

# LOS PROCESOS PENALES EN EUROPA: LÍNEAS DE EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS DE REFORMA\*\*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: **1.** El punto de partida. — **2.** La evolución hacia el garantismo en el proceso penal: **2.1.** El movimiento a favor de los derechos humanos y la labor del TEDH; **2.2.** La asunción de la «metodología adversarial»; **2.3.** El papel de la doctrina científica; **2.4.** Los resultados de la tendencia hacia el garantismo. — **3.** La preocupación por la tutela de la víctima y por la eficacia en la persecución de la delincuencia más grave: **3.1.** La atención hacia la víctima; **3.2.** La atención hacia la eficacia y la seguridad; **3.3.** Consideraciones comunes. — **4.** Una mirada hacia el futuro: entre el proceso penal europeo y la reforma interna: **4.1.** Seguir avanzando en la senda de la europeización del proceso penal; **4.2.** Reformas procesales penales en clave interna.

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar las tendencias que han impulsado las reformas de los procesos penales en los países de Europa a partir de la segunda mitad del siglo XX, con especial atención al desarrollo legislativo en Alemania, Francia y Reino Unido, además de en España. En un primer momento, predominó el esfuerzo por reforzar las garantías del sujeto pasivo y por establecer modelos de proceso penal más acusatorios y contradictorios. A esta tendencia se le sumaron con posterioridad otras dos: de un lado, la necesidad de que el proceso penal sirva para la tutela de los derechos e intereses de la víctima; de otro, promover una mayor eficacia en la persecución penal de las modalidades delictivas más graves y de la criminalidad organizada, permitiendo la adopción en esos ámbitos de medidas cautelares y de investigación fuertemente restrictivas de derechos fundamentales. En el momento actual, y de cara al futuro, deben añadirse las reformas exigidas por la necesidad de incorporar las normas procesales penales de origen europeo. Pero son, en todo caso, las concretas exigencias

---

\* Publicado en *Revista de Derecho Procesal*, 2009, págs. 469-498. Publicado también en *Revista Forense* (Brasil), Volumen 412, nov-dic. 2010, pp. 85-110.

\* Este trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación «El proceso penal en España: propuestas para su reforma» (DER 2008-02509) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. En él se refleja el contenido de mi intervención en el Seminario Internacional *El proceso penal entre Europa y América: especial consideración a las víctimas menores de edad*, que se celebró en la Universidad de Girona los días 3 y 4 de noviembre de 2008. Es para mí un motivo de especial satisfacción que se publique en el volumen que la *Revista de Derecho Procesal* dedica al Prof. Dr. D. Pedro Aragonese Alonso, cuyas cualidades profesionales y humanas he admirado siempre y de quien en todo momento he recibido cariño, consideración y ejemplo de buen hacer.

de política legislativa interna las que han de marcar con mayor intensidad la pauta de las reformas procesales venideras.

ABSTRACT: This article analyzes the trends that have guided the reforms of criminal procedures in the European countries after II World War, with special attention to Germany, France, Spain and the United Kingdom. There has been a first struggle to enhance the accused' procedural safeguards and to establish a more adversarial system of criminal justice. Two new trends have added to this one in the last two decades: on one hand, the interest in satisfying the victims' rights within the criminal procedure; on the other, the need to reach a more efficient prosecution of serious and/or organized crimes –these allowing the grant of heavily coercive measures–. At the present time, and also looking into the future, it must be taken account on the reforms required by the incorporation to domestic legislation of many rules of criminal procedure passed at a European level. And, of course, there are always internal needs –different for each country– that shall mostly set the standard of procedural reforms to come.

### **1. El punto de partida**

El presente trabajo tiene un objetivo muy modesto, pues sólo se pretende en él ofrecer una visión general acerca de las líneas que marcan la evolución de los procesos penales en Europa, con especial énfasis en la situación de Alemania, Francia y Reino Unido, aparte de España; se ha tratado, en otros términos, de detectar cuáles parecen haber sido las tendencias que han condicionado reformas pasadas y, por supuesto, cuáles son las que van a inspirar las reformas venideras.

El punto de partida cronológico de este análisis se sitúa en la época posterior a la II Guerra Mundial, momento en el cual coexisten en Europa tres modelos procesales penales diversos:

— De un lado, está el modelo adversarial inglés: un proceso penal de partes (*rectius*, de abogados), con una investigación preliminar policial que no está judicializada y que se halla innegablemente emparentado en sus raíces con el modelo de los Estados Unidos, pero del que también lo separan ya en ese momento grandes y notables diferencias –asociadas sobre todo a la ausencia en el Reino Unido en esos momentos de una institución análoga a las fiscalías estadounidenses–.

— Junto a él, se encuentra el modelo de proceso penal mixto, que predomina en todos los ordenamientos de la Europa occidental continental y que tiene su origen en el *Code d'Instruction Criminelle* napoleónico de 1808: posiblemente su rasgo más característico sea la existencia de una fase de instrucción, bajo control judicial, que tiene como objetivo efectuar una investigación que conduzca a una reconstrucción exhaustiva de lo acontecido, que se acaba plasmando en un expediente escrito de gran trascendencia en la fase de juicio oral (nuestro «sumario»). Es, por tanto, un modelo de proceso penal

más de jueces que de partes y que, además, había experimentado fuertemente la impronta de los regímenes autoritarios en el poder durante las décadas anteriores.

— Finalmente, hay que contar también en ese momento con el modelo de proceso penal que se implantó en los países pertenecientes al llamado «bloque comunista», fuertemente inquisitivo, pero al que no se va a hacer referencia en lo sucesivo, pues el curso de los acontecimientos históricos ha conducido a su desaparición –al menos a su desaparición formal, pues algunas de las estructuras y categorías propias de aquel periodo parecen pervivir dentro de los nuevos Códigos procesales penales que han ido aprobando los países de Europa oriental, así como en su praxis cotidiana<sup>1</sup>–.

Si se centra el análisis en la situación existente en Europa en ese momento (final de la II Guerra Mundial) y se fija la atención en los principales países de Europa Occidental, se pueden reconocer dos grandes líneas de evolución o, si se quiere, dos grandes movimientos en la concepción del proceso penal, que configuran una suerte de camino de ida y vuelta –aunque, como se verá, el camino de vuelta se ha iniciado sin que se haya abandonado el camino de ida–. En primer término, se fue desarrollando una clara tendencia hacia el garantismo y hacia la toma en consideración del acusado como titular de derechos procesales, que ha conducido a un mayor grado de «humanización» del proceso penal. Con posterioridad, sin embargo, esta tendencia le ha ido cediendo el testigo en buena medida a otra de signo diverso –aunque en principio no necesariamente contrapuesto–: la tendencia a potenciar la función del proceso penal como herramienta al servicio de la seguridad, individual y/o colectiva. Obviamente, la influencia y los resultados de ambas corrientes han sido diferentes en cada país, pues también lo eran las premisas y la coyuntura política de cada uno. Pero, como tendencias, son claramente reconocibles.

## ***2. La evolución hacia el garantismo en el proceso penal***

La primera línea de evolución en la concepción del proceso penal en la Europa de la posguerra es la tendencia hacia el garantismo: el centro de atención se desplaza hacia el sujeto pasivo del proceso penal y se asienta la idea de que la aplicación judicial del Derecho Penal ha de ser respetuosa con una serie de garantías y de límites vinculados con la dignidad del ser humano –es decir, con los derechos fundamentales, cuyo alcance y contenido experimentan, por otra parte, un importante desarrollo, en especial en el ámbito de la administración de justicia–.

Han sido muy posiblemente dos los grandes factores que han influido en esta tendencia y que han fomentado los avances que se han experimentado en Europa en esa dirección: de un lado, la preocupación doctrinal y política por la protección de los derechos humanos; de otro, la progresiva asunción por los legisladores de que el proceso penal debe estructurarse –en una medida mayor a

---

<sup>1</sup> Cfr. VOGLER, R., *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, 2005, págs. 64-78, 87-89 y 177-190.

como venía haciéndose– como una contienda entre partes formalmente iguales que defienden pretensiones opuestas.

### 2.1. *El movimiento a favor de los derechos humanos y la labor del TEDH*

Es evidente que uno de los factores –al mismo tiempo ético, político, jurídico y cultural– que más han condicionado la evolución de los sistemas legales europeos ha sido el movimiento a favor de los derechos humanos, que cobró un impulso definitivo al término de la II Guerra Mundial ante hechos y resultados sobradamente conocidos. Este movimiento, en el terreno de lo normativo, se plasma a nivel mundial en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y, de forma más directa en Europa, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

El proceso penal es claramente uno de los sectores de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en que con más fuerza se pone de manifiesto la necesidad de establecer límites al poder público y de respetar la dignidad del ser humano como sujeto pasivo de la actividad estatal. La plasmación por escrito en estos textos supranacionales de ciertas garantías, como las inherentes a la libertad personal y al derecho a un juicio justo, fuerza a los Estados a concebir de manera diversa sus procesos penales o, al menos, a reformular ciertas estructuras o prácticas de unos procesos penales que ya en aquella época eran sustancialmente respetuosos de esas garantías. Este constreñimiento es más vigoroso en los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues quedan sujetos a la actividad y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y la jurisprudencia del Tribunal Europeo es, en sus líneas generales, claramente favorable a las garantías del sujeto pasivo del proceso penal y se esfuerza por poner coto a los excesos autoritarios frente al acusado que aparecen en la legislación y en la praxis de los Estados signatarios del Convenio<sup>2</sup>.

Por eso, las resoluciones del TEDH han sido, con frecuencia, el punto de partida para cambios legales o, cuando menos, para cambios en la práctica y en la jurisprudencia internas: respecto de España una muestra muy clara es la sentencia dictada el 6 de diciembre de 1988 en el asunto *Barberá, Messegue y Jabardo* en relación sobre todo con la prueba penal, la presunción de inocencia y la eficacia probatoria de las diligencias sumariales; y también lo son las sentencias dictadas el 30 de julio de 1998 en el asunto *Valenzuela Contreras* y el 18 de febrero de 2003 en el asunto *Prado Bugallo*, así como la decisión de 26 de septiembre de 2006 en el asunto *Abdulkadir Coban*, todas ellas en relación con las intervenciones telefónicas.

---

<sup>2</sup> Es evidente que la labor del TEDH no está exenta de críticas y, de hecho, también ha de reconocerse que en ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha ofrecido respaldo a ciertas normas o prácticas legales que no parecen del todo respetuosas con determinadas garantías básicas: así ocurrió, a título de ejemplo, con la normativa británica acerca del derecho al silencio del acusado y la posibilidad de inferir consecuencias perjudiciales del ejercicio de ese derecho, que fue considerada compatible con el Convenio en las sentencias dictadas en los asuntos *Murray c. Reino Unido* de 8 de febrero de 1996 y *Condrom c. Reino Unido* de 2 de mayo de 2000.

Además de esa eficacia más visible que se produce cuando el Tribunal Europeo condena a algún Estado por infracción del Convenio –también cuando respalda su actuación–, el mérito más relevante de su labor es que su jurisprudencia ha influido fuertemente sobre la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales –sobre todo allí donde, como en España o Alemania, existen como tribunales de amparo de los derechos fundamentales individuales– y de los Tribunales Supremos. De nuevo tenemos en España buenos ejemplos con las SSTC 49/1999, de 5 de abril, y 184/2003, de 23 de octubre, respecto de las intervenciones telefónicas.

Además, en algunos países, como Francia y el Reino Unido, el Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo han tenido una influencia más directa, en la medida en que en ellos no existe un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales equivalente a nuestro recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Una clara muestra de esto, en el Reino Unido, lo ofrece la sentencia por la que la *House of the Lords* anuló el 16 de diciembre de 2004 la legislación antiterrorista aprobada tras los atentados de Nueva York –en concreto, la Sección 23 del *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*–, en la medida en que permitía una detención indefinida y sin juicio de los extranjeros que fueran sospechosos de terrorismo, por considerarla contraria al art. 5 del Convenio<sup>3</sup>.

## 2.2. La asunción de la metodología adversarial

El segundo factor de relevancia en esta tendencia hacia el garantismo ha sido, a juicio de algunos<sup>4</sup>, la progresiva asunción por los legisladores europeos continentales de algo que, con terminología un poco ajena, podría llamarse la «metodología adversarial» y que, en el fondo, se traduce en la voluntad de atribuir un carácter mucho más contradictorio o acusatorio al proceso penal y de ir reduciendo sus rasgos inquisitivos<sup>5</sup>. En definitiva, se trata de convertir el proceso penal en un proceso con mayor protagonismo de las partes, en el que quede más limitada la influencia del juez o del tribunal. Que el proceso penal sea cada vez más un proceso «de partes» conduce inevitablemente a realzar la figura del acusado y fuerza la necesidad de reconocerle frente al acusador público una posición de igualdad en derechos y posibilidades procesales: de nuevo, pues, el acusado y sus derechos se encuentran en el centro de la atención.

---

<sup>3</sup> Sentencia dictada en el asunto *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2004] UKHL 56, disponible, entre otras, en la siguiente dirección web: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm#2004>

<sup>4</sup> Cfr. VOGLER, R., “Introduction”, en *Criminal Procedure in Europe*, Vogler, R. – Huber, B. (eds.), Berlín, 2008, págs. 12-15.

<sup>5</sup> Aunque las referencias sean al sistema de justicia penal estadounidense, cfr. sobre el significado de lo «adversarial» GÓMEZ COLOMER, J.L., “*Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista del Poder Judicial*, 2006, vol. XIX, núm. especial *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, págs. 25-77.

Es difícil negar la influencia sobre este fenómeno de la cultura jurídica estadounidense, en especial tras la II Guerra Mundial. De hecho, es muy claro que el influjo estadounidense es una de las principales causas eficientes de las transformaciones hacia la «adversarialidad» que se han vivido en los procesos penales de Hispanoamérica y de buena parte de la Europa Oriental a finales del siglo XX y principios del siglo XXI<sup>6</sup>. En el caso europeo, sin embargo, es más que probable que no haya sido el único factor, al menos en lo que se refiere a la atribución de un carácter más «adversarial» o acusatorio a los procesos penales en Europa en la segunda mitad del siglo XX: esta línea de evolución también se explica por un cierto rechazo innato o endógeno –un hartazgo, si se quiere– ante los excesos de un proceso penal con una instrucción que era demasiado inquisitiva y que acababa condicionando más de lo razonable el desarrollo y el desenlace del posterior juicio oral. Y muy posiblemente también ha sido más relevante de lo que pudiera parecer a primera vista el hecho de que la estructura del CEDH y su forma de enfocar los derechos de los acusados sea bastante anglosajona, bastante «adversarial»: hay que recordar, en este punto, que fueron sobre todo juristas de mentalidad anglosajona quienes diseñaron y confeccionaron el Convenio<sup>7</sup>.

En cualquier caso, esta tendencia hacia lo adversarial, hacia la forma contradictoria, se ha proyectado tanto sobre el juicio oral, como sobre la fase de instrucción.

La influencia de la «metodología adversarial» es bastante clara en la concepción del juicio oral de muchos países: no hay más que ver, a modo de ejemplo, la jurisprudencia española en materia de prueba de oficio en el proceso penal –y los excesos en los que ha caído en ocasiones–. En ciertos países, sin embargo, aún queda camino por recorrer en este sentido, al menos en cuestiones formales elementales. Así, en Alemania, aún a día de hoy el papel predominante del juicio oral le corresponde al presidente del tribunal, que es quien interroga al acusado [§ 238 (1) de la *Strafprozessordnung*], así como a los testigos y a los peritos, con o sin participación de las partes, según los casos (cfr. §§ 239, 240, 241 y 241a StPO). Y algo parecido sigue ocurriendo también en el sistema procesal penal francés: el art. 328 del *Code de procédure pénale* reserva al presidente del tribunal la facultad de interrogar al acusado; tratándose de testigos, la comparte con el fiscal y las demás partes, según los arts. 331 y 332 CPP; además, el art. 310 CPP le otorga al presidente del tribunal la potestad de decretar de oficio cualquier actividad probatoria que considere necesaria para acceder a «la verdad».

Ahora bien, el terreno donde ha irrumpido con mayor fuerza la tendencia hacia lo contradictorio ha sido el de la fase de instrucción. En países como Alemania, Italia y Portugal este movimiento está en el origen de la supresión de la instrucción judicial y en su sustitución por una investigación preliminar dirigida por la Fiscalía. En efecto, si se quiere que el proceso penal sea un

---

<sup>6</sup> Cfr. VOGLER, R., *A World Wide View of Justice*, cit., págs. 173-174 y 177-178

<sup>7</sup> En este sentido, cfr. VOGLER, R., “Introduction”, cit., pág. 15.

proceso «de partes», ha de reforzarse no sólo el protagonismo de la parte acusada, sino también el de la parte acusadora: y se entiende que una de las formas de hacerlo es encomendándole a la Fiscalía la dirección de la investigación preliminar, que se concibe así como herramienta para obtener la información necesaria a partir de la cual decidir si procede o no ejercer la acción penal y en qué términos.

Debe apuntarse que, paradójicamente, este cambio no siempre ha ido acompañado de una mejora de la posición procesal del imputado durante la investigación; en este sentido, por ejemplo, en Italia se hizo necesario dar carta de naturaleza legal a las *indagine difensive* (arts. 391-bis a 391-nonies del *Codice di procedura penale*) como contrapeso frente al poder del Ministerio Fiscal<sup>8</sup>. En efecto, con mucha frecuencia el argumento del mayor garantismo ha sido uno de los estandartes esgrimidos para justificar o propugnar la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal y para suprimir la figura del Juez de Instrucción; por lo que acabo de apuntar, y por otros motivos sobre los que en este momento no procede detenerse, se trata de una línea argumental que carece de justificación autónoma.

En otros países, la asunción de esta «metodología adversarial» ha penetrado en la instrucción de forma diferente, pues no ha ido dirigida a destronar a la figura del Juez instructor. Esto es lo que ha sucedido en España, donde la lucha a favor de la contradicción y la igualdad de armas ha servido para forzar una mayor participación del sujeto pasivo en esta fase del proceso: de este modo, salvo supuestos justificados en que procede el secreto sumarial, la instrucción ya no se desarrolla a espaldas del imputado, sino contando con un ejercicio activo de su derecho de defensa<sup>9</sup>. Por eso, a pesar de esta aparente mayor timidez en la influencia de la metodología adversarial, sus efectos prácticos en beneficio del acusado han sido mayores.

También «sobrevive» la figura del Juez instructor en Bélgica y en Francia, aunque en este último país parece hallarse ya al borde de la extinción. En la práctica cotidiana de la justicia penal francesa la labor del Juez de instrucción es reducida, pues en la mayoría de las ocasiones la investigación preliminar es dirigida por la Fiscalía o efectuada de forma bastante autónoma por la propia Policía. Sólo los delitos más graves siguen en cierta medida bajo el control del Juez de instrucción (art. 79 CPP), pero desde hace ya bastante tiempo se viene proponiendo de forma reiterada su supresión, para convertirlo en un Juez

---

<sup>8</sup> En concreto, se dio carta de naturaleza a las *indagini difensive* a través de la ley 397, de 7 de diciembre de 2000, que reformó el *Codice di procedura penale* para conceder a los abogados defensores ciertas iniciativas investigadoras y para permitirles el acceso a información relevante de la investigación preliminar. Esta norma se encuadra en el contexto de la llamada  *riforma del giusto processo*, que comportó la modificación del art. 111 de la Constitución italiana, para consagrar en él el derecho a un proceso justo –efectuado por la  *legge costituzionale* n. 2, de 23 de noviembre de 1999–, así como una importante reforma del CPP por medio de la ley n. 63, de 1 de marzo de 2001.

<sup>9</sup> Otra manifestación de esta tendencia es la que se operó por la Disposición Final 2ª de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en virtud de la cual las medidas cautelares de mayor gravedad (la prisión provisional y la libertad provisional con fianza) no pueden ser adoptadas de oficio por el Juez instructor, sino a instancia de alguna de las partes acusadoras.

encargado de controlar el correcto desarrollo de una investigación que habrá de dirigirse por los fiscales: así lo hace el último de los múltiples informes sobre la reforma de la justicia penal, aparecido en junio de 2009 (*Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, conocido también como *Rapport Léger* por el nombre de su presidente)<sup>10</sup>.

### 2.3. *El papel de la doctrina científica*

Es claro que el movimiento a favor de los derechos humanos y la tendencia hacia la construcción de un proceso penal más contradictorio son factores que están en el origen de la mayor humanización del proceso penal para con el acusado que han experimentado los ordenamientos procesales penales europeos –al menos, los europeos occidentales– hasta fechas relativamente recientes. Junto a ellos, no obstante, existe un tercer factor, nada desdeñable, que también ha coadyuvado muy notablemente y que en países como España ha sido bastante decisivo: me refiero al papel de la doctrina científica, tanto la doctrina penal como la doctrina procesal penal, que se ha dedicado decididamente a poner de manifiesto las sombras del proceso penal en cada país y que ha tenido una gran influencia sobre quienes, más tarde o más temprano, se han visto en condiciones de influir en los procesos legislativos. Muchas de las reformas emprendidas en diversos países han tenido su origen en el trabajo de comités designados *ad hoc*: y el peso sobre ellos de las labores de estudio, crítica y propuesta normativa efectuadas desde ámbitos académicos ha sido innegable.

---

<sup>10</sup> Además de las críticas de parte de la doctrina y de la clase política, diversos escándalos –de amplias repercusiones mediáticas– han propiciado el cambio de mentalidad necesario para llegar a un alto nivel de consenso político y social acerca de la supresión de esta figura. El último de ellos fue el llamado *affaire d'Outreau*, que discurrió entre 2004 y 2005, con ocasión de un proceso penal por abusos sexuales a menores que acabó con la absolución de todos los acusados (diecisiete, en total) entre la primera y la segunda instancia y con una petición pública de disculpas por parte del Ministro de Justicia. La relevancia social del asunto fue de tal dimensión que se nombró una Comisión parlamentaria para analizar las razones de la disfuncionalidad del sistema de justicia penal. Las principales conclusiones –y los principales reproches– se centraron en la figura del Juez de instrucción: se criticó su carácter unipersonal –la soledad con la que debe adoptar decisiones de gran trascendencia–, su falta de formación y experiencia –en Francia, como en España, los Juzgados de instrucción los suelen ocupar quienes acaban de acceder a la carrera judicial– y los excesivos poderes de oficio que tiene encomendados, que otorgan a la instrucción un fuerte carácter inquisitivo. El actual Presidente de la República, Nicolas Sarkozy, anunció en enero de 2009 ante la *Cour de cassation* que impulsaría la supresión de la figura del Juez de instrucción; al mismo tiempo, se había formado una comisión especial para la reforma de la justicia penal (el llamado *comité Léger*), cuyo informe provisional (el *pré-rapport Léger*) se hizo público en junio de 2009 y será oficialmente remitido al Presidente el 3 de septiembre. El texto del proyecto resume sus conclusiones en doce propuestas concretas: la primera de ellas consiste en «transformar al juez de instrucción en juez de la investigación y de las libertades, investido únicamente de funciones jurisdiccionales». Cuenta, no obstante, con una fuerte oposición de la magistratura y de la abogacía, que critica la pérdida de independencia que supone encomendar la instrucción a la Fiscalía. [Se puede acceder al contenido del informe a través de la web del diario *Le Monde*, edición digital del 19 de junio de 2009 – [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)–].

#### 2.4. *Los resultados de la tendencia hacia el garantismo*

Las descritas hasta ahora son, en cualquier caso, solamente unas tendencias, tanto hacia el garantismo como hacia lo adversarial –o, si se prefiere, hacia el despojo de los rasgos más inquisitivos del proceso penal–. Es posible, sin embargo, que en muchas ocasiones se les haya atribuido en el plano doctrinal y académico una relevancia superior a la que en definitiva han acabado teniendo en el terreno de lo real, es decir, en el plano de lo que establece la legislación y lo que de verdad sucede en la práctica penal forense.

Así, en España, parece bastante obvio que la senda del garantismo se ha recorrido a gran velocidad a partir de 1978 y que se ha llevado a cotas bastante elevadas. No parece, sin embargo, que el hecho de haber mantenido una instrucción judicial haya repercutido negativamente en esta línea o la haya entorpecido: la labor de los Jueces de instrucción españoles, valorada de forma global, en modo alguno se ha caracterizado tras la entrada en vigor de la Constitución por una tendencia al abuso inquisitivo o al desconocimiento de las garantías procesales de los imputados. Algo más paradójico ha sucedido con la idea de contradicción y la progresiva utilización de la metodología adversarial: es frecuente constatar desde hace años cómo los tribunales penales van quedando progresivamente privados de facultades cuyo ejercicio, sin embargo, no debería considerarse inquisitivo<sup>11</sup>, mientras se propugna, por el contrario, la atribución de mayores poderes de dirección material a los tribunales civiles.

También es interesante ver la evolución experimentada en otros países en este punto, como Alemania, Francia o el Reino Unido:

En Alemania, el camino del garantismo se recorrió con bastante rapidez, a partir de los años 50 y en gran medida se da por culminado con la gran reforma procesal penal de 1974, que pone fin a la institución del juez instructor y encomienda la dirección de la fase preliminar del proceso a la Fiscalía. No obstante, se puede señalar que en algunos puntos el fenómeno quedó incompleto, al menos para lo que serían nuestros parámetros: en este sentido, la doctrina pone el acento crítico en el hecho de que la posición del sujeto pasivo de una investigación penal en un proceso penal alemán actual no resulta nada sencilla ni cómoda: la asunción por la Fiscalía de la dirección de la investigación ha servido para eliminar el carácter formalmente inquisitivo de la instrucción y para atribuir un rol nuevo a la fase preliminar, pero lo cierto es que la posición procesal en que

---

<sup>11</sup> Es lo que sucede, por ejemplo, con la iniciativa probatoria del tribunal sentenciador y, muy especialmente, con las facultades de determinación de la concreta pena que ha de ser impuesta: la reciente STC 155/2009, de 25 de junio, ha acogido la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo – proclamada en sendos Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007– que impide al tribunal imponer una pena que exceda de la más grave de las pedidas por las acusaciones. Se aduce en apoyo de esta limitación la vigencia del principio acusatorio, a pesar de que nuestro sistema constitucional no exige que esta cuestión deba quedar en todo caso cubierta por el juego de las pretensiones y contrapretensiones de las partes. De hecho, sistemas penales netamente «adversariales», como el estadounidense, parten de la premisa de que la fijación de la pena, una vez determinada la culpabilidad por el hecho punible, compete en exclusiva al tribunal, incluso cuando la condena se funda en la conformidad del acusado (véanse en este sentido las *Federal Sentencing Guidelines*).

ha quedado el imputado durante esta fase no es óptima, pues no siempre tiene acceso al expediente, lo que limita su derecho de defensa y su iniciativa para proponer diligencias de investigación que podrían conducir a su descargo. Éste es, de hecho, uno de los puntos sobre los que se concentran periódicamente las propuestas de reforma procesal penal en ese país<sup>12</sup>.

En Francia también sorprende lo escuetas que son algunas garantías procesales penales aún a día de hoy, así como lo recientes que son algunas «conquistas», sobre todo si tenemos en cuenta la tradición jurídica francesa en la defensa de las libertades y de los derechos humanos. Así, por seguir con la cuestión del derecho de defensa durante la instrucción, hubo que esperar a la reforma de 1993 para que se vieran aumentados los derechos del imputado para acceder al contenido del sumario, ya que en la práctica le resultaba bastante difícil lograrlo, lo que dificultaba su participación activa y su defensa en esta fase del proceso. Otro *punctum dolens* del sistema procesal penal francés se encuentra en la regulación de la llamada *garde à vue*, esto es, de la detención policial (arts. 63 y sigs. CPP): tradicionalmente había venido siendo un terreno inmune a las garantías y a los controles, sobre todo en lo relativo al control por la Fiscalía y a los derechos del detenido –especialmente el derecho de asistencia letrada–. El primer paso importante para someter a control la *garde à vue* se dio con la ley de 4 de enero de 1993: se estableció el deber de informar al fiscal de la detención desde su inicio, se consagraron por primera vez los derechos del detenido y se permitió que éste tuviera derecho a un abogado, aunque sólo tras 20 horas desde el inicio de la detención policial. Y otro paso decisivo tuvo lugar con la ley de 15 de junio de 2000<sup>13</sup> (la llamada *Ley Guigou*, que tuvo su origen en el trabajo de la *Comisión Truche*), que le garantizó al detenido el derecho a la asistencia letrada desde el comienzo de la detención y que también le quitó al juez de instrucción el poder de decretar la prisión provisional, que se atribuía en lo sucesivo a una figura nueva, creada entonces, el «*juge des libertés et de la détention*»: un juez necesariamente distinto de aquél que, en su caso, estuviera dirigiendo la instrucción<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. HUBER, B., “Germany”, en *Criminal Procedure in Europe*, cit., pág. 357.

<sup>13</sup> El propio nombre de la ley («ley de refuerzo de la protección de la presunción de inocencia y de los derechos de las víctimas») es ya significativo de su intención, pues constituye una de las reformas más amplias del proceso penal en Francia. En lo que ahora interesa, la ley contiene medidas encaminadas, entre otros, a los siguientes objetivos: a) reforzar los derechos de la defensa y el carácter contradictorio del proceso (en este ámbito se modifica la *garde à vue*, el control de la autoridad judicial sobre la policía, la designación de abogado y otros derechos procesales durante la instrucción, la figura del testigo asistido de letrado o los derechos de las partes durante el acto del juicio); b) regular con mayores garantías la prisión preventiva (a través, sobre todo, de la creación del *juge des libertés et de la détention* y de la regulación de su duración); c) reforzar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

<sup>14</sup> La regulación de la detención policial ha sido siempre una cuestión delicada en el sistema penal francés, como lo evidencia la evolución de su regulación, que ha sido objeto de numerosas reformas en los últimos años (en concreto, a través de la ley n° 2 de 4 de enero de 1993, la ley n° 1013 de 24 de agosto de 1993, la ley n° 516 de 15 de junio de 2000, la ley n° 307 de 4 de marzo de 2002, la ley n° 239 de 18 de marzo de 2003, la ley n° 204 de 9 de marzo de 2004 y la ley n° 291 de 5 de marzo de 2007). Cada reforma supone un paso adelante en el reconocimiento de las garantías del acusado y en el establecimiento de límites a la labor policial (la última de las reformas citadas, v.g., tuvo por objeto establecer el deber de

Otra de las paradojas a las que ha conducido esta tendencia a la mayor «adversarialidad» del proceso penal puede apreciarse en Inglaterra, en relación con el deber de *disclosure*: en principio, esta institución tiene sentido, en el marco de un proceso penal, para que la defensa pueda tener conocimiento de la información conseguida por las autoridades encargadas de la investigación, dada la desigualdad de ambas partes a la hora de poder acceder a datos y realizar pesquisas. En este sentido, el *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* establece el deber por parte de la acusación de suministrar al acusado toda la información que podría beneficiarle; sin embargo, sus secciones 5 y 6 (modificadas en este punto por las secciones 33 a 36 del *Criminal Justice Act 2003*) establecieron el deber del acusado de poner ciertas informaciones en conocimiento de la acusación (*compulsory disclosure*)<sup>15</sup>: de forma singular, se debe informar de las líneas generales de defensa –en el terreno de lo fáctico y de lo jurídico– y también de la eventual existencia de una coartada –con un buen número de detalles–.

Puede apreciarse, en definitiva, cómo el camino del garantismo no es ni uniforme ni cerrado: no está cerrado, porque todavía existen piezas o aspectos, en todos los sistemas procesales penales, en que el sujeto pasivo se encuentra en posición de mayor debilidad; y no es un camino uniforme, porque no todos los ordenamientos lo han recorrido del mismo modo ni han llegado, movidos por esta tendencia, a resultados homogéneos.

### **3. La preocupación por la tutela de la víctima y por la eficacia en la persecución de la delincuencia más grave**

Con mayores o menores imperfecciones, la tendencia hacia el garantismo consiguió que en los países de Europa Occidental, a finales del siglo XX, operaran sistemas de proceso penal que reconocían y respetaban de forma amplia los derechos del imputado y del acusado –sobre todo si se compara con lo que sucedía en buena parte del resto del mundo–. Ahora bien, esta línea no estaba del todo cerrada cuando empieza a abrirse camino un nuevo periodo de evolución, que guía las reformas legales con arreglo a tendencias diferentes. En efecto, durante la segunda mitad del siglo XX los ejes, los centros de atención del proceso penal y de las reformas procesales penales han sido la figura del imputado y del acusado, así como las garantías a que tiene derecho durante la instrucción y el juicio oral. En lo sucesivo, sin embargo, van a predominar dos tendencias, que pretenden colocar el centro de atención del proceso penal y de sus reformas en otros sujetos y en otros aspectos: de un lado, se encuentra el movimiento a favor de dirigir el foco del proceso penal también hacia la víctima del delito; de otro, la tendencia a poner el acento en un concepto algo más difuso, que tal vez se puede condensar en las ideas de «eficacia» y de «seguridad».

---

grabar en soporte audiovisual todos los interrogatorios con detenidos que tuvieran lugar en dependencias policiales).

<sup>15</sup> Este deber de transmitir información a la acusación se vio reforzado por la sección 33 del *Criminal Justice Act 2003*, que modifica en este punto el *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*.

Ninguna de estas tendencias pretende directamente retroceder en las conquistas del garantismo, pero para colocar el foco de atención en aspectos nuevos del proceso resulta inevitable retirárselo, más o menos levemente, al acusado.

### 3.1. *La atención hacia la víctima*

En primer término, cabe recordar que las décadas finales del siglo XX han visto nacer una tendencia político-criminal de redescubrimiento de la víctima del delito, que ha acabado teniendo repercusiones en la concepción del proceso penal, cuyas metas u objetivos se amplían: junto a la aplicación del Derecho penal al caso concreto, se asume que el proceso penal también ha de ser un instrumento para ofrecer reparación a la víctima. Y no se trata sólo de ofrecer una reparación material —que tradicionalmente se ha canalizado a través del ejercicio de la acción civil—; se asume que la víctima también tiene derecho a que esa reparación se proyecte, de alguna manera, respecto de la dimensión penal del hecho punible, lo que se traduce en cierta atribución de derechos procesales en relación con el objeto penal del proceso.

Así, al margen de lo que sucede en España, donde la víctima está facultada para el ejercicio de acciones penales, debe recordarse también cómo en Inglaterra, entre los derechos que la jurisprudencia ha reconocido a la víctima del delito, se encuentra la legitimación para impugnar judicialmente la decisión del *Director of Public Prosecutions* de no perseguir un delito<sup>16</sup>; de hecho, aunque sea poco conocida y poco utilizada, en Inglaterra aún subsiste la posibilidad de promover acusaciones privadas en determinados supuestos<sup>17</sup>. En Alemania, cuando se trata de delitos graves, la víctima puede asumir un papel como acusador subsidiario (*Nebenkläger*, § 397 StPO). Y en Francia la víctima puede forzar la incoación de un proceso penal constituyéndose como actor civil (art. 1 II y arts. 85 y sigs. CPP); también pueden hacerlo, en sustitución o representación de la víctima, determinadas asociaciones, en función del ámbito delictivo de que se trate (arts. 2-1 a 2-21 CPP).

Además de estos poderes directamente relacionados con el ejercicio de la acusación, se ha producido un proceso de reforma legal dirigido a ofrecerle a la víctima un *status* más beneficioso, que se ha proyectado sobre frentes diversos en cada ordenamiento:

— En algunos casos, las reformas legales han ido dirigidas a ofrecer a la víctima lo que podría denominarse como un «trato mejor», que se traduce en reconocer a las víctimas el derecho a una información constante, o al menos a que se les comuniquen las resoluciones más trascendentes del proceso penal; también el derecho al respeto a su intimidad, que puede traducirse en una publicidad limitada de ciertas actuaciones judiciales; o incluso el derecho a recibir asistencia de carácter psicológico o emocional.

---

<sup>16</sup> Cfr. DARBYSHIRE, P., “England and Wales”, en *Criminal Procedure in Europe*, cit., pág. 135.

<sup>17</sup> Cfr. DARBYSHIRE, P., “England and Wales”, cit., pág. 136.

En ciertos países, estas medidas han constituido el objeto de reformas procesales *ad hoc*. En este sentido, la legislación alemana ha sido de las primeras en ocuparse de estas cuestiones, con el *Opferschutzgesetz* de 18 de diciembre de 1986, al que le han seguido varias modificaciones de la StPO dirigidas a dispensar un mejor trato a la víctima y a concederle derechos procesales que inicialmente no tenía (se encuentran actualmente recogidos en los §§406d a 406h StPO)<sup>18</sup>.

En Francia, la *Ley Guigou* de 15 de junio de 2000, además de en el refuerzo de la presunción de inocencia, se centró también en la protección de las víctimas: así, se facilitó la constitución de la víctima en parte civil y se mejoraron las vías para el acceso a una indemnización; y se potenció el papel de las asociaciones de defensa de las víctimas, a las que se atribuyó legitimación para constituirse como actores civiles en sustitución o representación de aquéllas, según el caso y el tipo de delito. Más recientemente, la ley 644 de 1 de julio de 2008 ha reforzado la protección de las víctimas y su acceso a ayudas públicas.

También en el Reino Unido se adoptaron hace tiempo medidas orientadas en este sentido. En 1990 se aprobó la llamada *Victims' Charter*, reformulada en 1996: se contenían en ella 27 «estándares de servicio» que las víctimas y sus familiares pueden exigir de las autoridades de persecución penal (v.g., el derecho a que se investigue todo delito denunciado y a recibir información acerca del desarrollo de la investigación; el derecho a explicar las consecuencias del delito y a que se tengan en cuenta sus intereses; el derecho a declarar como testigo y a ser tratado con respeto; o el derecho a que se le ofrezca ayuda psicológica y económica). Más recientemente, debe tenerse en cuenta la *Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*, que ha dado un nuevo impulso a la acción administrativa y judicial en este ámbito, con la creación de un *Commissioner for Victims and Witnesses* y con la aprobación en 2005 de un *Code of Practice for Victims of Crime*<sup>19</sup>, que ha sustituido al *Victim's Charter* y ha ampliado bastante los derechos de las víctimas, en especial en relación con la información, la protección y seguridad, la obtención de indemnizaciones y el apoyo psicológico.

— En otras ocasiones, las reformas han ido encaminadas a mejorar la reparación civil: en algunos casos, según se ha señalado ya, simplificando o mejorando los cauces para el ejercicio de la acción civil dentro del proceso

---

<sup>18</sup> El término *Opferschutzgesetz* es utilizado para referirse de forma abreviada al *Gesetz zur Stärkung der Rechte des Verletzten im Strafprozess*, que introdujo importantes modificaciones en la StPO: entre las más significativas, permitió a la víctima personarse como acusador subsidiario, acceder a la documentación del proceso, reclamar una indemnización durante el juicio y recibir información acerca del desarrollo del proceso. Reformas posteriores han ampliado estas facultades –en especial el *Opferrechtsreformgesetz* de 24 de junio de 2004–: así, v.g., se ha reconocido el derecho a que las víctimas declaren fuera de la sala de vistas o a que declaren acompañadas de una persona de su elección.

<sup>19</sup> Su contenido puede consultarse en <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/victims-charter>.

penal<sup>20</sup>; en otros, a través de la constitución de fondos públicos para garantizar el derecho al cobro de indemnizaciones en caso de insolvencia del culpable<sup>21</sup>.

— Otra tendencia de reforma ha sido la orientada a otorgar una mayor protección a las víctimas: en ocasiones, a través de previsiones sin incidencia directa en la estructura del proceso penal, como sucede cuando se regulan medidas para garantizar la seguridad personal de las víctimas; ahora bien, con frecuencia la protección de la víctima se ha promovido a través de reformas legales con incidencia en la posición jurídica del sujeto pasivo del proceso: así sucede con las medidas de protección a testigos –aplicables, sin duda, a las víctimas–, que pueden afectar al derecho de defensa del acusado, en los casos en que se garantice el secreto en la identidad; y esta incidencia es igualmente innegable cuando se asume –como ha sucedido en España– que uno de los objetivos que legitiman la adopción de medidas cautelares personales, como la prisión provisional, es justamente la protección de la seguridad de la víctima [cfr. art. 503.3 c) LECrim]. Algo análogo se aprecia en Francia, con el extenso catálogo de medidas de control judicial, en principio pensadas como alternativas a la prisión preventiva, y que en muchos casos sirven para la tutela provisional de la seguridad de las víctimas (cfr., en especial, las previstas en los aptdos. 1º, 2º, 3º, 4º, 9º, 14º y 17º del art. 138 CPP): en la práctica han acabado funcionando también como medidas que se imponen justamente a los sujetos a los que no se les impondría la prisión preventiva –ni ninguna otra medida–.

Como se ha señalado antes, es sencillo sostener en un plano teórico que centrar la atención del proceso penal *también* en la víctima no tiene por qué ir en detrimento del *status* del acusado. Lo cierto, sin embargo, es que se trata de un fenómeno que cuenta con el apoyo de los medios de comunicación y que ha permitido a menudo convertir esa reivindicación del papel de la víctima en una exigencia al legislador de mayor dureza frente al delincuente: y esa «dureza» no sólo es sustantiva, sino también procesal. En definitiva, se ha convertido a la víctima en un elemento del proceso que suscita «simpatía», «empatía» y «compasión» –precisamente los sentimientos que, durante el movimiento garantista, suscitaba el delincuente–; y esto necesariamente se traduce en una mayor «antipatía» y «aversión» hacia el delincuente, que legitima social y políticamente la adopción de medidas procesales que comportan un endurecimiento de su situación.

Debe advertirse, no obstante, que cobra fuerza también como tendencia en la configuración del proceso penal la opción por acudir a sistemas alternativos, como la justicia penal restaurativa y la mediación penal, que se proponen como

---

<sup>20</sup> En Alemania, por ejemplo, la ley de 24 de octubre de 2006 reformó los §§ 111g y 111h StPO para otorgar preferencia al perjudicado a la hora de hacer efectiva su indemnización con cargo a los bienes embargados o decomisados.

<sup>21</sup> Así, en Francia, los arts. 706-3 a 706-15 CPP regulan los cauces para que las víctimas de ciertos delitos puedan acceder a indemnizaciones con cargo a un fondo público constituido a tal fin y que existe desde 1990 (fue creado por la ley nº 589 de 6 de julio de 1990); y los arts. 706-15-1 y 706-15-2 CPP, introducidos por la ley nº 644 de 2008, regulan la obtención de ayudas para las víctimas que no pueden acceder a una indemnización por los cauces anteriores.

fórmulas para hacer converger ambas preocupaciones –a favor de los derechos de la víctima y de los derechos del acusado–. En Alemania, desde la ley de 20 de diciembre de 1999, esta posibilidad se recoge en los §§ 155a y 155b StPO, que dan cabida al llamado *Täter-Opfer-Ausgleich*: si se inicia la mediación, el proceso queda en suspenso; y éste puede quedar sobreesido si la mediación es fructífera; ahora bien, en ningún caso puede desarrollarse contra la voluntad expresa del perjudicado. En Francia esta posibilidad también está regulada desde 1999: la ley 515 de 23 de junio de 1999 atribuyó al fiscal, en el art. 41-1 CPP, la facultad de promover un proceso de mediación entre la víctima y el autor de los hechos, antes de ejercer la acción penal, siempre con el consentimiento de las partes; esta previsión se completó con la reforma del art. 6 CPP, que estableció la extinción de la acción penal por transacción<sup>22</sup>. Y se contemplan igualmente mecanismos de justicia restaurativa en Inglaterra: la sección 8 del *Code for Crown Prosecutors* permite a los fiscales, a la hora de decidir acerca del ejercicio de acciones penales, analizar las alternativas de persecución, incluida la opción de acudir a procesos de justicia reparadora o restaurativa<sup>23</sup>.

### 3.2. La atención hacia la eficacia y la seguridad

Además de la atención a la víctima, debe reconocerse que, al menos en las dos últimas décadas, el factor que más nítidamente ha inspirado el enfoque del proceso penal y su tratamiento legislativo ha sido la idea de la eficacia en la persecución de las formas más graves de delincuencia. Se trata, sin duda, del *leitmotiv* de la gran mayoría de las propuestas y de las reformas efectivas que han experimentado los procesos penales de Europa occidental en los últimos años: el Estado se va viendo cada vez más indefenso ante el terrorismo y la delincuencia organizada, porque los instrumentos clásicos o tradicionales de que dispone para combatirlos se han quedado insuficientes, con la consiguiente sensación de inseguridad ciudadana y la percepción social de que ciertas modalidades delictivas son impunes; esta situación hace que resulte imprescindible lograr que la persecución penal sea más eficaz. Esta exigencia, a su vez, descansa sobre otro postulado, en el que también han tenido una influencia decisiva los medios de comunicación, y que afecta a la propia concepción de lo que ha de ser la función del proceso penal: no sólo el instrumento para la aplicación del Derecho penal, sino una herramienta más para la consecución de un bien colectivo como es la «seguridad».

---

<sup>22</sup> La previsión del art. 41.1 CPP, muy escueta en sus inicios, fue objeto de desarrollo por la ley 204 de 9 de marzo de 2004.

<sup>23</sup> El *Code for Crown Prosecutors* no tiene rango legal, pero se incorporan en él las directrices que el jefe del *Crown Prosecution Service* (el *Director of Public Prosecutions*) ofrece a sus subordinados. Su texto puede consultarse en la siguiente dirección:

[http://www.cps.gov.uk/publications/code\\_for\\_crown\\_prosecutors/diversion.html](http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/diversion.html).

Se ofrecen criterios más detallados para el ejercicio de esta facultad en el *Director's Guidance on Conditional Cautioning*, accesibles en la dirección:

[http://www.cps.gov.uk/publications/directors\\_guidance/conditional\\_cautioning.html](http://www.cps.gov.uk/publications/directors_guidance/conditional_cautioning.html)

La «seguridad», en este contexto, va unida de forma indisoluble al combate contra dos formas graves de delincuencia, características de las últimas décadas: el terrorismo (nacional e internacional) y la delincuencia organizada. El proceso penal, por tanto, debe asumir una función de herramienta de lucha contra estas modalidades delictivas y se convierte así en un instrumento más de la política criminal. No se trata de una idea necesariamente desacertada y, de hecho, su realidad resulta evidente en aquellos ordenamientos en que la Fiscalía está sujeta a algún tipo de dependencia gubernamental y tiene el poder de disposición sobre la acción penal.

Por lo que ahora importa, se puede comprobar en las últimas décadas cómo las propuestas de crear un «Derecho Penal del enemigo» hace tiempo que han cruzado la barrera de lo sustantivo y se han adentrado también en el ámbito de lo procesal: se ha fomentado con ello la elaboración de leyes especiales y la introducción en la legislación procesal penal de excepciones a las reglas generales –algunas de ellas alcanzadas con esfuerzo en la lucha por las garantías del imputado y del acusado–. Igual que se propugnan penas más graves para estas modalidades delictivas, se insta también a una mayor dureza procesal frente a los responsables de actividades terroristas o de delincuencia organizada, que a menudo son visibles en los textos legales por su ubicación sistemática separada (como sucede, a modo de ejemplo, en el CPP francés<sup>24</sup>). Y es que, inevitablemente, poner el foco en la seguridad y en la eficacia obliga a dejar en penumbra ciertas garantías y libertades del sujeto pasivo. De hecho, a la hora de justificar esta creación de un «Derecho Procesal Penal del enemigo»<sup>25</sup>, no es infrecuente que se traiga a colación el argumento de que precisamente el exceso en las garantías concedidas a los imputados ha sido aprovechado por la delincuencia organizada para alcanzar las cotas de presencia y de impunidad que han generado la actual situación de alarma social.

Un análisis somero de la evolución legislativa pone de manifiesto que la mayor parte de las reformas emprendidas en los últimos años en los procesos penales de los Estados europeos occidentales han ido dirigidas hacia este fin.

En Alemania, la brecha se abrió con la primera ley de lucha contra la delincuencia organizada de 1992 (centrada sobre todo en el tráfico de drogas), seguida de otra ley de 1994 dirigida de forma más genérica a la lucha contra el crimen (pero bastante centrada en la delincuencia organizada) y, sobre todo, de

---

<sup>24</sup> El Libro IV del CPP, dedicado a los procesos especiales, dedica el Título XV a las especialidades en la persecución del terrorismo, el Título XVI a la persecución del tráfico de estupefacientes y el Título XXV a la persecución de la criminalidad organizada.

<sup>25</sup> Cfr. BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004; PORTILLA CONTRERAS, G., “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *Jueces para la democracia*, nº 49, 2004, págs. 43-50; DAMIÁN MORENO, J., “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (coords. Cancio Meliá, R., y Gómez-Jara Díez, C.), Madrid, 2006, vol. 1, págs. 457-472; MUÑOZ CONDE, F., “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”, *Revista Penal*, nº 23, enero de 2009, págs. 73-114.

una segunda ley de mejora en la lucha contra el crimen organizado de 1998, así como de una ley de protección a testigos, también de 1998<sup>26</sup>.

En Francia, destaca la ley contra el crimen organizado de 9 de marzo de 2004 (conocida como *Loi Perben II*<sup>27</sup>), que tiene un ámbito de aplicación bastante extenso y que incluyó una serie de novedades normativas a las que se hará referencia en breve. También debe tenerse en cuenta la ley 64 de 23 de enero de 2006, en materia de lucha contra el terrorismo (que regula la videovigilancia, el control de los desplazamientos y de las comunicaciones telefónicas y electrónicas, así como el tratamiento automatizado de datos).

En Inglaterra, la batería de leyes especiales de sesgo «duro» es bastante más numerosa: el *Criminal Justice and Public Order Act 1994* limitó el derecho al silencio del acusado, en la medida en que permitía al tribunal deducir consecuencias negativas para aquél de esa actitud; y también dio vía libre a que la policía efectuara detenciones y registros personales sin una «*individually focussed suspicion*»; el *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (RIPA) y el *Serious Organised Crime and Police Act 2005* también sirvieron para reforzar las potestades de la policía; el *Criminal Justice Act 2003* incorporó medidas de protección a testigos y reguló la prueba del «*bad character*» del acusado. En cuanto al sector específico del terrorismo, se aprobó el *Terrorism Act 2000*, como norma básica, que fue seguida del *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, declarado contrario al art. 5 CEDH en 2004 por la *House of the Lords* y sustituido por el *Prevention of Terrorism Act 2005*, y complementado por el *Terrorism Act 2006*, aprobado tras los atentados de Londres del año anterior.

Un repaso al contenido principal de todos estos textos legales permite apreciar cómo son dos los ámbitos en los que se centran de manera preferente las reformas legales encaminadas a dotar de mayor eficacia al proceso penal.

— De un lado, se suelen introducir previsiones especiales en la regulación de la detención y de las medidas cautelares personales, que guardan relación con su duración y con los derechos de la persona privada de libertad, al igual que sucede en nuestro ordenamiento<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Se trata, en concreto, del *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität –OrgKG–*, de 15 de julio de 1992; del *Verbrechensbekämpfungsgesetz*, de 28 de octubre de 1994; del *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, de 4 de mayo de 1998; y del *Zeugenschutzgesetz*, de 30 de abril de 1998. Junto a ellas, se han aprobado en los últimos años reformas de menor extensión, pero que también han ido orientadas a combatir más eficazmente la delincuencia organizada: cfr., entre ellas, las leyes de 20 de diciembre de 2001 (que introduce ciertas medidas de investigación especiales), de 22 de diciembre de 2003 (reforma de la prisión provisional en materia de terrorismo, para dar cumplimiento a la Decisión Marco de 13 de junio de 2002), de 24 de junio de 2005 (en relación con las escuchas domiciliarias), 24 de octubre de 2006 (decomiso del producto delictivo) y 21 de diciembre de 2007 y 11 de marzo de 2008 (ambas en relación con la intervención de las telecomunicaciones).

<sup>27</sup> El título oficial de la norma es indicativo también de la tendencia legislativa a la que nos estamos refiriendo: se trata de la ley «para la adaptación de la justicia a las evoluciones de la criminalidad».

<sup>28</sup> Acerca de la utilización de las medidas cautelares como herramienta para abordar el combate de las modalidades más graves de delincuencia, cfr. BARONA VILAR, S., «¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?», *Revista del Poder Judicial*, 2006, vol. XIX, núm.

En Alemania, por ejemplo, el §112a StPO aligera en cierta medida los requisitos que han de concurrir para la adopción de la prisión preventiva cuando se trata de la persecución de ciertos delitos vinculados a la criminalidad organizada.

En Inglaterra, el *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* permitía la detención indefinida de los sospechosos de terrorismo que fueran extranjeros; como ya se señaló antes, la *House of the Lords* consideró que esta previsión infringía el art. 5 CEDH y la dejó sin efecto; no obstante, el *Terrorism Act 2006* ha establecido en sus secciones 23 a 25 como posible una detención de hasta 28 días para estos supuestos.

Y en Francia, la *Loi Perben II* permitió extender la duración de la detención (*garde à vue*) en los casos de delincuencia organizada hasta las 96 horas o incluso las 120 horas, difiriendo también el momento a partir del cual el detenido tiene derecho a acceder a un abogado (cfr. art. 706-88 CPP).

— De otro lado, estas normas especiales han servido para incorporar al proceso penal las llamadas «nuevas técnicas de investigación», que suelen ir acompañadas de dos factores adicionales: una mayor inmisión en la esfera de los derechos fundamentales de las personas objeto de investigación y una mayor atribución de poderes de actuación autónoma a la policía.

En efecto, la década de los 90 y lo que llevamos de siglo XXI han visto cómo se regulaban legalmente en diversos países medidas de investigación como la infiltración policial de agentes encubiertos, las operaciones de entrega vigilada o controlada, el recurso a informantes anónimos, la realización de escuchas ambientales, la intervención de las comunicaciones electrónicas o las vigilancias personales<sup>29</sup>. La esfera de la privacidad de los ciudadanos que acaba siendo

---

especial *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, págs. 237-365, esp. págs. 237-241 y 262-265.

<sup>29</sup> En Alemania, la ley contra la delincuencia organizada de 1992 introdujo como medidas de investigación nuevas el uso del tratamiento automatizado de datos personales (§§ 98a a 98c StPO), las escuchas ambientales en domicilios (§§100c a 100e StPO, aunque su regulación tuvo que modificarse por ley de 24 de junio de 2005, por exigencias de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal) y la utilización de agentes encubiertos (§§110a a 110c StPO); la ley de 4 de mayo de 1998 introdujo las escuchas ambientales en lugares públicos (§100f StPO); la ley de 20 de diciembre de 2001 reguló el acceso a los datos sobre comunicaciones electrónicas (§ 100g StPO) y la grabación de imágenes y el empleo de medios técnicos de vigilancia (§100 h StPO); la ley de 6 de agosto de 2002 permitió medidas de averiguación sobre teléfonos móviles (§100i StPO); y la ley de 21 de diciembre de 2007 reformó el régimen de la intervención de las telecomunicaciones (§§100a y 100b StPO) y reguló el registro de datos grabados en soporte electrónico (§110 StPO).

En Francia, las limitaciones al secreto de la correspondencia realizada a través de comunicaciones electrónicas se introdujeron de modo general en el CPP a través de la ley n° 646 de 10 de julio de 1991. Sin embargo, la ley n° 204 de 9 de marzo de 2004 (la *Loi Perben II*) se ocupó de regular de forma especial ciertas medidas adicionales cuando se tratara de la persecución de la delincuencia organizada, como la vigilancia (art. 706-80 CPP), la infiltración (arts. 706-81 a 706-87 CPP), las entradas y registros – con poderes reforzados para la policía– (arts. 706-89 a 706-94), la intervención de las comunicaciones electrónicas (art. 706-95 CPP) o la grabación de imágenes y sonidos (arts. 706-96 a 706-102). La ley n° 64 de 23 de enero de 2006 estableció a su vez medidas especiales de investigación en la persecución del terrorismo (videovigilancia, control de desplazamientos, control de comunicaciones telefónicas y electrónicas y tratamiento automatizado de datos).

inmune en términos absolutos es, pues, cada vez más reducida: visto desde otro ángulo, se comprueba cómo son cada vez más los derechos fundamentales susceptibles de restricción y cómo es cada vez más intensa la restricción a los derechos fundamentales que se considera admisible para satisfacer el interés público en la persecución penal.

Por otra parte, es cierto que, habitualmente, la restricción de derechos fundamentales que estas nuevas medidas comportan suele gozar de la garantía formal de la previa autorización judicial. No obstante, deben observarse dos fenómenos:

— Con frecuencia, se corre el riesgo de que la autorización judicial se convierta en una mera formalidad, forzada por la urgencia de muchas situaciones y por el hecho de que el juez a quien se solicita la autorización no tiene un conocimiento completo de la investigación –sobre todo allí donde no existe una instrucción judicial–: y es que, en muchos casos, la decisión judicial ha de fundarse únicamente en los datos ofrecidos por la Policía o por la Fiscalía, lo que convierte la garantía del control judicial en algo que puede resultar vacuo si los jueces no son especialmente exigentes con quienes solicitan su autorización para proceder a la práctica de alguna medida restrictiva de derechos fundamentales.

— Por otra parte, cuando se trata de perseguir el terrorismo y la delincuencia organizada, tampoco es excepcional que el legislador renuncie a la garantía del control judicial o, cuando menos, a la garantía del control judicial previo: con frecuencia, se permite una iniciativa gubernativa o policial, para la que se exige una posterior ratificación judicial –que, nuevamente, se enfrenta a evidentes limitaciones en cuanto a su contenido real–. De hecho, muchas de las leyes especiales a las que se ha hecho referencia antes consagran los poderes de la policía para tomar la iniciativa en la investigación de fenómenos delictivos complejos y, con ello, para iniciar con frecuencia lo que en terminología inglesa han dado en llamarse *fishing expeditions*. Los riesgos que se pueden derivar de un abuso en este tipo de prácticas son evidentes.

### 3.3. Consideraciones comunes

Estas tendencias de las reformas procesales penales hacia la tutela de la víctima y hacia una promoción de la mayor eficacia y de la mayor seguridad son posibles, claramente, porque han recibido una gran aceptación política y social en los últimos tiempos y porque cuentan con un fuerte respaldo mediático. Y, en el contexto actual, son éstos los factores más tenidos en cuenta por los legisladores y por quienes detentan la iniciativa legislativa, máxime si contamos con sociedades civiles poco vigilantes. La imperante «antipatía» social hacia el delincuente se convierte también en «antipatía social» hacia el sujeto pasivo del proceso penal, a pesar de la vigencia formal de la presunción de inocencia; y esto facilita a su vez una «antipatía normativa», gracias a la cual es más fácil legislar recortando garantías e imponiendo condiciones de mayor onerosidad a los presuntos delincuentes.

El peligro es que estas técnicas de «Derecho Procesal Penal del enemigo», que pueden encontrar justificación cuando se trata de la persecución del terrorismo y de otras formas graves de delincuencia organizada, se vayan extendiendo al resto de ámbitos y vayan «contaminando» otros sectores de persecución criminal o incluso al proceso penal en su conjunto. En efecto, con demasiada frecuencia son la alarma y la indignación social ante ciertas modalidades delictivas las que sirven de detonante para la formulación de reformas procesales encaminadas hacia una mayor dureza. No puede negarse que los ordenamientos procesales deben actualizarse y ofrecer a las autoridades de persecución penal herramientas útiles para cumplir con su cometido. Pero se corre siempre el peligro de que se promuevan campañas mediáticas y propagandísticas, más o menos interesadas, con la finalidad de sentar las bases para una reforma sustantiva y procesal que, tal vez innecesariamente, nos haga retroceder en parte en el terreno ganado de las garantías –un buen ejemplo de ello lo ofrece la legislación española sobre responsabilidad penal de los menores de edad–. En definitiva, y reiterando lo dicho, es importante evitar que estas tendencias, cuyo ámbito de incidencia habría de ser sectorial, se contagien al conjunto del sistema procesal penal.

#### ***4. Una mirada hacia el futuro: entre el proceso penal europeo y la reforma interna***

##### ***4.1. Seguir avanzando en la senda de la europeización del proceso penal***

Si nos fijamos ahora en las perspectivas de futuro del proceso penal en los países europeos, resulta obvio que existe una variable que lo impregna y lo invade todo desde hace una década: la «europeización» del proceso penal. Se trata de un fenómeno que tiene su origen en la progresiva asunción de competencias por parte de las instituciones de la Unión Europea gracias a lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea, especialmente tras la reforma operada en él por el Tratado de Ámsterdam; y que puede cobrar mayor fuerza aún en caso de que llegue a entrar en vigor el Tratado de Lisboa, pues refuerza el marco de acción de la Unión Europea para la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en materia penal y procesal penal<sup>30</sup>.

Es un hecho cierto que en los últimos años los legisladores europeos han tenido que llevar a cabo las reformas procesales necesarias para dar cumplimiento a las Decisiones Marco aprobadas en relación con aspectos diversos del proceso penal, vinculados sobre todo con la cooperación judicial internacional y la persecución de la delincuencia transfronteriza: así se ha hecho o tendrá que hacerse –según el grado de cumplimiento de cada país– con la orden europea de detención y entrega<sup>31</sup>, los equipos conjuntos de investigación<sup>32</sup>, el

---

<sup>30</sup> Cfr. en relación con esto GASCÓN INCHAUSTI, F., “En torno a la creación de un Derecho Procesal Penal Europeo”, en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 23, Julio-Septiembre 2007, págs. 371-417.

<sup>31</sup> Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOUE L 190 de 18 de julio de 2002). Su incorporación al ordenamiento español se ha producido a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre

estatuto de la víctima<sup>33</sup>, el aseguramiento de pruebas y el embargo preventivo de bienes<sup>34</sup>, el decomiso de bienes<sup>35</sup>, las sanciones penales pecuniarias<sup>36</sup>, la eficacia de las sentencias de condena en procesos posteriores<sup>37</sup>, la ejecución de penas y medidas privativas de libertad<sup>38</sup>, el reconocimiento de las medidas de libertad vigilada<sup>39</sup>, la obtención de pruebas<sup>40</sup>, la tutela de los imputados juzgados en rebeldía<sup>41</sup>, el intercambio de información sobre antecedentes penales<sup>42</sup> y la

---

la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley 3/2003.

<sup>32</sup> Decisión Marco 2002/465/JAI de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (DOUE L 162 de 20 de junio de 2002). Fue incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación en el ámbito de la Unión Europea y de la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la anterior, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España.

<sup>33</sup> Decisión Marco 2001/220/JAI de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOUE L 82 de 22 de marzo de 2001).

<sup>34</sup> Decisión Marco 2003/577/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DOUE L 196 de 2 de agosto de 2003). Su trasposición al ordenamiento español se ha realizado a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y a través de la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley 18/2006.

<sup>35</sup> Decisión Marco 2006/783/JAI de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DOUE L 328 de 24 de noviembre de 2006).

<sup>36</sup> Decisión Marco 2005/214/JAI de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DOUE L 76 de 22 de marzo de 2005). Ha sido objeto de incorporación a nuestro ordenamiento a través de la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y de la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, complementaria de la Ley 1/2008.

<sup>37</sup> Decisión Marco 2008/675/JAI de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DOUE L 220 de 15 de agosto de 2008).

<sup>38</sup> Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DOUE L 327 de 5 de diciembre de 2008).

<sup>39</sup> Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DOUE L 337 de 16 de diciembre de 2008).

<sup>40</sup> Decisión Marco 2008/978/JAI de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DOUE L 350 de 30 de diciembre de 2008).

<sup>41</sup> Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DOUE L 81 de 27 de marzo de 2009).

<sup>42</sup> Decisión Marco 2008/315/JAI de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DOUE L 93 de 7 de abril de 2009).

protección de datos personales en el ámbito de la cooperación penal internacional<sup>43</sup>.

Esta actividad legislativa de trasposición, en ocasiones, no ha estado exenta de críticas y polémicas, como pudo apreciarse en Alemania respecto de la euro-orden y la regla tradicional de la no extradición de nacionales<sup>44</sup>. Y es que, en los ámbitos que van siendo objeto de armonización europea, los Estados se ven forzados a legislar para incorporar el contenido de cada Decisión Marco a sus sistemas: y en muchas ocasiones el margen de maniobra que la Decisión Marco confiere al legislador nacional es bastante reducido. Los legisladores nacionales, por tanto, en muchos sectores, han dejado de ser dueños de definir los criterios y los objetivos de las reformas que llevan a cabo, ya que esto es algo que se ha hecho previamente en un nivel europeo: no les queda, pues, otra opción que tratar de influir con antelación, por cauces más políticos que jurídicos, en las negociaciones que acaban conduciendo a la aprobación de las Decisiones Marco.

Tampoco ha de sorprender que las normas procesales penales de origen europeo estén influidas por el espíritu de «dureza» y de «eficacia» a que se ha hecho referencia antes. Ante todo, porque éste es el criterio predominante en la concepción actual del proceso penal y es lógico que se proyecte también sobre la actividad normativa de las instituciones europeas. Pero, además, hay que tener presente que la acción normativa europea está justificada por la necesidad de combatir la delincuencia transfronteriza, especialmente la de carácter organizado; y éste es justamente el ámbito en el que más necesaria es la «dureza» y más acusadas son las tendencias a reforzar la persecución y a evitar que las fronteras nacionales se conviertan en barreras que otorguen ventajas a los delincuentes.

Como contrapeso frente a la mayor eficacia que persiguen las normas procesales penales de origen europeo, las instancias normativas europeas también han tomado conciencia de la necesidad de lograr niveles igualmente homogéneos de respeto a ciertas garantías mínimas del proceso penal. En este sentido, las Decisiones Marco incorporan diversas causas de denegación o suspensión del reconocimiento mutuo directamente orientadas a tutelar la posición del sujeto pasivo del proceso penal (v.g., cuando se prohíbe el *bis in idem* o se supedita a ciertas condiciones la cooperación si el imputado se encuentra ausente en el proceso penal). Asimismo, de forma más general, las Decisiones Marco más recientes suelen incluir una proclamación general del deber de respetar los

---

<sup>43</sup> Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DOUE L 350 de 30 de diciembre de 2008).

<sup>44</sup> El problema se planteó con crudeza en Alemania a raíz del asunto *Darkanzanli*, resuelto por sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005. Sobre el particular, cfr. en lengua española VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., “Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega en relación con los nacionales. Comentario a la Sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional alemán”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro* (coords. Armenta Deu, T., Gascón Inchausti, F., y Cedeño Hernán, M.), Madrid, 2006, págs. 107-119; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana”, *La Ley*, n° 6394, 5 de enero de 2006.

derechos fundamentales<sup>45</sup>, que impide a los Estados servirse de lo dispuesto en ellas en perjuicio de la posición procesal de los imputados, acusados o condenados.

Resulta más lamentable, en cambio, que no hayan prosperado por el momento los esfuerzos realizados para aprobar normas que contengan estándares generales y comunes de tutela de los derechos del sujeto pasivo del proceso penal.

El primer paso en esta línea fue la Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004<sup>46</sup>. El contenido de la Propuesta era limitado y, además, se fue reduciendo a medida que avanzaba el proceso de elaboración normativa: en su última versión, sus pretensiones eran realmente modestas, pues las normas comunes que en ella se contemplaban estaban referidas sólo a ciertas áreas determinadas, que se consideraban básicas y que integraban una primera etapa de creación de normas mínimas<sup>47</sup>. La Propuesta, sin embargo, se abandonó formalmente en el Consejo de Justicia del 12-13 de junio de 2007<sup>48</sup>, en el que se constató la imposibilidad de llegar a un consenso en la materia: el punto de división fue la discrepancia acerca de si la Unión tenía competencia para legislar sobre procesos puramente internos o si había de limitarse a regular garantías para asuntos transfronterizos.

El impulso se ha retomado en fechas muy recientes: la Comisión ha adoptado el 8 de julio de 2009 una Propuesta de Decisión Marco relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales<sup>49</sup>, del que se beneficiaría todo sujeto desde el momento mismo en que adquiriera la condición de sospechoso de la comisión de un delito. Las instituciones comunitarias han optado, pues, por avanzar de forma más sectorial, desglosando las garantías procesales y empezando por aquéllas que resultan menos discutibles y que se pueden encontrar más vinculadas al carácter transfronterizo del proceso penal.

---

<sup>45</sup> En concreto, se suelen incluir cláusulas con este tenor literal: «La presente Decisión marco no tendrá por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales enunciados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

<sup>46</sup> El texto de la Propuesta se contiene en el documento COM (2004) 328 final. El texto en sí de la Propuesta de Decisión Marco tiene, a su vez, como antecedente el *Libro Verde de la Comisión acerca de las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea*, presentado el 19 de febrero de 2003 y contenido en el Documento COM (2003) 75 final. La última versión de la Propuesta a que se llegó se encuentra en el Documento del Consejo DROIPEN 56, de 5 de junio de 2007.

<sup>47</sup> En concreto, se redujo a los cuatro siguientes: 1) derecho a la información (que el detenido sea informado dentro del más breve plazo de los motivos de su detención, de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten; y que el imputado sea informado igualmente de la acusación formulada y de sus derechos); 2) derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado (predicable tanto del detenido como del imputado); 3) derecho a interpretación; 4) derecho a la traducción de documentos.

<sup>48</sup> Cfr. el documento PRES/07/125.

<sup>49</sup> Su texto se puede consultar en el Documento COM (2009) 338 final.

Son, por el contrario, aún muy lejanas las expectativas de avanzar en la consagración de garantías procesales de contenido y alcance más profundo: la Comisión Europea publicó en 2006 un Libro Verde sobre la presunción de inocencia<sup>50</sup>, del cual, sin embargo, no se han seguido consecuencias tangibles hasta la fecha. Poco cabe esperar en este ámbito, de hecho, mientras no se supere el primer peldaño y se aseguren derechos más «sencillos», como la asistencia letrada o la información acerca de los hechos imputados.

Al margen de esta iniciativa aislada, hay que contar con las instituciones europeas confieran un nuevo impulso a la creación de instrumentos normativos procesales penales. El Consejo Europeo de 10 de junio de 2009, de hecho, ha sentado las bases sobre las que se ha de elaborar el nuevo Programa de acción en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia para el quinquenio 2010-2015<sup>51</sup>, que ha de aprobarse en diciembre de 2009 y que recibirá el nombre de «Programa de Estocolmo» –en sustitución del «Programa de La Haya»–. En el documento de trabajo aprobado se lamenta la previa falta de consenso para aprobar, entre otras iniciativas, la Decisión Marco sobre los derechos procesales del imputado y se insiste en la necesidad de avanzar en la protección de las garantías procesales en el ámbito penal, así como en otros ámbitos. Son, de hecho, muy numerosos los objetivos en materia penal y procesal penal que se han de incluir en el Programa de Estocolmo.

Así pues, seguirá habiendo en el futuro nuevos textos normativos sobre proceso penal de origen europeo, que forzarán a los Estados a modificar sus legislaciones internas. Y, en todos los ámbitos objeto de acción normativa europea, este fenómeno acabará conduciendo, aunque sea lentamente, a una progresiva armonización de los sistemas, que irá cada vez más allá del sector de la cooperación judicial penal internacional.

Resulta en todo caso paradójico comprobar cómo, en la construcción del Derecho Procesal Penal Europeo, el orden de las tendencias ha sido inverso al analizado respecto de los Estados a título individual: el legislador comunitario ha recorrido primero la senda de la eficacia y de la seguridad; y sólo después se ha visto en la necesidad de emprender el camino del refuerzo de las garantías del sujeto pasivo del proceso penal. Lo ha hecho, sin duda, para dotar de mayor legitimidad al espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Pero también ha de hacerlo por necesidad propia de un sistema fundado en el principio del mutuo reconocimiento: la consagración de unas garantías mínimas homogéneas en todos los Estados miembros servirá para reforzar la confianza que es precisa para que pueda seguir usándose el reconocimiento mutuo como instrumento para la actuación de la cooperación judicial en materia penal.

---

<sup>50</sup> El texto está disponible en el Documento COM (2006) 174 final.

<sup>51</sup> Se pueden consultar al respecto los documentos IP/09/894 y MEMO/09/266.

#### 4.2. Reformas procesales penales en clave interna

La europeización del proceso penal no va a ser, ni mucho menos, la única clave para la evolución futura de los ordenamientos procesales penales de los Estados europeos. La acción normativa europea sigue siendo muy sectorial –pues está muy centrada en la cooperación judicial internacional– y afecta sólo de forma indirecta al núcleo de los sistemas procesales penales de cada Estado.

En este sentido, y a modo de ejemplo, para propugnar la supresión en España de la figura del Juez de Instrucción es frecuente encontrar como argumento –entre otros muchos, por supuesto– la necesidad de adecuarnos a la regulación de la mayoría de los países europeos de nuestro entorno, en los que son fiscales quienes dirigen la investigación preliminar. Ahora bien, es evidente que la existencia del Juez instructor no entorpece la cooperación internacional y, sobre todo, es indudable que, si dicho cambio llega a operarse, no será ésta la razón que lo justifique.

En otros términos: los sistemas procesales penales nacionales de los países europeos siguen teniendo abiertos frentes de reforma y éstos, en la gran mayoría de los casos, no están vinculados con la actividad legislativa europea en este ámbito. Antes bien, cada Estado se enfrenta a realidades delictivas muy diversas y sigue contando con una mentalidad y una tradición jurídica propias.

De antemano, debe reconocerse que no existe en Europa occidental un modelo de proceso penal que pueda considerarse mínimamente común o predominante. En Francia, se conserva aún la institución del Juez de Instrucción –aunque con una incidencia práctica muy limitada– y rige el principio de oportunidad. En Alemania, la instrucción la dirige un Fiscal –gubernativamente dependiente– y el ejercicio de la acción está formalmente sujeto al principio de legalidad –aunque con un margen para la oportunidad reglada que, en la práctica, impide ser categórico a la hora de calificar el sistema respecto de esta variable–. En Italia, la instrucción está encomendada a un Fiscal políticamente independiente, que ha de decidir acerca del ejercicio de la acción penal con arreglo al principio de legalidad. En Inglaterra, la investigación de los delitos está en manos de la policía y la decisión de acusar se rige por el principio de oportunidad, aunque está en manos de una institución –el *Crown Prosecution Service*– que dista mucho de asimilarse al Ministerio Fiscal. Y, por supuesto, en España nos hallamos con un sistema de instrucción judicial y de principio de legalidad, que ofrece cada vez mayores concesiones –a menudo encubiertas– a la oportunidad.

En definitiva, no existe un modelo común de proceso penal, ni tampoco existe un modelo preponderante, por mucho que puedan apreciarse semejanzas externas entre unos ordenamientos y otros. Y tampoco son las mismas las necesidades de reforma que deben atenderse en cada país.

Esto conduce a que, en clave interna, los problemas que preocupen a cada legislador nacional sean muy distintos. Se trata de algo evidente en España, donde la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal no admite demora. Los temas nucleares de la reforma procesal penal española son, sobre

todo, dos: la atribución de la dirección de la investigación a la Fiscalía o la pervivencia del Juez de Instrucción, por un lado; y la apertura al principio de oportunidad y a modalidades alternativas de reacción ante el delito (como la mediación penal), de otro. Y se trata de cuestiones que ya no son problemáticas en otros países, pero que se enfrentan a preocupaciones diferentes –algunas de ellas ya superadas para nosotros–.

Así, en Inglaterra, la principal preocupación en el momento actual se centra en poner coto a la actual dispersión normativa y en lograr la elaboración por primera vez de un Código de Proceso Penal<sup>52</sup>, para lo cual se ha puesto en marcha la iniciativa de las *Criminal Procedure Rules*, que empezaron a elaborarse en 2005 y que, desde entonces, se van incrementando progresivamente<sup>53</sup>.

En Alemania, sigue siendo objeto de preocupación la posición del imputado durante la fase de investigación preliminar y buena parte de las propuestas de reforma van encaminadas a tratar de reforzarla: se propone, v.g., informarle antes de la existencia de la investigación, o dar un mayor protagonismo a su abogado durante interrogatorios y declaraciones, así como permitirle un mayor acceso al expediente. También se están formulando propuestas de reforma para avanzar por la senda de la negociación entre acusado y Fiscal como cauce para llegar a la sentencia penal<sup>54</sup>.

En Francia, en cambio, sigue abierto el debate acerca de la supresión de la figura del Juez de Instrucción, según se vio antes. Pero el *comité Léger* ha formulado propuestas en ámbitos muy distintos a éste: entre otros aspectos, se quiere simplificar el procedimiento y unificar la fase de investigación; se quieren reforzar los derechos del imputado y del detenido, así como los de la víctima; se plantea suprimir el secreto del sumario; y se plantea limitar los poderes del presidente del tribunal durante el juicio oral.

Puede apreciarse, a modo de conclusión final, que son las necesidades internas de cada Estado las que han de marcar la pauta predominante en la evolución y reforma legal de cada sistema procesal penal<sup>55</sup>. Y en todos los casos se aprecia cómo, tras los impulsos reformadores, laten las tres tendencias analizadas en las páginas anteriores: la defensa de las garantías del sujeto pasivo del proceso penal, el refuerzo en la tutela de la víctima y la mayor eficacia del sistema de persecución penal. Lograr el equilibrio entre todas ellas resulta complicado, pero esforzarse en alcanzarlo ha de ser la pauta que debería guiar en todos los casos las reformas futuras, si quiere que sean sensatas, que puedan perdurar y, sobre todo, que representen verdaderos avances para las sociedades europeas.

---

<sup>52</sup> Cfr. DARBYSHIRE, P., “England and Wales”, cit., págs. 159-160; también apunta cómo existen tendencias de reforma a favor de seguir reforzando la posición de la víctima en el proceso.

<sup>53</sup> Una versión actualizada de las *Rules* puede consultarse en la siguiente dirección: [http://www.justice.gov.uk/criminal/procrules\\_fin/](http://www.justice.gov.uk/criminal/procrules_fin/)

<sup>54</sup> Cfr. HUBER, B., “Germany”, cit., págs. 354-364.

<sup>55</sup> Cfr. VOGLER, R., *A World View of Criminal Justice*, cit., pág. 285.