

**González-Cuéllar, Nicolás y
Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.):
*Legalidad y defensa. Garantías constitucionales
del Derecho y la Justicia Penal***

Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.
Madrid, 2016, 344 pp.

El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal han adquirido en los últimos treinta años un protagonismo, del que a mi juicio carecían, que se ha traducido en la multiplicación de estudios dogmáticos y también de alcance más práctico, ante un ordenamiento titubeante, mutable, demasiado abierto a la construcción jurisprudencial y en un contexto de multiplicación de procesos penales. Los estudios dogmáticos han tratado de poner orden, definiendo principios y criterios que han de ser rectores de la justicia penal sin duda fundados en la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, lamentablemente, en no pocas ocasiones, apartada o aparcada por algunos actores, por la inmediatez mediática y por no pocos intérpretes audaces.

Dos Catedráticos de enorme prestigio en sus respectivas áreas de conocimiento de la Universidad de Castilla-La Mancha, Nicolás González-Cuéllar y Eduardo Demetrio Crespo, de Derecho Procesal y de Derecho Penal, respectivamente, traducen en esta obra su preocupación por los embates que sufren el principio de legalidad y el derecho de defensa, las garantías más esenciales del Derecho y de la Justicia Penal: “Sin legalidad el castigo se convierte en capricho, sin defensa la sanción deviene arbitraria. Legalidad y defensa son los pilares básicos de la estructura garantista del sistema penal” (p. 13). El debate sobre el alcance y contenido de esas garantías es permanente, entre otras razones porque el legislador penal y procesal penal es, quizás, en exceso cambiante y porque el uso o abuso de la penalización de conductas provoca no pocos sufrimientos insoportables para esas garantías

* Letrado de las Cortes Generales. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

medulares íntimamente ligadas, por cierto, al derecho a la presunción de inocencia. De hecho, los autores parten de una observación, “un preocupante retroceso de las garantías constitucionales que es preciso denunciar. No es casual que la tremenda expansión normativa del Derecho Penal (más delitos) y el aumento de su intensidad punitiva (mayores penas) vayan unidos a un debilitamiento práctico de la tutela de los derechos fundamentales en el proceso penal (menos derechos). Son fenómenos que responden a la misma cultura autoritaria e inquisitorial que, desgraciadamente, comparan amplios sectores sociales y que se expresa en muchas ocasiones en la persecución de los delitos, con la utilización injustificada de la detención y la prisión provisional, el abuso del secreto del sumario, etc.” (p. 14), etcétera en el que también deben reseñarse, el automatismo en la admisión de denuncias y querellas abusivas e infundadas, la prolongación en el tiempo de las instrucciones y el mantenimiento de la condición de investigados, la pena del prebanquillo o del banquillo, el uso de las filtraciones de sumario y tantas más perturbaciones, entre las que destaco la no imposición de costas al denunciante o querellante temerario o vengador.

El profesor González-Cuéllar, grandísimo Abogado, además, titula atractivamente su contribución “El derecho de defensa y la marca de Caín”. Aborda el derecho de defensa desde una perspectiva histórico-jurídica, concretamente desde el Génesis que relata la concesión derecho a la defensa a Caín, a quien Dios desde su sabiduría infinita sabe culpable como conocía también el pecado de sus padres. Ciertamente esa defensa “destinada a la negación de la culpa por quien todo lo conoce es una defensa tan falsa como absurda, salvo como desafío a la divinidad, como vano intento de transformar la realidad de lo sucedido con la sustitución del conocimiento divino por el relato apetecido, lo cual significa la pretensión de igualarse al mismo Dios. Tal defensa sólo puede corresponder al diablo... (por eso) el abogado que colabora con el culpable que niega el delito es, según la tradición expuesta, hijo del diablo” (pp. 28-30)

En los tribunales del Santo Oficio se mantuvo el reconocimiento del derecho de defensa “si bien de manera meramente formal, al convertir al abogado en un funcionario de la institución, de bajo rango, meramente ceremonial y colaboracionista con el objetivo de confirmación de la sospecha mediante la confesión del reo” (p. 30). Las absoluciones eran alto infrecuentes y estaban desprovistas del efecto de cosa juzgada material (p. 34). La sospecha no sólo tenía valor procesal, sino también material: para la imposición de castigos no era necesaria la prueba del delito, pues ante la sospecha también se preveía la aplicación de penas (p. 35). Y, en buena medida, escribe González-Cuéllar la representación social actual de la imputación y del ejercicio del derecho de defensa conserva las resonancias expuestas de asimilación de sospecha y culpa “y también en el castigo del infractor mediante la imposición de una señal en el cuerpo (Génesis IV, 14), la marca de Caín, símbolo de la asunción por la autoridad del monopolio de la sanción frente a la venganza” (p. 38).

En el tiempo presente el debate que se plantea consiste en determinar cómo es posible articular que la marca de Caín no recaiga en el llamado al

proceso para ejercer su defensa y la imputación no equivalga socialmente a condena, es decir en cómo evitar que el proceso cumpla la función “intimidatoria y estigmatizadora” que Ferrajoli opina que prevalece sobre su finalidad de garantía en que lo considera “una moderna estrategia de control penal” que se valdría del enorme impacto, en la actualidad de las noticias sobre las actuaciones judiciales y policiales publicadas en las redes o en los medios de comunicación (p. 41).

El fortalecimiento del derecho de defensa aparece así como necesidad insoslayable e inaplazable que contextualiza González-Cuéllar en el estudio del Anteproyecto de Ley de reforma de la vetusta LECrim y que concreta en estos puntos: la ampliación del derecho de información del detenido o preso respecto de los elementos esenciales de cargo; el derecho a la previa entrevista del detenido con su abogado; la confidencialidad de la comunicación entre el detenido y su abogado; además, la flexibilización del régimen de incomunicación mediante la atribución al juez de la decisión de dosificar las medidas restrictivas del derecho de defensa. Ello, en fin, a la agilización procesal, a la generalización de la segunda instancia y a la modificación del recurso de revisión (pp. 42-50).

Concluye así: “la justicia penal contemporánea es escéptica ante la hipótesis acusatoria, no precisa del reconocimiento del hecho por el acusa y declara la culpabilidad con base en la prueba. Es la sangre que brota de la tierra la materia con la que se dibuja la marca de Caín. La prueba del delito proporciona las palabras con la que se expresa el reproche en la sentencia. Un reproche qué sólo es legítimo si se ha concedido a la defensa la oportunidad de refutar la tesis de la acusación que, siendo humana, sabemos que es falible” (pp. 60-61).

El profesor Demetrio Crespo pone de relieve que las Constituciones contemporáneas contienen un “programa penal” como marco para el legislador, respondiendo así una vieja aspiración (pp. 65-66), de una manera que “los principios constitucionales” se convierten en límites y fines del Derecho Penal (p. 70). Frente al proceso de expansión del Derecho Penal, que tiene su expresión más grosera en el fatídico “derecho penal del enemigo” (p. 73), es necesario rememorar esos principios permanentemente, así como la verdadera “función del Derecho Penal”.

El trabajo del profesor Llobet Rodríguez nos retrotrae al maestro Becaria como origen del garantismo constitucional en el que Derecho Penal y Procesal. La profesora De Vicente Martínez aporta un extraordinario trabajo con título sugestivo “El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?”. El principio de legalidad, cuya formulación latina (“*nullum crimen...*”) popularizó Feuerbach y desarrolló la filosofía de la Ilustración cuando el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Monarca que encarna el Estado, a controlar y participar en el poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio, ha entrado en una profunda crisis profunda en la época actual, crisis que concreta en las sucesivas reformas del Código Penal llevadas a cabo en la segunda mitad de 2003 y que alcanza su mayor cota la innecesaria e inoportuna de 2015. Rotundamente se

manifiesta la profesora De Vicente: “No hay duda de que la ruptura con el principio de legalidad es fruto de la proliferación legislativa y la complejidad de las nuevas materias reguladas que hacen totalmente ilusionaria la aspiración de que todos los ciudadanos conozcan la ley” (p. 122), “la fiebre de reformar por reformar sin importar demasiado el día después” (p. 124). El principio de legalidad penal queda “malparado” por el abuso en la criminalización de conductas que deberían quedar fuera del derecho penal, por la agravación inmotivada de la penalidad y por la introducción de términos en la definición de los tipos que resultan tan abiertos” que permiten su aplicación a cualquier conducta habitual” (p. 125).

Uno de los maestros del Derecho Penal español, el profesor Quintero Olivares deambula por las arenas siempre movedizas del principio de proporcionalidad cuya funcionalidad se vincula a la relación entre el hecho y la pena, por un lado, y a ser la traducción de la medida de la culpabilidad, por otro. Ciertamente el principio de proporcionalidad, que no es exclusivo del Derecho Penal, no está reconocido directamente en la Constitución ni tampoco en la Ley Penal pero tampoco puede mostrar su verdadera utilidad en el ámbito en el que se considera más importante: la previsión legal de penas excesivas y la individualización de la pena. Por más que sea un principio incontestable, de creación jurisprudencial, no es menos cierto que es al legislador al que compete la interpretación para determinar “qué es proporcionado, que clase y cantidad de castigo a imponer a una conducta. Por supuesto teniendo en cuenta los fines que persigue, la razonabilidad de los sacrificios de derechos en aras de ese fin y sí existe un medio menos lesivo para conseguir esos fines. Sin perjuicio de la legitimidad democrática del legislador para concretar la penalidad aplicable, la doctrina debe cumplir –afirma Quintero Olivares– la misión de denunciar las decisiones legislativas por sus excesos o defectos (p. 172), por más que reconozca que la proporcionalidad ideal no existe pues a lo sumo nos ofrece “criterios aproximativos” (p. 173).

La profesora Teresa Armenta, Catedrática de Derecho Procesal y que fuera Profesora de la Escuela Judicial, por la que han de pasar todos los jueces españoles tras superar la oposición, en sus inicios, escribe sobre los “procesos inquisitivo, acusatorio, mixto y adversativo” en lo que constituye una reflexión sobre esos términos, sobre su uso y las descalificaciones de los mismos. El que fuera Magistrado del Tribunal Constitucional y santo y seña del Derecho Procesal contemporáneo, Vicente Gimeno Sendra, con el didactismo que le caracteriza, se adentra en la marginación, en la España actual, del derecho a la presunción de inocencia, tan citado como pisoteado a diario pues sin ninguna actividad probatoria de la que deducir la culpabilidad del sujeto es colocado en la picota “condenado socialmente”.

Como bien dice el profesor Gimeno Sendra, el acotamiento de la actividad probatoria suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria requiere el cumplimiento de las siguientes garantías esenciales: a) la carga material de la prueba incumbe especialmente a las partes acusadoras; b) La prueba debe practicarse en el juicio oral bajo la inmediación del tribunal sentenciador; c) no constituyen actos de prueba los atestados y demás actos de

investigación de la policía judicial; d) el tribunal no puede fundar su sentencia en la “prueba prohibida”; e) no puede el tribunal fundar exclusivamente la sentencia condenatoria en la declaración de coimputados; f) ni en la declaración de testigos indirectos; g) apreciación en conciencia no significa libre arbitrio por lo que el tribunal “debe razonar la prueba” (pp. 205-212).

La profesora Sanz Hermida analiza los derechos y medidas de protección reconocido en el estatuto jurídico de las víctimas del delito, norma que transpone la Directiva 2012/29/UE a nuestro ordenamiento. El profesor Ortiz Pradillo escribe sobre la relevancia inusitada que en la investigación de los delitos ha adquirido el examen y acceso a los dispositivos electrónicos (terminales telefónicos, tabletas...) y a la información localizada en los mismos. El profesor Gimeno Beviá, joven pero sobradamente preparado, “se atreve” con un tema delicado, el de si a las personas jurídicas asisten los mismos derechos que a la persona física investigada, y en razón de ello especula sobre si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y en caso afirmativo, qué derechos le pueden ser atribuidos, en especial los que integren el derecho a la tutela judicial efectiva (pp. 313-333), haciendo especial énfasis en el derecho a la no autoincriminación y el derecho a no declarar.

Un constitucionalista, en fin, en un libro de procesalistas y penalistas, el profesor Díaz Revorio afronta uno de los más importantes para el Derecho Constitucional cual es el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la información, desde la perspectiva de la garantía de la libertad y al tiempo de la garantía del secreto de las comunicaciones y el respeto a la privacidad. Propone construir una nueva dimensión de la privacidad que denomina “intimidad informática”, para concluir haciendo una digresión sobre un nuevo derecho, el de acceso a las nuevas tecnologías, cuyos fecundos avances no pueden servir para imaginar la protección de los derechos fundamentales e incluso, dice, “de las nuevas dimensiones de los derechos que resultan necesidades de protección” (p. 279).

Como, en general, las obras colectivas en torno a un eje central, la que hemos recensionado adolece de los altibajos comprensibles con temáticas más o menos cercanas a la pretensión trazada por los directores. Ahora bien, contiene ejemplares contribuciones, de las que permanecerán en el tiempo, de las que servirán al siempre en alerta legislador penal, al que advierten de los peligros de la aceleración irreflexiva, de la penalización excesiva, de la falta de proporcionalidad, como advierten también al legislador procesal de la necesidad de salvaguardar debidamente los derechos que conforman el que Díez-Picazo calificó de estrella de nuestro firmamento constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva. Sigue siendo imprescindible que desde la academia se mantenga el espíritu crítico en beneficio de las garantías del Estado de Derecho. Desde luego González Cuéllar y los colaboradores de la obra demuestran que siempre estarán con la defensa de esas garantías.