

POLÍTICA CRIMINAL, DOGMÁTICA PROCESAL PENAL Y PRAGMATISMO

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

Catedrático de Derecho procesal. Universidad Jaume I de Castellón

A mi querido colega Luis Arroyo
algo más que un buen amigo.

I. Política criminal y proceso penal

No tengo ninguna duda que el Derecho procesal penal debe tener su propia política, sin confundirla con la sustantiva (Política criminal), pero integrada en ella, y tampoco tengo ninguna duda que el Derecho procesal penal debe tener también su propia dogmática, en correspondencia igualmente con la sustantiva. El problema es que, si existen, no se ven, y no se ven porque en lo procesal el pragmatismo ha inundado todos los terrenos posibles, llegando a desfigurar incluso muchas de las esencias de los principios constitucionales de mayor relevancia en el proceso penal. Vayamos por partes.

La norma penal explica desde hace mucho tiempo su existencia, y no digamos ya su reforma, desde el punto de vista de la Política criminal. Pero modernamente se ha intentado construir el Derecho penal considerado en su conjunto, con gran éxito, desde los puntos de vista de la Política criminal¹.

¿De qué estamos hablando exactamente cuando nos referimos a la Política criminal? No es fácil contestar a esta pregunta porque ante su enorme desarrollo a partir de los años 70 del siglo pasado, la doctrina discute todas las cuestiones fundamentales que le afectan, y son muchas, hasta su propia justificación. Existe un acuerdo generalizado en entender que la Política criminal no es una ciencia política, sino una

¹ Es fundamental la obra del gran penalista alemán ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (2.ª ed.), Ed. De Gruyter, Berlín 1973 (trad. española de la 1.ª ed.: ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. de Muñoz Conde), Ed. Bosch, Barcelona, 1972, *passim*).

ciencia penal, más cercana a la Criminología que al Derecho penal al no ser normativa, consistente en el conjunto de principios, extraídos de la investigación empírica del delito y de la pena, que orientan la actividad del Estado en su lucha contra el crimen². Por eso la Política criminal es la parte de la política jurídica del estado que atiende a la (administración de) Justicia penal³, es decir, al Poder Judicial que se ocupa del enjuiciamiento del crimen y de su autor⁴.

Su finalidad principal es explicar los fines del sistema penal y los límites que tiene el *ius puniendi* del Estado, de manera que, con los instrumentos que le son propios proponga soluciones para los problemas sociales que en el ámbito del Derecho penal se susciten. Su fin último es por tanto la defensa de la sociedad, manteniendo la paz social y logrando la convivencia pacífica entre los ciudadanos que la conforman⁵. Pero no a cualquier precio, puesto que la lucha contra la criminalidad en la actualidad solo puede tener lugar en el marco del Estado de Derecho⁶.

En la Política criminal actual es más importante el factor político que el criminal, de manera que prevalece la aplicación de la Justicia penal sobre la lucha contra el crimen, pero no ha sido siempre así⁷.

² En origen separada del Derecho penal. LISZT, F. von/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (25.ª ed.), Ed. de Gruyter, Berlín 1927, pp. 12 ss., dijo que «el Derecho penal constituye el límite que la Política criminal no puede traspasar».

³ ZIPF, H., *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch* (2.ª ed.), Ed. C. F. Müller, Heidelberg 1980, p. 6, la define, en sentido estricto, como «la gestación y ejecución de las ideas directrices (*Ordnungsvorstellungen*) en el ámbito de la Justicia penal».

⁴ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 58. Vide también ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General* (trad. Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal), Ed. Civitas, Madrid 1997, pp. 223 ss. Para este autor es «el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad, así como de las sanciones», de ahí que los principios que limitan el ordenamiento jurídico penal, como los de culpabilidad o *nullum crimen sine lege*, formen parte también de la Política criminal.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Anexo. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, en ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., p. 98. Vide también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (2.ª ed. Ampliada y actualizada), Ed. Euris, Buenos Aires 2010, pp. 63 ss.

⁶ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., p. 70.

⁷ Véanse COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General* (5.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 128 y 129; MIR PUIG, S. (2002), *Derecho penal. Parte General* (6.ª ed.), Ed. Reppertor, Barcelona 2002, pp. 57 y 58; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2002), *Derecho penal. Parte General* (5.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 206 ss.; QUINTERO OLIVARES, G. (2002), *Manual de Derecho penal. Parte General* (3.ª ed.), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 219 ss. Véanse también LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (3.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 29 ss.; y ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte General* (3.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 49 ss.

En definitiva, estamos hablando de Política, naturalmente, pero no de un concepto de política concreta, es decir, la que gobierna, administra o decide, sino de la política en sentido general que se aplica a la delincuencia; y tampoco hablamos de cualquier política, sino solo de la del Estado. En otras palabras, Política criminal es aquella parte de la Política general que se ocupa de la delincuencia, de la criminalidad y de su tratamiento⁸.

Traducido al Derecho procesal penal deberíamos hablar de Política procesal penal, o de Política judicial penal, pero esta última denominación sería un error y no solo lingüístico (el Poder Judicial no hace política), porque el análisis de la delincuencia debe incluir el de su enjuiciamiento. Es mejor pensar, por ello, que la expresión Política criminal engloba tanto al Derecho penal sustantivo como al Derecho procesal penal.

La Política criminal ha sufrido históricamente una enorme evolución. Al principio era totalmente opuesta al Derecho penal, como hemos visto, pero hoy está plenamente integrada en él. No es preciso detenerse en su análisis histórico⁹. Baste con afirmar, pensando en el proceso penal, que una Política criminal, en el sentido expresado, que quiera ser hoy relevante, debe tender por ello más al control de lo público, es decir, a fijar con claridad los límites de actuación de las autoridades públicas de persecución del delito y del juzgador y al respeto de las garantías procesales de los investigados y acusados, es decir, al desarrollo de su protección constitucional, que a la mera transmisión neutral de un pensamiento social. Ésta es la única orientación posible, en mi modesta opinión, de una verdadera Política procesal criminal en estos momentos¹⁰.

Este tema es muy importante para nosotros, pues sin que se pueda decir que el Derecho procesal penal sea totalmente ajeno a la Política criminal, ya que sería falso como veremos, insisto, sí podemos afirmar con certeza que está muy alejado de ella en comparación con el Derecho penal.

⁸ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant Blanch, Valencia 1999, p. 237.

⁹ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., pp. 17 ss.

¹⁰ La Política criminal que importa hoy en día es, a mi juicio, la valorativa, es decir, aquella que pretende participar e influir en la construcción dogmática de un sistema de enjuiciamiento criminal basado en los valores, integrador de los principios y garantías formales y prácticos del mismo, *vide* ROXIN, C., *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, Ed. UBIJUS, México 2008, p. 19; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Política criminal en la Dogmática, algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, en Silva Sánchez, J. M. (Ed.), «Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin», Ed. J. M. Bosch, Barcelona 1997, p. 23.

Si contemplamos los problemas más graves que actualmente tiene el Derecho penal, por ejemplo, la enorme expansión del mismo en la actual sociedad del riesgo globalizada¹¹, particularmente a través de la creación de numerosos delitos de riesgo¹², la presencia de la Política criminal es constante, hasta tal punto que el Derecho penal se está convirtiendo no en una barrera infranqueable, sino en un instrumento de la Política criminal¹³. Y es esta Política criminal precisamente la que causa la expansión del Derecho penal¹⁴.

Un deber esencial de la Política criminal del Estado es que el legislador regule los tipos penales necesarios para luchar contra la criminalidad de la globalización de manera coherente con su propio sistema de Derecho penal ya existente, es decir, con el llamado Derecho penal clásico. Esto significa, y aquí entra la Dogmática, a la que más adelante me referiré en un sentido más general, que los tipos deben responder a los mismos valores y principios, regulen la acción típica que regulen. Ciertamente, esta característica ontológica¹⁵ debería llevar a confirmar el carácter supranacional de la ciencia del Derecho penal¹⁶, pero el hecho evidente hoy es que no es posible una construcción ontológica de todo el Derecho penal, sino tan solo de una parte o de varias partes del mismo, o lo que es lo mismo, de existir una parte general del Derecho penal de la globalización, será distinta a la parte general del Derecho penal clásico, con lo que habrá, al menos, dos políticas criminales distintas¹⁷.

¹¹ Vide MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid 2001, pp. 44 ss.

¹² Vide GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 41 ss.

¹³ Basándose en la conocida frase de von Liszt, le pone la guinda HASSEMER, W., en Wassermann, R. (Hrsg.), *Reihe Alternativkommentare. Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Ed. Luchterhand, Neuwied 1990, § 1, número marginal 481, p. 133.

¹⁴ Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (2.^a ed.), Ed. Civitas, 2001, Madrid (reimpr. de la 2.^a ed. ampl., con el mismo título, por Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006, que es la que citamos aquí), pp. 91 ss. Y no sería el único ejemplo a poner, pues cabría hablar también de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, v. los razonamientos de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 25 ss.

¹⁵ Es decir, esencial, en tanto viene referida a la razón de la existencia del Derecho penal y a la fundamentación de las normas que lo conforman, a lo más profundo del Derecho penal, en suma.

¹⁶ Que proclamara von Liszt, cit. por PERRON, W., *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 109, 1997, cuaderno 2, p. 282, nota 6.

¹⁷ Y esto genera muchos y muy graves problemas, puestos de manifiesto por SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 95 a 109.

Obsérvese por tanto que, respecto a la criminalidad de la globalización, principalmente la criminalidad organizada, además de contribuir de forma clara a la expansión del Derecho penal, se le somete a medidas penales más represivas. La gran pregunta es si con ello el Derecho penal no estará cumpliendo tareas que en absoluto le competen, cual la de transformar los principios que estructuran organizativamente la sociedad. Si ello fuera así, la Política criminal para luchar contra la criminalidad de la globalización estaría haciendo un flaco favor al Estado de Derecho, porque significaría la consagración de la llamada «tolerancia cero», lo que repele al principio de proporcionalidad¹⁸.

Los procesalistas tenemos también un problema grave con la Política criminal, porque tampoco existe, y si existe nadie la ha visto. Los distintos gobiernos no saben lo que es o actúan como si no lo supieran y, en definitiva, carecemos de rumbo interpretativo de las necesidades sociales, para saber en qué está fallando el Derecho procesal penal y cambiar la situación. A no ser claro, que se considere que la Política criminal va implícita en la Dogmática¹⁹, lo que no es correcto científicamente. Al Derecho penal le pasa lo mismo, pero no en la teoría, sino en la realidad. En la teoría todos la entienden y la explican muy bien, pero en el día a día del Ministerio de Justicia es invisible, nadie ha visto o ve, ni siquiera en las numerosas reformas penales habidas desde 1995, una Política criminal del gobierno coherente, fundada, sistematizada y fructífera, a lo sumo se intuyen en las reformas meros retazos de algún aspecto criminal concreto que le afecta.

Pues bien, dicho esto, observo que la doctrina penal sustantiva hace ya muchos años que cree que la Política criminal debe influir en la dogmática, caminando juntas²⁰. Esto significa que la construcción del sistema penal, basado en dogmas o principios, debe tener en cuenta la valoración político-criminal de los mismos. La doctrina pone como

¹⁸ Véanse HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 329; DONINI, M., *El Derecho penal frente al «enemigo»*, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derecho penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión», Ed. Edisofer-Euros-B de F, Buenos Aires, 2006, vol. 1, p. 614; JAKOBS, G., *¿Derecho penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derecho penal del Enemigo...», cit, vol. 2, p. 109 (publicado también en la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 2006, núm. 7, pp. 277 ss.); Romeo Casabona, C. M. (ed. lit.), *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, Ed. Universidad de Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos, Tenerife, 1997; y PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 57.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., *La relación entre Sistema del Derecho penal y Política criminal. Historia de una relación atormentada*, Ed. UBIJUS, México 2008, p. 26.

²⁰ ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., pp. 43 ss.

ejemplo la relación que debe haber en teoría entre el principio de legalidad del delito y la función preventiva general del delito en concreto, vinculando la formulación teórica de la parte general con las necesidades reales de la parte especial. Otro ejemplo sería la relación que debe haber en teoría entre los principios de política social, como el principio de proporcionalidad, y la realidad de las causas de justificación, como la legítima defensa.

Para el procesalista ello debe tenerse en cuenta también, e igualmente desde el punto de vista teórico, ¿o es que no existe relación alguna entre el principio de necesidad u oficialidad, aquel en virtud del cual descubierto un hecho aparentemente delictivo debe abrirse una investigación criminal, y las alternativas a la persecución en manos del Fiscal por razones de política social, como la decisión de no perseguir los delitos bagatela?

El problema es que, en la realidad, cuando se anuncian grandes reformas, tanto penales como procesales penales, no se explicitan las razones de Política criminal que llevan a ellas en concreto. No se explica ni justifica desde la Política criminal por qué determinadas conductas que antes eran meros ilícitos administrativos, o sencillamente nada, ahora son delito, en contra del principio de intervención mínima. Simplemente se dice que la sociedad está alarmada o temerosa y solo por ello se introduce el nuevo tipo penal, sin pensar si el Derecho penal de toda la vida y la Dogmática construida en torno a él pueden asumir tales novedades. Tampoco se explica ni justifica desde la Política criminal por qué mientras el Derecho penal se amplía, el Derecho procesal penal se reduce o contrae a efectos de conseguir a toda costa disminuir la sobrecarga judicial evitando que el proceso penal tenga lugar, no solo en su fase de juicio oral, sino cuanto antes mejor, diciendo solo que la insostenible sobrecarga obliga al legislador a tomar esas medidas²¹. Y no digamos cuando se afirma que la barbarie de la criminalidad organizada obliga a restringir garantías procesales, como el derecho de defensa, por ejemplo.

No, la realidad muestra que por parte del gobierno no hay Política criminal en España, ni en Derecho penal, ni en Derecho procesal penal, y si algo de ella hay, es tan vago y general que resulta irrelevante o carece de consecuencias prácticas. Afirmar que la Política criminal está implícita en la Dogmática es quitarse el problema de encima por la vía

²¹ He dedicado recientemente una amplia monografía al tema, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho procesal Penal*, cit., *passim*.

rápida, porque ello obligaría a un meritorio trabajo de deslindamiento, que nadie está dispuesto a hacer en las instancias oficiales.

Por consiguiente, la Dogmática sigue huérfana y el resultado que cabe esperar son leyes defectuosas, poco duraderas y que suelen crear más problemas que resuelven.

Defiendo aquí por esta razón la necesidad de recuperar la Política criminal para la reforma integral de nuestro proceso penal y que ella se manifieste expresamente en la actuación legislativa del gobierno. En mi opinión, debería hacerse desde estas cinco perspectivas:

1.^a Considerar el proceso penal incardinado en un todo jurídico formado por las Ciencias Penales en su conjunto, de manera que se tomen en consideración a la hora de redactar la norma procesal, tanto la Política criminal, como la Dogmática, como el Derecho penal y la Criminología.

2.^a Decidir qué líneas generales conectan mejor con el anhelo de la ciudadanía de Justicia penal en el siglo XXI. Al pueblo, en mi modesta opinión, le trae sin cuidado si el modelo por el que opta nuestra nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal es el anglosajón, el alemán o si finalmente es una evolución propia sin copia de sistema extranjero alguno, pero a la altura internacional exigida. Eso no le importa. Lo que le importa de verdad es que el proceso penal sirva para hallar la verdad y dictar una sentencia justa, sobre todo, para absolver al inocente.

3.^a El Gobierno debe presentar un proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal propio de un Estado de Derecho, la base de toda Política criminal de una democracia. Esto significa fortaleza de las instituciones públicas de persecución del crimen y, en perfecto equilibrio, firmeza en la defensa de los derechos de los ciudadanos implicados, particularmente de su dignidad, evitando que la obligada sujeción a un proceso penal hasta su final les pueda victimizar, especialmente si al final son declarados inocentes.

4.^a La investigación del crimen debe estar presidida por la eficacia y eficiencia, por un lado, y por otro el respeto al principio que afirma que no se puede investigar la verdad a cualquier precio. La sociedad no discute el uso de las nuevas tecnologías en la investigación del delito, al contrario, las aplaude, siempre que no se traspasen los límites que los principios reconocidos en nuestra Constitución fijan para garantizar un enjuiciamiento justo. El aumento del intervencionismo público, si los traspasa, se sitúa fuera de la Política criminal, sin duda alguna.

5.º Finalmente, no es posible que un grupo civilizado de personas determine el proceso penal como medio de equilibrio social frente a la perturbación de la convivencia pacífica y el quizás enorme daño a la víctima que implica el delito, y que luego el gobierno interprete que lo mejor que puede pasarle a esa sociedad es que el proceso no tenga lugar y se rodee de sucedáneos para evitarlo, especialmente si esos sucedáneos implican renunciadas a derechos fundamentales de primera magnitud en el proceso penal. Cae por ello fuera de la Política criminal un uso desmesurado del principio de oportunidad, y el gobierno muestra su desprecio hacia él si propone su generalización.

Si estas reglas de Política criminal están claras, la construcción con ellas de los principios del nuevo proceso penal será muy fructífera. Esta tarea, reservada a la Dogmática jurídico-procesal penal, facilitará sin duda la interpretación, sistematización y crítica de las normas procesales penales, y obligará al legislador a idear nuevas instituciones y nuevos instrumentos procesales penales para adecuar la realidad a la necesidad social, marchando juntas de la mano todas las ciencias penales en su conjunto. No debe pensarse que esta relación vaya a ser siempre idílica, tampoco en el Derecho penal sustantivo²², de hecho, será conflictiva en muchos puntos.

En definitiva, la Política criminal está ausente en España en nuestra realidad y la Dogmática no existe, porque el proceso, todo él, está condicionado por esa misma realidad: Solo se ve, y por ello solo importa (negativamente), su larga duración, su ineficacia, su ineficiencia y su carestía, y eso es lo que de verdad afecta al gobernante, lo que le da o le quita votos. Por eso, y por ejemplo, a la expansión del Derecho penal no ha seguido la expansión del Derecho procesal penal.

II. Dogmática y proceso penal

Acabamos de ver cuál es la máxima preocupación del Derecho penal actual, no solo en España, a saber, su enorme expansión. Debemos preguntarnos ahora qué ha hecho hasta el momento presente el Derecho procesal penal, particularmente el español, para resolver esta cuestión. La pregunta es absolutamente necesaria, no solo porque ésta es

²² Vide HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal* (trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Ed. Bosch, Barcelona 1984, p. 195.

una exposición básicamente de Derecho procesal penal, sino también porque no puede ignorarse la realidad de la necesaria interacción que debe existir entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, pues todos los cambios de relevancia que se producen en el Derecho penal, deben repercutir forzosamente en el Derecho procesal penal.

El Derecho procesal penal y el Derecho penal tienen además un marco de referencia del que carecen el Derecho procesal civil y el Derecho privado. Ese marco viene dado por el hecho de que el Derecho penal únicamente puede ser cumplido y satisfecho a través del proceso penal, mientras que en el ámbito privado el cumplimiento de las leyes se realiza mayoritariamente fuera y sin necesidad del proceso. Esto lleva indefectiblemente a la obligatoriedad de tener que marchar juntos de la mano el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal.

Al estar en juego la libertad de un ser humano, ese marco de referencia tiene un refuerzo basado en la dignidad humana, que hace a ambos Derechos más conjuntados que en los demás órdenes jurisdiccionales con relación al ejercicio de sus derechos materiales básicos. Ese refuerzo no es otro que el Estado de Derecho²³, pues si el Derecho penal se ha configurado para reprimir conductas delictivas, el Derecho procesal penal lo ha sido para enjuiciar justamente (el proceso debido anglosajón, es decir, el propio de una democracia de acuerdo con sus principios constitucionales) y garantizar la libertad del inocente, respetando la dignidad de la persona acusada.

La realidad sin embargo es muy otra en los procesos penales de las democracias de corte occidental, no solo de la española. La misma nos muestra que el Derecho penal va por un lado y el Derecho procesal penal por otro²⁴. En lo que a nosotros afecta, la expansión del Derecho penal sustantivo no ha causado ninguna mella en el Derecho procesal penal, salvo que indirectamente haya repercutido en la sobrecarga de

²³ HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (trad. Ziffer), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1995, p. 79; DONINI, M., *El Derecho penal frente...*, cit., en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 1, p. 681; KINDHÄUSER, U., «Retribución de la culpabilidad y prevención en el estado democrático de Derecho», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 2, p. 162; SCHÜNEMANN, B., «¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la Administración de Justicia Penal y de su insostenible desatención teórica», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 2, p. 969.

²⁴ DONINI, M., *Diritto penale di lotta vs. Diritto penale del nemico*, en Gamberini, A./Orlandi, R. (Dir.), «Delitto politico e delitto penale del nemico», Ed. Monduzzi, Bologna 2007, p. 136; SCHULZ, L., «Ficciones de una ficción. El Derecho penal de Jakobs para enemigos», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 2, p. 955.

los tribunales penales, el gran y al parecer único problema para el legislador. Varias razones se dan:

a) La primera es la aparente falta de base dogmática del Derecho procesal penal. Esto debe aclararse conceptualmente porque decir sin más que el Derecho procesal penal carece de dogmática es un error. Dogma tiene tres sentidos: Equivalente a verdad inmutable, equivalente a principio sustancial que sostiene una estructura jurídica, y equivalente a conocimiento de lo esencial para construir un sistema jurídico concreto²⁵.

Si hablamos de verdad inmutable, en el Derecho penal no hay ninguna, no estamos ante una religión, sino ante una parte del ordenamiento jurídico.

Si nos referimos a los principios esenciales, tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal los tienen, esto es indiscutible y, por tanto, ambos son partes dogmáticas del ordenamiento jurídico, que a su vez es dogmático.

Pero si hablamos de sistema, es decir, de una construcción interpretativa del contenido de los principios, de manera tal que se llegue a un conocimiento real de la rama del Derecho en cuestión, el Derecho penal va muy por delante del procesal penal²⁶, porque el Derecho penal acoge como intangibles sus rígidos principios, mientras que el Derecho procesal penal los va modificando en función de las circunstancias, porque atiende a la práctica y afronta las soluciones pragmáticamente.

Pondré un ejemplo para demostrarlo: Si analizamos el principio de legalidad penal y a continuación observamos el principio de oportunidad procesal, nadie debe tener ninguna duda que el Derecho penal se construye en torno a la dogmática jurídico-penal, mientras que el Derecho procesal penal se construye en torno a las exigencias de la realidad, en la que y, sobre todo, la práctica pueda encontrar las bases de solución del problema real concreto y una orientación segura para decidir justamente.

Pero esto no quiere decir que no existan intentos de dogmatizar la ciencia jurídico-procesal penal. De hecho, un buen procesalista tendría

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1975, p. 118. Véase también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Reivindicación de la (buena) dogmática», en De Vicente Remesal, J., *et alii* (Dir.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Ed. Reus, Madrid 2020, t. I, pp. 130 ss.

²⁶ Desde el principio, no solo ahora, v. los antecedentes históricos de la Dogmática en JESCHECK, H.-H., «Nueva Dogmática penal y Política criminal en perspectiva comparada», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1986, tomo 39, vol. 1, pp. 10-12.

que intentarlo siempre, porque a través de los principios esenciales debería poder construirse un proceso penal en donde todo estuviera en su sitio, en el que cada institución respondiera a una necesidad.

Y esa dogmática del Derecho procesal penal, como la del Derecho penal, obviamente, tiene que gozar de ideología, la ideología democrática, pues debe servir para fortalecer al Estado de Derecho²⁷.

b) La segunda razón es la constatación de problemas propios muy graves que impiden al Derecho procesal penal pensar en cosas distintas, es decir, en adaptarse dogmáticamente al Derecho penal.

La Dogmática exige interpretación, sistematización y crítica²⁸. Por muy grave y trascendente que sea un problema que, obviamente, hay que resolver, nada puede impedir su interpretación, sistematización y crítica para incardinarlo en el dogma. En España, siguiendo a Alemania desde principios del siglo XX, el Derecho penal así lo viene haciendo²⁹. Pero en Derecho procesal penal parece que ello no es así.

No es que no existan reformas que ignoren el Derecho penal. Las hay, y relevantes. La regulación procesal penal del enjuiciamiento de una persona jurídica sería el ejemplo reciente más importante, aunque no se haya hecho ni al mismo tiempo, ni bien³⁰.

No, lo que ocurre es que, ante la falta de credibilidad de la Justicia penal entre la ciudadanía, la sobrecarga ocupa un lugar prioritario, y reducirla o eliminarla es por ello una imperiosa exigencia no conseguida a pesar del aluvión de reformas al respecto que hemos tenido desde 1978. Y en la interpretación, sistematización y crítica de esa sobrecarga se nota la falta de dogmática jurídico-procesal penal. No se piensan las reformas, se reacciona en caliente y solo cuenta la venta política del producto.

Hoy esos problemas propios tan graves se reducen a evitar el juicio oral como sea, por varios caminos, todos ellos centrados en una extensión alarmante del principio de oportunidad, que es contrario directa-

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *La relación entre Sistema...*, cit., p. 16.

²⁸ Véase ampliamente MUÑOZ CONDE, F., *Introducción...*, pp. 139 ss. También, ROBLES PLANAS, R., «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *Revista de Derecho penal* (Argentina) 2010, núm. 2, pp. 185 ss.; y PERRON, W., «La Administración de Justicia penal europea y transnacional como desafío para una dogmática de Derecho Penal moderna», *Cuadernos de Derecho penal*, 2018, enero-junio, pp. 47 ss.

²⁹ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1982, pp. 272 ss.

³⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance Programs)», en Gómez Colomer, J. L. (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 26 y 27; y GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 222 ss.

mente al principio sustantivo de legalidad, pero que se asume como inevitable ante la realidad.

c) La tercera razón es el realismo práctico que nos invade y ata. Somos los bomberos del Derecho, como he tenido oportunidad de afirmar ya en otro lugar³¹. Y es verdad, porque esa realidad a la que acabo de hacer referencia nos convierte en caldo adecuado para la improvisación, no para el estudio y el conocimiento, lo que hace si no imposible, sí muy difícil un análisis dogmático del proceso penal.

Muchas veces ha sido la esterilidad de la propia Dogmática penal sustantiva la que nos ha llevado a realidades procesales impensables e inasumibles³². Toda Dogmática que esté alejada de la Política criminal es vacua, pero toda Dogmática y toda Política criminal que no estén orientadas a resolver los problemas de los ciudadanos, a ayudarles en alcanzar la meta Justicia, en definitiva, es estéril³³.

El imperio de la razón pragmática es en cierta manera comprensible, no lo niego. Cuando el terrorismo azotaba España, la preocupación era luchar jurídicamente de la forma más eficaz posible contra esta atrocidad, por eso se aprobaron tantas leyes en España que desde el punto de vista procesal penal querían conseguir ese objetivo. Ante la ineficacia constatada de la lucha contra la criminalidad organizada distinta al terrorismo tuvo que aprobarse, deprisa y corriendo, la amplia reforma de los actos de investigación basados en el uso de las nuevas tecnologías en 2015, y así un largo etcétera.

Es decir, cuando surgía un fuego, allí estaba el Derecho procesal penal para apagarlo. De poco sirven en estos casos las consideraciones

³¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal penal...*, cit., p. 126.

³² La propia doctrina penal alemana más importante así lo reconoce sin tapujos, por ejemplo, siempre con matices, ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., pp. 57 ss.; SCHÜNEMANN, B., *Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik? Zu Fischers These der «fremden seltsamen Welten» anhand aktueller BGH-Urteile zu Begriff und Funktion der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht*, Goldammer's Archiv 2011, núm. 8, pp. 445 ss.; y GRECO, L., «Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal», *Revista Discusiones* 2008, núm. 8, pp. 177 ss. En España son de citar MUÑOZ CONDE, F., *La relación entre Sistema...*, cit., pp. 12 ss.; y GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid 1990, pp. 140 ss. Discuten el carácter científico de la Dogmática VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal* (2.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 576 y 577; y CUERDA ARNAU, M., «La concepción significativa de la acción v. las pretensiones sistémicas», en VIVES ANTÓN, T. S., *Pensar en libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 22 ss. Véanse también MATUS, J. P., «Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* 2008, núm. 5, pp. 1 ss.; y SCHURMANN OPAZO, M., «¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* 2019, vol. 14, núm. 27, pp. 555 ss.

³³ Claramente, ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., p. 69.

dogmáticas, porque es imposible partir de los principios para construir con base en la ley y en el conocimiento un sistema, si el proceso penal hace aguas por la simple constatación de la realidad.

Esto lleva a una contracción, a una estrechez de miras, a una limitación de progreso jurídico, porque lo único que preocupa oficialmente es: 1.º Reforzar la persecución pública del crimen cada vez con medidas más agresivas; y 2.º Evitar el proceso como sea, incluso ponerle fin cuando antes si ya se ha iniciado.

Es cierto que hay otras cuestiones. Por ejemplo, se ha desarrollado el derecho de defensa, se ha mejorado la situación de la víctima, se ha potenciado la cooperación en la Unión Europea para facilitar enjuiciamientos, pruebas y puestas a disposición de sospechosos en otros países de manera rápida. Pero si nos fijamos, con todo, estas mejoras responden a iniciativas europeas, en donde, ni siquiera con la creación de la Fiscalía Europea³⁴ va a conseguirse articular pronto un proceso penal común a todos los países miembros de la Unión Europea. En resumen, pues, carecemos de Dogmática jurídico-procesal penal.

III. El pragmatismo procesal ante la realidad de la sobrecarga judicial

El resultado de todo ello es, en efecto, que el Derecho procesal Penal, al contrario que el Derecho penal, no se expande, sino que se reduce, se contrae, se aleja de una construcción dogmática amplia e integradora para ceñirse exclusivamente a resolver problemas concretos, cuya gravedad no se discute, pero que carecen de un hilo conductor común, carecen de sistema.

La dogmática jurídico-procesal penal es hoy más necesaria que nunca, pero casi nadie la cultiva, no es atractiva, y sin embargo solo la dogmática explica correctamente la garantía de respeto a los derechos de los ciudadanos que sufren persecución penal frente al todopoderoso estado en una democracia, y solo la dogmática es capaz de explicar por qué el estado debe quedar sometido a un control permanente en el ejercicio de la acusación. Al igual que en el Derecho penal, en el Dere-

³⁴ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (*DOUE* L283/1, de 31 de octubre de 2017); y Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

cho procesal Penal la dogmática tiene también una función legitimadora, porque proporciona a la ciudadanía el conocimiento necesario para que la norma sea aceptada por todos, o al menos por la mayoría³⁵.

Se puede decir que la única y máxima preocupación de nuestra Justicia en la actualidad, en realidad desde hace ya más de 50 años, es la sobrecarga judicial y sus consecuencias. Es la causa principal por la que nuestro proceso penal está tan alejado de la Política criminal y por la que, y no solo por ello, carece de Dogmática jurídica, viviendo en el más absoluto pragmatismo, obligado sin duda por ella.

El pragmatismo es, pues, la verdadera causa de nuestra contracción. El legislador y el operador jurídico se ven constreñidos a él para intentar resolver nuestros problemas por la enorme sobrecarga judicial que padecen nuestros órganos jurisdiccionales penales. No tienen tiempo para pensar. Esa sobrecarga y sus consecuencias son la única y máxima preocupación de nuestro gobierno y de nuestro Poder Legislativo, y sobre ella giran prácticamente todas las grandes reformas penales habidas en nuestra democracia que no se han limitado al desarrollo procesal penal de un derecho fundamental concreto previsto por nuestra Constitución. Obsérvese:

1.º Por un lado, solo se piensa procedimentalmente en acelerar los procedimientos, en los juicios rápidos. Las reformas en España de 1967, 1980, 1988, 1992, 2002 y 2015, por destacar las más importantes, demuestran el fracaso de esta vía.

2.º Por otro, se realizan otras reformas, cuya utilidad ha sido también casi nula, de carácter orgánico (más tribunales y más recursos humanos) e institucional (reinstauración del Jurado, ampliación de la conformidad, etc.).

Hay preocupación política, ciertamente, pues todos los presidentes de gobierno españoles desde la democracia han prometido, normalmente en sus discursos de investidura como consecuencia de estar escrito en el programa con el que han ganado las elecciones o han resultado elegidos presidente, que su Gobierno iba a promover la reforma del proceso penal en esa legislatura aprobando una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hasta ahora, ninguno lo ha conseguido³⁶.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción...*, cit., p. 136; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Exigencia sociales y Política criminal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política criminal y Derecho penal – Estudios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 44 y 45.

³⁶ Veamos ejemplos reales de ello en GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal Penal*, cit., p. 176, nota 234.

3.º Se ha focalizado el eje de la reforma del proceso penal en la figura del Ministerio Fiscal, destacando los intentos, todavía no conseguidos de otorgarle la dirección de la etapa de investigación del delito³⁷.

4.º Finalmente, se quiere evitar que el proceso llegue a su fin a toda costa, favoreciendo y ampliando la vigencia del principio de oportunidad en el proceso penal (alternativas a la persecución, conformidad o justicia negociada y justicia restaurativa). Resulta preocupante y a la par curioso constatar cómo el Derecho penal se mantiene «puro» a toda costa y las «bajezas» se dejan para el Derecho procesal Penal, cuando se piensa en la crisis de la Justicia penal y se proponen medidas concretas de más o menos calado para superarla. El principio de legalidad penal permanece siempre incólume, férreamente fijado, indiscutible e invariable, al menos en sus garantías estrictamente materiales, en suma immaculado, pero la garantía jurisdiccional en que se traduce, por la que se obliga a perseguir los delitos que se consagran en el Código Penal o en leyes penales especiales a través del proceso por un tribunal de justicia, es otro cantar, ya que es posible que sí rijan, o es posible que no, al menos en el ámbito de la criminalidad menos grave y leve, en función de varias circunstancias que atentan o vulneran directamente aquel principio.

En conclusión, apuesto por resolver los grandes y pequeños problemas que en estos momentos tiene planteados el Derecho procesal penal en la realidad a través de una Dogmática correcta y adecuada, en la que la conceptualización, la interpretación y la sistematización de la ley procesal, partiendo de los grandes principios constitucionalizados, ayude al práctico a llegar a una sentencia justa. La alarmante duración del proceso, la insoportable impunidad de los grandes criminales organizados, el aumento injustificado del intervencionismo público en la investigación del crimen, la indefendible privatización de la Justicia penal, etc., encontrarán en la Dogmática con toda seguridad soluciones mejores a las actuales y contribuirán a que nuestro proceso, realmente, sea el constitucionalmente debido.

³⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., «El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán», *Revista Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado - El Consejo Fiscal*, 2001, núm. VI, pp. 97 ss.