forma de actuar para conseguirlo es ciertamente enrevesada. Pondré algunos ejemplos evidentes: El gobierno, y no me refiero solo a los diferentes gobiernos españoles de la democracia, niega medios económicos al poder judicial para que la investigación sea rigurosa y científicamente irreprochable (lo que es evidente en la lucha contra la corrupción cuando esta le afecta¹⁹); el gobierno impide reformas que cuesten dinero, mediante las que se lograría una mayor celeridad en el enjuiciamiento (y así los testigos en contra van perdiendo la memoria, o sencillamente se mueren); el gobierno suma los votos que puede perder si es demasiado indulgente (por ejemplo, estableciendo requisitos más laxos en la adopción de la prisión provisional), o los que puede ganar si es severo (como fijar en la lucha contra el terrorismo y resto de criminalidad organizada, la pena de prisión de por vida o perpetua revisable en los casos más graves²⁰); en fin, el gobierno, no contento con lo anterior, quiere controlar también, sin importarle el ataque a la independencia judicial que implica, el nombramiento de afines para los más altos tribunales, o incluso, en

¹⁸ Así y muy claramente, TIEDEMANN, K., "El Derecho Procesal Penal", en C. Roxin; G. Arzt y K. Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer), pp. 133-146.

¹⁹ GARZÓN REAL, B., *El fango. Cuarenta años de corrupción en España*, pp. 34, y 81-84.

²⁰ Una realidad en España: el artículo 33.2, a) CP, contempla la pena de prisión permanente revisable, introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

cuestiones nada nimias como nombramientos temporales y movi­lidades de jueces y magistrados, que se haga a su gusto y conveniencia.

Es decir, después de proclamarse a los cuatro vientos por el poder político la bondad de un sistema basado constitucionalmente en la igualdad procesal, en la presunción de inocencia, en el derecho de defensa, en el derecho a la prueba, en el derecho a no declararse culpable y en el derecho a no testificar contra sí mismo, en realidad lo que importa, cuando ese mismo poder puede quedar perjudicado, es controlar al juez que va a decidir la cuestión (al fiscal ya lo tiene el poder de su parte), y ponerle las cosas de tal manera que no pueda dedicarle mucho tiempo por carecer de él ante la enorme sobrecarga que padece, ni mucha intensidad por no tener los medios apropiados para realizar una correcta investigación. Esa es la realidad. Sorprendente, ¿no?

Esto provoca finalmente también confusión, centralizada básicamente en cuanto a los principios del proceso penal.

La reforma integral de nuestro proceso penal tiene que tener en cuenta estos tres aspectos y las realidades indicadas que les dan vida. No propongo que se asuman, todo lo contrario, solo que se estudien, pues querer prescindir de ellos es tarea inútil y propio de una ceguera irresponsable. Precisamente por esta razón, que no podemos alejarnos de la perjudicial influencia de la política, ni de la tergiversación de los bienes constitucionalmente relevantes en el proceso penal, específicamente para quien es inocente, ni de una práctica quizás a veces incómoda del garantismo, se provocan la perplejidad y la confusión.

3. PRIMERA CONFUSIÓN: EN CUANTO A LOS FINES DEL PROCESO PENAL

Una vez destacados estos aspectos previos, voy a referirme ahora a la primera confusión importante, que a mi juicio afecta a los fines del proceso penal. Tradicionalmente se ha dicho que los fines del proceso penal son hallar la verdad material y castigar al culpable. Modernamente se han añadido los fines de respetar en el enjuiciamiento los derechos fundamentales del acusado, y proteger y reparar a las víctimas.²¹

²¹ Tradicionalmente, el único fin del proceso penal ha sido hallar la verdad material, tanto para condenar al verdadero culpable como para absolver al inocente. Este único fin ha sido irrefutable hasta por lo menos la segunda mitad del siglo xx. Véase, por todos, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, pp. 109-127.

El fin que hoy aparece como el más importante es respetar en su desarrollo la validez constitucional del procedimiento (*Due Process of Law*, proceso justo, proceso equitativo o proceso con todas las garantías, con relevancia constitucional (artículo 6 CEDH y artículo 24.2 CE). Hasta tal punto es ello cierto, que se admite que el proceso ha cumplido su fin (debido) si se condena a un inocente pero se han respetado todos sus derechos constitucionales aplicables en el proceso penal.²²

No se habla mucho, sin embargo, y muy lamentablemente, del que debería ser el principal fin del proceso penal propio de una democracia, que es el hoy vigente en España: absolver al inocente.

Esto confunde. Cómo se puede pensar en un proceso penal para absolver a inocentes, se puede preguntar un ciudadano honrado. Se articula un proceso penal para condenar a quienes sean culpables, debe pensar. No es igual, ciertamente, pero yo le digo a ese ciudadano ejemplar que en ambos casos debemos estar ante el mismo proceso. Ha de ser así.

Quizás ello sea producto de que se olvida con demasiada frecuencia que el Derecho penal debe enarbolar siempre entre sus estandartes la bandera de la represión, mientras que el Derecho procesal penal tiene como única bandera la libertad. Pero al tener más peso hoy en el difícil juego de equilibrios dogmático el Derecho penal sustantivo, ante la inoperancia del Derecho procesal penal, la represión manda y se piensa siempre en el culpable y no en el inocente.

Sin embargo, la declaración de inocencia como fin prioritario del proceso penal debe estar fuera de toda duda. No es lo mismo ser inocente que ser tratado como inocente. Por tanto, no me estoy refiriendo a la presunción de inocencia.

Diversas consecuencias emergen de esta finalidad principal. El proceso debe estar configurado siempre para que la inocencia pueda triunfar sin necesidad de norma sustantiva alguna. Ha de quedar fuera de discusión, primero, que sea posible ganar un caso (sobreseimiento libre del imputado, absolución del acusado) solo con la norma formal (la procesal penal); y segundo, que exis-

²² Con consecuencias en España más que discutibles, por ejemplo, y como resultas de ello, no se permite la revisión penal en contra del absuelto, sino solo a favor del condenado (artículo 954 de la LECRIM, que fue reformado recientemente por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, *BOE* del 6, sin pensar en ello, naturalmente).

tan instituciones diseñadas especialmente para proteger al acusado inocente frente al enorme poder del Estado.

Aunque merecería algún comentario, no entraré en la primera cuestión, porque la segunda es más trascendente. La institución que destaca ante todo es la del jurado, el verdadero contrapeso del gobierno-fiscal en el sistema adversarial. La única que indubitadamente ha de garantizar si se llega hasta el final que el inocente será absuelto.²³

Sorprende enormemente que cuando un país toma el sistema adversarial como nuevo modelo procesal penal, desprecie el jurado, ignorando que es una de las bases sustanciales de este. Pueden ponerse en América Latina varios ejemplos, y todos ellos me causan la misma perplejidad.²⁴ Pero la regulación del jurado en España no deja de ser miserable, y los dos primeros proyectos adversariales antes mencionados solo hacían empeorar su condición, en contra directamente del propio sistema adversarial. Menos mal que ambos fracasaron, aunque todavía quedó tiempo para darle un zarpazo.²⁵ El Anteproyecto que ahora se está discutiendo no mejora para nada las competencias del jurado español, por lo que debe ser considerado prácticamente en la misma línea que los anteriores.

Esta confusión sobre los fines hace que no demos la debida importancia a la protección de la libertad en el proceso penal, especialmente a la protección de la libertad del inocente durante el desarrollo del procedimiento. Ante la duda existencial, condicionada políticamente, de si la prisión provisional debe ser la regla general o si al contrario debe serlo la libertad provisional, para mí no hay vuelta de hoja y el sistema adversarial aquí nos da una lección (desde las *Assize* de Clarendon de 1166 nada menos en Inglaterra): prioridad a la libertad con el contrapeso de un buen sistema de fianzas.²⁶

²³ THAMAN, St. C., "El Jurado norteamericano", en J. Montero Aroca, y J. L. Gómez Colomer, *Comentarios a la Ley del Jurado*, p. 74 y ss.

²⁴ Cito como ejemplo Colombia. Véase lo que digo al respecto en mi libro GÓMEZ COLOMER, J. L., *Los fundamentos del sistema...*, cit., p. 371 y ss.

²⁵ La reforma del CP por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en su DF-3ª, modificó la letra e) de los apartados 1 y 2 del artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para quitarle la competencia sobre los delitos de incendios forestales.

²⁶ Es la clave para un correcto y equilibrado funcionamiento de la prisión provisional. *Vid.* un amplio estudio sobre la fianza carcelaria (*Bail*) como medio idóneo para obtener la libertad preventiva previa al juicio (*Pretrial Release*) en el sistema adversarial, en LAFAYE, W.R.; J. H. ISRAEL, N.J. KING y O.S. KERR, *Criminal Procedure*, Vol. 4, p. 2 y ss. Los datos históricos en DEZZA, E., *Brevi Storia...*, cit., p. 30 y ss.

Otro ejemplo, mucho más dramático: el temor a lo que diga la sociedad en forma de votos, sin preocuparnos para nada qué pasa con los inocentes, hace que el legislador tenga suelta la mano a la hora de restringir derechos de los imputados, por ejemplo, el derecho de defensa, en los casos más graves. Más allá, ese miedo hace que también sucumba a la tentación de crear uno o varios procesos especiales (o especialidades procedimentales realmente relevantes) para, en su entender, luchar formalmente mejor contra la criminalidad organizada, cuando en el fondo se trata realmente de articular otras reglas procesales mucho más severas.²⁷ Esta tendencia de los últimos 50 años se asienta cada vez con mayor firmeza una vez que los salvajes terroristas vuelven a actuar.²⁸ Por no hablar finalmente de la catalogación de penas inhumanas de larguísima duración con que vienen condenados ciertos delitos.

Para concluir este punto, visto que los fines del proceso penal parece que sigan siendo los de siempre y que el inocente desempeñe un papel poco relevante, si lo desempeña, y entiéndaseme bien por favor, la realidad nos muestra lo peor de la justicia, la parcialidad objetiva, pues pareciera que el proceso penal deba tener como único fin asegurar una investigación conveniente para los intereses del Estado, que no son otros que acabar condenando al investigado un día, una vez que se han superado los pasos previos y los indicios hayan conducido hacia esa persona. Es además, desde el punto de vista de la rentabilidad económica de la inversión efectuada por el Estado en el sistema de justicia penal, lo más conveniente. Si no es así, ¿para qué tanto dinero invertido en los medios técnicos de investigación, tanto tiempo gastado en atrapar al culpable,

²⁷ El ejemplo de lo sucedido en Estados Unidos tras los atentados de las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, con la *Patriot Act* de 26 de octubre del mismo año (acrónimo de "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act"), bajo la Administración de G. BUSH, una ley federal aprobada específicamente para luchar eficazmente contra el terrorismo, debe ser suficiente para fundamentar esas afirmaciones. En 2015 dejaron de tener vigencia determinados aspectos de esta. Una fácil lectura e información sobre esta ley en FOERSTEL, H.N., *The Patriot Act. A documentary and reference guide*, p. 46 y ss.

²⁸ El Jefe del Estado francés, M. François HOLLANDE, en su primera reacción tras los atentados de París en la noche del viernes 13 de noviembre de 2015, una masacre tan estéril como imperdonable, que costó 132 vidas, sin contar a los más de 200 heridos, declaró el estado de emergencia (supresión temporal de garantismo) y reunió a la Asamblea Nacional de Francia para anunciar cambios constitucionales que permitan al gobierno luchar más eficazmente contra el terrorismo, es decir, más restricciones al garantismo procesal. No solamente nadie con peso político o jurídico en el mundo civilizado ha criticado estas medidas, sino que todos la han aplaudido. La sociedad francesa, y la europea democrática con ella, está respaldando con mayorías superiores al 75 % a su gobierno. Un camino fácil para la política criminal, sin duda alguna. Cfr. <http://www.t13.cl/noticia/mundo/El-duro-plan-de-Francois-Hollande-para-combatir-la-amenaza-terrorista-en-Francia>.

tantos recursos humanos empleados en demostrar que el Estado-fiscal no se equivoca?, ¿para absolverlo?

4. SEGUNDA CONFUSIÓN: EN TEMA DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO PENAL

En relación con los principios básicos del proceso penal, es allí donde probablemente se dan los problemas más importantes, debido sobre todo a una falta de ajuste evidente entre las tradiciones propias y la intención de importar el modelo anglosajón, lo que en parte y sectorialmente se está haciendo poco a poco.

Esta confusión se agranda cuando el país pasa directamente de un sistema inquisitivo a un sistema adversarial, sin haber hecho el tránsito primero por el sistema mixto, o cuando sencillamente el país no estaba preparado aún para el cambio (por ejemplo, no existía la fiscalía como institución). También puedo poner muchos ejemplos latinoamericanos, por desgracia.²⁹

La clave son los principios porque conforman el esqueleto del sistema. Sin ellos no podemos construir el cuerpo ni pretender que tenga vida y mucho menos que camine. No me estoy refiriendo a todos los principios, generales, del proceso y del procedimiento, que son necesarios para que el proceso penal pueda funcionar bien. Tampoco estoy pensando en las garantías constitucionales ni en las máximas procesales, estas quizás de menor nivel. Pienso solo, más modestamente, en ciertos principios, importantes sin duda alguna: proceso equitativo (debido), principio de igualdad, principio de imparcialidad del juzgador, principio de contradicción (englobando a los derechos de confrontación y de defensa), y principio de oralidad (comprendiendo los principios de

²⁹ Las reformas guatemaltecas y hondureñas, los dos primeros países que inician el cambio en América Latina, así lo demuestran (Código Procesal Penal de Guatemala de 1992. Decreto No. 51-92; y Código Procesal Penal de Honduras de 1999, Decreto No. 9-99-E). Ambos textos legales no han sido practicados nunca en verdad de conformidad con sus disposiciones, han sufrido una cantidad innumerable de reformas que han desnaturalizado el sistema y, sobre todo, no han conseguido atajar el principal problema que con la reforma se pretendía, pues el proceso justo sigue siendo en estos bellos países un sueño; algo común en la reforma latinoamericana por cierto. *Vid.* TUJERINO PACHECO, J. M., "La reforma procesal penal iberoamericana: ¿un espejismo?", en Juan-Luis Gómez Colomer (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Libro homenaje Al Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer*, tomo I, p. 1193 y ss. El caso cubano sigue otra evolución: una sólida explicación para Cuba sobre la evolución hasta el nuevo Código Procesal Penal cubano de 2021 (Ley 143/2021, Del Proceso Penal), puede verse en MENDOZA DÍAZ, J., *Derecho Procesal. Parte General*, p. 31 y ss.

inmediación y publicidad). Sin estos pilares no hay esqueleto, no hay cuerpo, no hay vida en suma. Su falta implica por ello que el sistema no sea ni adversarial, ni democrático.

El problema reside en que no todas las culturas comprenden bajo una misma denominación el mismo contenido. Muchas incluso desconocen el término (como ocurrió en la Europa continental hasta hace setenta años con el *Due Process of Law*). Cuando se opera el transvase conceptual, su encaje es como un cuerpo extraño frente al que hay o poca, o nula inmunidad. Esto suele llevar a una mala práctica y a confusiones graves que impiden una interpretación clara por la jurisprudencia de cómo resolver los problemas, sometida a múltiples cambios y sin rumbo claro.

Pero, vistos los principios en general, podemos hallar determinadas causas de su fracaso y así poder vislumbrar una solución:

a) A veces, la confusión en cuanto a los principios proviene de que las leyes que conforman las ciencias penales no están a la misma altura dogmática, o no responden a la misma política criminal ni a las mismas acciones políticas y legislativas, por haber sido aprobadas en etapas muy distantes o con base ideológica muy dispar. Con ello la aplicación de sus principios deviene más difícil. O sea, cómo encajamos una modernísima formulación del principio de legalidad establecida en 1995 por el Código Penal español dentro de la garantía jurisdiccional, no prevista, ni desarrollada, lógicamente, por una ley de 1882, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esto me lleva a afirmar que, en cuanto a la regulación del proceso penal de la libertad, de la inocencia, debe tenerse previamente muy claro que la reforma de una ley procesal penal ha de hacerse partiendo de una idea global indiscutible y con un esquema general de las razones de la reforma muy sólido. Con otras palabras, si la Constitución es moderna, la reforma del Código Procesal Penal implica necesariamente, y quizás previamente, la reforma de la ley que es su cauce básico, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la del Código Penal, por supuesto, y probablemente también la de la Ley General Penitenciaria, es decir, deben reformarse a un tiempo todas las leyes básicas de lo que conceptualmente se denomina el "Conjunto de las Ciencias Penales" (*Die gesamte Strafrechtswissenschaft*)³⁰.

³⁰ Que da nombre a una prestigiosísima revista alemana, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, editada por el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg in Breisgau (desde 2020 denominado Max-Planck-Institut

Cómo aplicar entonces bajo estas condiciones los principios más modernos que la doctrina ha desarrollado dogmáticamente si no están recogidos en la antigua ley, o si estándolo su aplicación resulta o imposible, o incompatible, que es peor.

b) Otras veces sucede ello porque se ha sido demasiado ambicioso, aprobando leyes para durar más de 100 años,³¹ cuando en realidad eran parches de ineffectividad previa conocida.

Un buen ejemplo: todas las reformas, numerosísimas, en España, sobre la aceleración de procesos penales, incluso la creación *ex professo* de *Speedy Trials*, con denominaciones tan explícitas como proceso de urgencia, proceso abreviado, proceso acelerado, proceso de enjuiciamiento rápido, etc., con mayor o menor extensión o nivel de prioridad, han fracasado y seguirán fracasando mientras el toro no se coja por los cuernos. Se basan en mejorar la oralidad, lo que garantiza ciertamente una mayor celeridad, pero acaban sucumbiendo porque no se trata solo de perfeccionar la práctica de este principio.

La ciudadanía española queda atónita cuando sabe, al ser informada sobre estadísticas judiciales todos los años en septiembre, que un proceso abreviado, calculado para durar con apelación incluida como máximo un año, necesita cuatro años solo para las diligencias previas (investigación). Su perplejidad, su confusión, es total.

zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht), y publicada por la conocida editorial Walter de Gruyter. Fue fundada en 1881 por Adolf DOCHOW y Franz VON LISZT, el primer ejemplar se publicó en Viena, y adquirió una enorme influencia desde que nació, especialmente en los tiempos de su mayor internacionalización, siendo su director de 1969 a 1987 el llorado Prof. Hans Heinrich JESCHECK. En ella se engloban estudios de Derecho Penal, Criminología, Política Criminal, Derecho Procesal Penal, Dogmática Criminal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho Penal y del Procesal Penal. Pero la denominación "Conjunto de las Ciencias Penales" no es solo un tema formal, no se trata solo de un nombre, sino de toda una concepción científica que esta magnífica revista ha defendido siempre.

³¹ Grandes revolucionarios que la reciente historia nos ha dado, entre ellos el gran ideólogo de la Revolución Americana Thomas JEFFERSON, tercer Presidente de Estados Unidos, han defendido que es inmoral que una generación apruebe una ley para que le sobreviva. La generación tiene que aprobar una ley para que se regule ella y cuando esa generación esté muerta, quienes vengan detrás, sus herederos, que se doten de sus propias normas –esto obviamente debe adaptarse a la situación actual–, pero cuando JEFFERSON dice esto, justo en el año de la Revolución Francesa, en el año 1789, en una carta a James MADISON, está poniendo el dedo en la llaga de una gran verdad, la relatividad de la legislación. Vid. JEFFERSON, Th., *La Declaración de Independencia* (trad. Ventura López), Introducción a cargo de Michael Hardt, Akal, Madrid, 2009, pp. 120 y 121.

¿Qué principios han tenido que aplicarse, o mejor dicho, no aplicarse para este clamoroso fracaso?, ¿tan mal se diseñó el esqueleto de la reforma que ni siquiera sobrevivió un año a su parto, ¿quiénes han sido los ignorantes, es decir, los responsables de ello?

Por otra parte, ¿no da verdaderamente risa que se lleve a una ley la duración máxima de la instrucción? Esto se ha hecho España mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que introdujo en el artículo 324 de la LECRIM la previsión de que la investigación del crimen durase el plazo máximo de seis meses o, si la instrucción fuese declarada compleja, de dieciocho meses. Estupefacción causó esta ingenuidad: ¿va a ser ahora la justicia rápida porque la ley lo dice?³² Algo irreal. Por ello ese precepto volvió a ser modificado por la Ley 2/2020, de 27 de julio, estableciendo un plazo general de duración de la investigación de un año, prorrogable sucesivamente en función de la investigación concreta por períodos inferiores o iguales a 6 meses.

Pero, más allá de hablar de causas generales, cuando se desciende a los principios básicos en particular, nos encontramos con confusiones a veces aberrantes. No es materia para una reflexión breve, la que forzosamente debe hacerse en un escrito de estas características, pero sí puedo poner ejemplos claros de ello y se comprenderán inmediatamente las graves consecuencias a las que nos estamos enfrentando en la actualidad.

Así, yo destacaría:

1) La inutilidad del principio de legalidad cuando se aplica la garantía jurisdiccional: el principio de oportunidad tiene un enorme desarrollo. Considero sus tres variantes, cada una de ellas con entidad propia, a saber: alternativas a la

³² La Circular de la Fiscalía General del Estado No. 5/2015, de 13 de noviembre, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, p. 4, entre otras, parece que entienda que esos plazos deben interpretarse con cierta flexibilidad. De ser así, la Fiscalía estaría sentando una buena base legal para su desprecio, es decir, para no respetar los plazos fijados por el precepto. En cualquier caso, es seguro que para las partes públicas (el fiscal especialmente) y para el juez carecerá de relevancia, por falta de sanción, no respetar los plazos o no saber exactamente cuándo se han presentado los escritos ante el juzgado al no llevarse un registro de salida en la fiscalía, lo que puede influir directamente en el plazo máximo de duración de la fase de instrucción. Parece que todo va a seguir, pues, como hasta ahora. Pero ¡ay del abogado defensor o de la acusación particular o popular que no respeten los estrictos plazos que le incumban! Nadie le amparará y precluirá su derecho irremediamente.

persecución penal, la justicia negociada (*Plea Bargain*) y la justicia restaurativa, destacando aquí una institución prohibida hasta ahora en el proceso penal sin paliativos, de repente bendecida por todos, la mediación penal.³³

Ello hace que en el vigente proceso penal no importe tanto hallar la verdad, cuanto la declaración de culpabilidad. Con eso el Estado se conforma, se ahorra un dineral y satisface a todo el mundo, menos a quien se ve forzado a ello siendo inocente, claro. El 5 % de los delitos acaba en juicio oral en Estados Unidos,³⁴ luego eso quiere decir que en el 95 % el principio de oportunidad ha triunfado.

El tema de la verdad es necesario abordarlo seriamente de una vez en el proceso penal. Antes lo he citado como fin clásico del proceso penal, ahora lo recojo para reflejar su desprecio hacia ella de ese mismo proceso, pero no debería ser así.³⁵

2) La quiebra del principio de necesidad (oficialidad) cuando la economía exige soluciones más expeditivas. Para ello se dota a los órganos principales de investigación del crimen, la policía y el Ministerio Fiscal, de la suficiente discrecionalidad, de manera tal que en sus manos se deja, y no en las de la ley, que se incoe la causa. Si no vale la pena o cuesta mucho más dinero la investigación que el tolerable, el delito no se investiga.

Esto es ya evidente en los llamados delitos bagatela y que nadie se asuste. Denuncie Ud. en cualquier comisaría española el hurto de su bicicleta y aténgase a las consecuencias. Pero que una práctica inadmisibles se legalice es ir demasiado lejos, es confundir a quien necesita la bicicleta para ir a trabajar. Es más, decirle que el delito que ha sufrido es una bagatela es un insulto inmerecido.

3) La absoluta quiebra en numerosos países democráticos del principio de reparación de la víctima, porque al negarle ser parte, no puede defender adecuadamente sus derechos. El sistema adversarial juega a esta exclusión de la víctima, y ese podría ser un modelo de nuestra reforma también, aunque lo dudo mucho porque nosotros tenemos la ventaja en España, dejando ahora

³³ Y ya legal en España (artículo 15 del novísimo Estatuto de la Víctima del Delito, Ley 4/2015, de 27 de abril). Sobre sus bases dogmáticas, ancladas en la justicia restaurativa, *vid.* BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, p. 117 y ss.

³⁴ Véase GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal...*, *cit.*, Capítulo 8, pp. 204-206.

³⁵ Véase TARUFFO, Michele, "La verità nel processo", en G. Forti, G. Varraso y M. Capito, "Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova nel processo, pp. 194-196.

de lado los avances del citado Estatuto de la Víctima del Delito de 2015, que la participación de la víctima en el proceso penal como parte plena está garantizada por la Constitución (artículo 125) y, por tanto, ese problema no lo tendríamos mientras estuviese vigente esa norma.

Pero no es suficiente, porque lo importante es su plena reparación tras la injusticia de ser víctima de un delito y que, ligado a ella, su autor no goce de ninguna ventaja procesal o de ningún beneficio penitenciario mientras no la haya reparado totalmente, y esto es harina de otro costal.

Qué cara se le queda a la víctima del terrorismo a la que le comunican que el etarra que mató a su marido o esposa, hijo o hija, muerte que nunca reparó, ha gozado de beneficios que le han acortado la condena de manera que va a salir incluso 10 años antes de lo previsto. Cara de confusión, enfado, odio y venganza, favorecida por el Estado, quien se ha limitado a darle una indemnización tasada legalmente, más bien roña, para que se calle. Ahora se le va a dar audiencia en ejecución antes de esa puesta en libertad (artículo 13 del Estatuto de la Víctima del Delito, *cit.*), pero hasta ello se critica por los políticos, y por ciertos juristas, cuando afirman ácidamente que esa audiencia podría afectar a la resocialización del condenado y podría vulnerarse así el artículo 25.2 CE.³⁶

4) Los continuos ataques al derecho de defensa en la lucha contra la criminalidad organizada se ven como un “castigo” social obligado por los horribles crímenes cometidos por estos grupos. Así, es constitucional en España que a sus miembros presos incomunicados se les imponga un abogado de oficio (artículo 527, a) de la LECRIM).³⁷

Pero si estuviéramos en los Estados Unidos de América, la patria, insistimos, del moderno sistema adversarial, esto no sería posible por inconstitucional. No es que sean un paraíso jurídico, porque para poder prescindir de esta consecuencia con determinados detenidos organizaron Guantánamo, en donde se ha quebrado el principio tan expresivamente formulado “la Constitución sigue a la bandera”, y lo legalizaron mediante la *Patriot Act* de 2001, a la que antes nos

³⁶ Véase detenidamente sobre este punto GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, pp. 360-367.

³⁷ Hace mucho que denuncié este tema, sin éxito alguno como es natural. *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, p. 123 y ss., con base en la STC 196/1987, de 11 de diciembre. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece que puede abrir interpretaciones de cambio al respecto, de acuerdo con la reciente doctrina sentada en su Sentencia de 18 de enero de 2022 (caso *Gorosabel vs. España*).

hemos referido, si bien el Tribunal Supremo de Estados Unidos ya ha dictado varias sentencias sobre este tema anulando violaciones de derechos, en la que no podemos entrar en este escrito.³⁸ Pero si están en Estados Unidos y existe un proceso penal, el *Due Process of Law* no permite ninguna restricción a su derecho de defensa.

Esta visión amplia y generosa del derecho de defensa es ignorada en España de manera escandalosa, lo que crea más confusión, porque no se entiende la razón.

5) La pérdida de valor del acto más sagrado del proceso, el juicio oral, porque se quiere evitar a toda costa llegar a él (el fin del proceso penal es el “no juicio”).

Pocas explicaciones debo dar. Si, como acabamos de recoger, el principio de oportunidad se aplica en el 95 % de los casos en el país modelo, el juicio oral está convirtiéndose obviamente en una reliquia histórica. La confusión es que entre nosotros y de momento hoy por hoy, en el seno del juicio oral el templo de la justicia penal realiza su plena consagración. Pero lo moderno es evitar llegar al templo y desde luego impedir a toda costa la consagración, lo cual me deja estupefacto.

6) En conclusión, quiero destacar, en el marco de los principios del proceso penal, la quiebra de los principios probatorios más importantes, porque al declararse culpable el acusado, la prueba carece de sentido ya que no se puede practicar al evitarse el juicio oral.

Y yo me pregunto: ¿dónde queda entonces el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, dónde queda el principio de la presunción de inocencia, y qué pasa con el principio *in dubio pro reo*?³⁹ Todos en el aire, evanescentes, impracticables.

La confusión en cuanto a los principios básicos es, en consecuencia, total. Nada es lo que era ni lo que parece, el cambio es tan brutal que no estamos seguros de estar ante un proceso penal, sino ante otra cosa. No es que la justicia penal se esté privatizando, que también está pasando, sobre todo gracias a la

³⁸ Véase DE PETRIS, A., “Guantánamo: un agujero negro en la ‘tierra de la libertad’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 88, 2010, p. 331 y ss.

³⁹ Véase con detalle y mucha bibliografía, para Alemania, pero también aplicable en España en lo esencial, C. ROXIN y B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 98-108.

marcha triunfal del principio de oportunidad impregnando el actual proceso penal. Se trata, mucho más allá, de que se está transformando en otra cosa, ¿en un centro público dedicado asépticamente a cobrar dinero de los acusados para reparar legalmente a las víctimas quizás?

5. TERCERA CONFUSIÓN: LA PRODUCIDA POR EL ALEJAMIENTO DE LA REALIDAD DE NUESTRO PROCESO PENAL

Finalmente, si en las confusiones anteriores se dan los problemas mayores, en la confusión sobre la realidad se dan los problemas de peor solución.

Hoy el mundo está globalizado, se han suprimido prácticamente las fronteras (por ejemplo, para casi todos los países miembros de la Unión Europea), especialmente en materia de comunicaciones. Esto ha significado negativamente un aumento extraordinario de la criminalidad organizada, que se ampara en ello para realizar todas las acciones delictivas que convienen a sus intereses, garantizándose obviamente impunidad. Nos hemos transformado de sociedad del bienestar en sociedad del riesgo, que ahora comentaré con más detalle.

El problema es que 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 solo de forma indirecta.⁴⁰

En efecto, las líneas dogmáticas actuales del Derecho penal de mayor trascendencia están claramente delimitadas por el contexto político-económico-cultural y también sociojurídico en el 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.

Dos palabras sobre la sociedad a la que nos ha tocado pertenecer: vivimos en la sociedad del riesgo, que tan magistralmente nos explicara hace ya demasia-

⁴⁰ He trabajado esta cuestión en GÓMEZ COLOMER, J. L., "Realidad social, Política Criminal, Dogmática Penal y nuevo proceso penal español adversarial", en J. C. Carbonell Mateu, J. L. González Cussac, E. Orts Berenguer (dir.) y M. Cuerda Arnau (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo I, p. 753 y ss. Más accesible, GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contratación del Derecho Procesal Penal*, p. 41 y ss.

do tiempo Ulrich BECK.⁴¹ 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. El Derecho penal ha sabido reaccionar, quizás no siempre con pleno acierto, ante los retos de la nueva sociedad del riesgo, y 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; 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.

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 está llevando a una mayor criminalización de las conductas humanas, lo que lleva, sin solución de continuidad, a la expansión del Derecho penal, algo ontológicamente no deseable.

Para controlar esa expansión se han formulado tres interesantes teorías desde un punto de vista dogmático penal, que merecen, por sus consecuencias procesales, ser tratadas aquí. La primera se debe al gran penalista alemán Wingfried HASSEMER. La segunda al también gran penalista pero español José-María SILVA SÁNCHEZ. La tercera a uno de los paladines de la dogmática penal alemana, Günter 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.

1) HASSEMER ha propuesto separar el nuevo Derecho penal, despenalizándolo, pero no administrativizándolo, sino creando una nueva rama del Derecho, a la

⁴¹ Véanse sus magníficos libros: BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*; BECK, U., *Was ist Globalisierung?: Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*; y BECK, U., *Weltrisikogesellschaft: Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*.

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.⁴²

2) SILVA 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 aquellos que están castigados con penas no privativas de libertad (segunda velocidad).⁴³

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, pasan 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.

⁴² HASSEMER, W., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, No. 10, 1992, p. 378 y ss. Hay traducción española: HASSEMER, W., "Crisis y características del Derecho penal moderno" (trad. Muñoz Conde), *Actualidad Penal*, No. 43, 1993, p. 635 y ss.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 165-188.

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

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, sobre todo por los enormes costos que habría que asumir.

b) El Derecho penal de dos, o más, velocidades de SILVA, 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 imparabile, 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 al menos se ha resuelto ya, pues la clásica distinción vigente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 entre procesos por delito y procesos por falta, motivada por el Código Penal, ya no existe al haber sido derogadas las faltas por la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Solo quedaría ahora reordenar, 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.

Quizás por ello, para el legislador, en la misma reforma indicada de marzo de este año, haya sido más fácil sustituir el juicio de faltas por un nuevo juicio por delitos leves (artículos 962 y ss. de la LECRIM), dejando para otro momento, y para otro legislador, el abordaje de verdad de la cuestión central.

3) La propuesta más radical ha sido formulada por JAKOBS. Hace unos cuantos años ya, a mediados de los años 80 concretamente, el entonces Catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn (Alemania), hoy jubilado, lanzó su teoría llamada del "Derecho Penal del Enemigo". 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.⁴⁴

Observamos pues que el Derecho penal es copernicano, se mueve, hace algo, luego existe. ¿Qué ha hecho y hace el Derecho procesal penal para afrontar esta realidad? Nada, mirar hacia otro lado, salvo quizás la introducción de los nuevos y modernos actos de investigación garantizados hecha por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el

⁴⁴ La doctrina cita como trabajo inaugural JAKOBS, G., "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, No. 97, 1985, cuaderno 4, p. 751 y ss. Escrito que no trata del tema principalmente, pues solo es mencionado en un punto concreto (en la p. 756, al poner un ejemplo de criminalización previa a la comisión del delito). Unos años más tarde será retomada la cuestión, apareciendo como aspecto central en un congreso alemán documentado en ESER, A.; W. HASSEMER y B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*. Este libro ha sido traducido al español ante la importancia de los temas en él tratados: ESER, A.; W. HASSEMER y B. BURKHART, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. coord. por Muñoz Conde), tirant lo blanch, Valencia, 2004. Véanse también JAKOBS, G. y M. CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, p. 44 y ss.

fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica,⁴⁵ una exigencia, por cierto, demandada hace muchos años por la doctrina y la propia jurisprudencia ante el fracaso de la instrucción por su falta en casos muy relevantes. Pero en esencia, le siguen preocupando las mismas cosas que hace 40 años, a saber, los procesos demasiado duraderos y costosos, añadiendo la enorme carga judicial que ello supone.

Por ello se preocupa ante todo de suprimir trámites y de crear procesos rápidos, con estrepitoso fracaso, dicho sea de paso.

Como no coge el toro por los cuernos no resuelve ni uno solo de los numerosísimos problemas que plantea la criminalidad organizada, la principal cuestión penal y procesal penal en la actualidad, a saber: autoría, personas jurídicas, conexidad diligente y eficaz, investigación con medios idóneos, informantes y testigos premiados, intervenciones telefónicas, pericial contable, acceso a fuentes de financiación, prueba adecuada y lícita, ejecución eficaz, lucha transnacional, cooperación jurisdiccional.

La reforma no puede ser por tanto puntual, es necesario un nuevo modelo procesal penal, un nuevo proceso penal.

No me opongo a la realidad, ni la desconozco. La libertad del ser humano obliga a que el legislador proporcione diversas opciones para resolver los conflictos y que el ciudadano, con ciertos límites, pueda escoger en uso de esa libertad el mejor de ellos en garantía de sus derechos, lo que también debe ser posible en el proceso penal. Aunque dogmáticamente sea muy discutible, la realidad se impone. Lo que hay que hacer es procurar que esa realidad práctica no anule las garantías, es decir, no acabe con la dogmática. Por ello únicamente me manifiesto en el sentido de preferir que la dogmática del proceso penal esté preparada para asumir las nuevas realidades, sin sucumbir a lo que ha sido su sustento clásico, el que le ha permitido funcionar, bien o mal, durante siglos, un proceso encaminado a dictar una sentencia (justa) de condena o absolución tras la práctica de la prueba en el juicio oral.

6. CONCLUSIONES POSITIVAS

Si la observación atenta de la realidad ha sido correcta, el proceso penal del futuro debería tener en cuenta los parámetros siguientes:

⁴⁵ Puede leerse una exposición completa de todos esos actos de investigación que afectan a los derechos de los ciudadanos hecha por mí en GÓMEZ COLOMER, J. L., en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coord.), *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, p. 263 y ss.

1. Puesta en común y acuerdo básico entre el poder político, el poder legislativo, el poder judicial y la academia (Universidad), con constatadas tendencias a ir cada uno por su lado, sobre las bases reales del nuevo proceso penal en el país en el que se vaya a hacer la reforma.

Tomar un modelo extranjero y quedarse con ello es notoriamente insuficiente. Debe aspirarse a una correcta evolución propia, del sistema del país reformista, de España en suma, para conseguir los fines previstos.

2. Acuerdo para abordar la construcción de unas nuevas ciencias penales en su conjunto a nivel legislativo y en toda su extensión, que coordine su legislación básica partiendo de los principios y máximas constitucionales: Ley Orgánica del Poder Judicial, Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley General Penitenciaria, entre otras normas.
3. Creación de un único proceso penal para el enjuiciamiento de todos los delitos, en donde las características principales se correspondan con las de los delitos más cometidos (proceso penal estándar).
4. Posibilidad de suprimir trámites en casos de flagrancia y justicia negociada (no previsible para cualquier delito), pero con base en el proceso penal único, dando lugar a un trámite abreviado auténtico.
5. Decidir si se opta por la legalidad – seguridad – juicio oral con excepciones; o por la oportunidad – negociación – no juicio con excepciones, pero sin engañar y sin mentir (fin del proceso penal clásico o del negociado).
6. Decidir si se opta por la seguridad o por la libertad (detención, prisión provisional, plazos del juicio, recurso solo a favor del condenado, jurado).
7. Incardinación en función de la opción en las tendencias internacionales actuales (no estamos solos).
8. Todo ello respetando los principios democráticos del proceso penal.

Finalizo ya. Ciertamente he planteado numerosas cuestiones en este escrito. No puedo extenderme en ellas en un escrito de estas características, algo de pura lógica plenamente aceptable. Solo me justifico al afirmar que ello es así por haber considerado el proceso penal en su globalidad.

Las líneas propuestas dotarían al sistema de sólidos pilares, no excluirían la crítica, pero significarían una opción democrática, porque en ningún caso se regularían a costa de los derechos fundamentales de los acusados, ni en perjuicio absoluto de los deberes procesales penales del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986.
- BECK, U., *Was ist Globalisierung?: Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001.
- BECK, U., *Weltrisikogesellschaft: Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Madrid 1988.
- DE PETRIS, A., “Guantánamo: un agujero negro en la ‘tierra de la libertad’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 88, 2010, p. 331 y ss.
- DEZZA, E., *Breve Storia del processo penale inglese*, Giappichelli, Torino, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2013.
- ESER, A.; W. HASSEMER y B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, C.H. Beck, München, 2000.
- ESER, A.; W. HASSEMER y B. BURKHART, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. coord. por Muñoz Conde), tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, trad. de Juan J. Medina Ariza, A. Muñoz Aunión y F. Muñoz Conde, tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- FOERSTEL, H.N., *The Patriot Act. A documentary and reference guide*, Greenwood, Westport CONN, 2008.
- GARZÓN REAL, B., *El fango. Cuarenta años de corrupción en España*, Penguin Random House, Madrid, 2015.

- GÓMEZ COLOMER, J. L., "El proceso penal de la confusión", en I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, tomo I, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., "El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción", *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), enero 2017, pp. 1-59.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., "Las características principales de nuestro proceso penal vigente: Sin rumbo definido ni identidad propia", en Guillermo Portilla Contreras, Fernando Velásquez Velásquez (dir.), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson / Universidad Sergio Arboleda / Universidad de Jaén, Bogotá y Jaén 2019.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*, Andrés Morales, Bogotá, 2015.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985.
- 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 J. L. Gómez Colomer (coord.), *Prueba y proceso penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., "La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?", revista *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 41, 2018, p. 157 y ss.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1988.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., "Realidad social, Política Criminal, Dogmática Penal y nuevo proceso penal español adversarial", en J. C. Carbonell Mateu, J. L. González Cussac, E. Orts Berenguer (dir.) y M. Cuerda Arnau (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo I, tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2020.

- GÓMEZ COLOMER, J. L., en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coord.), *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1947.
- HASSEMER, W., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, No. 10, 1992, p. 378 y ss. Hay traducción española: HASSEMER, W., "Crisis y características del Derecho penal moderno" (trad. Muñoz Conde), *Actualidad Penal*, No. 43, 1993, p. 635 y ss.
- ISRAEL, J. H.; Y. KAMISAR, W.R. LAFAVE, y N.J. KING, *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, Thomson-West, St. Paul, MINN., 2011, pp. 1 y 2 (traducida al español como ISRAEL, J. H.; Y. KAMISAR, W.R. LAFAVE, y N.J. KING, *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, por Juan-Luis Gómez Colomer, director de la traducción, tirant lo blanch, Valencia, 2012).
- JAKOBS, G., "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, No. 97, 1985, cuaderno 4, p. 751 y ss.
- JAKOBS, G. y M. CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson - Civitas, Cizur Menor 2006.
- JEFFERSON, Th., *La Declaración de Independencia* (trad. Ventura López), Introducción a cargo de Michael Hardt, Akal, Madrid, 2009.
- LAFAVE, W.R.; J. H. ISRAEL, N.J. KING y O.S. KERR, *Criminal Procedure*, Vol. 4, 3ª ed., Thomson-West, Eagan MN, 2007.
- LANGBEIN, J.H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MENDOZA DÍAZ, J., *Derecho Procesal. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2015.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.
- MONTERO AROCA, J., "La paradoja procesal del siglo XX. Elegir entre la libertad (proceso penal) y el dinero (proceso civil)", Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Jaime I de Castellón, Castellón 5 de noviembre de 2013, Ed. Universitat Jaume I.
- PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, trad. de Fidalgo Gallardo, Tecnos, Madrid 1999.
- ROXIN, C. y B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., C.H. Beck, München, 2017.
- SCHMIDT, Eb., *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1965.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. ampliada, BdeF, Buenos Aires, 2011.
- TARUFFO, Michele, "La verità nel processo", en G. Forti, G. Varraso y M. Capito, "Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova nel processo, Jovene, Napoli, 2014.
- THAMAN, St. C., "El Jurado norteamericano", en J. Montero Aroca, y J. L. Gómez Colomer, *Comentarios a la Ley del Jurado*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- TIEDEMANN, K., "El Derecho Procesal Penal", en C. Roxin; G. Arzt y K. Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer), Ariel, Barcelona, 1989.
- TIJERINO PACHECO, J. M., "La reforma procesal penal iberoamericana: ¿un espejismo?", en Juan-Luis Gómez Colomer (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Libro homenaje Al Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer*, tomo I, Universitat Jaume I, Colección Estudis Jurídics No. 22, Castellón, 2015.
- VOGLER, R., *A World View of Criminal Justice*, Ashgate, Aldershot, 2005.
- VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3ª ed., trad. por L. Jiménez de Asúa y adicionado por Q. Saldaña de la 20ª ed. alemana, Reus, Madrid [1925].

Recibido: 7/11/2022

Aprobado: 3/1/2023

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

