



EDITORIAL
CUSCATLECA

Flavio CARDOSO PEREIRA

Posdoctor en Democracia y Derechos Humanos, Derecho, Política,
Historia y Comunicación por la *Universidad de Coimbra*, Portugal.
Doctor *summa cum laude*, especialista en combate al crimen organizado,
terrorismo y corrupción, *Universidad de Salamanca*, España.
Fiscal del Ministerio Público en Brasil.

EL AGENTE ENCUBIERTO

Desde el punto de vista del garantismo
Procesal penal

Prólogo de
Nicolás Rodríguez García
Universidad de Salamanca



EDITORIAL
CUSCATLECA

San Salvador

Directores editoriales

Henry Alexander MEJÍA
Catedrático de Derecho
Constitucional y Administrativo,
Universidad de El Salvador

Héctor Tulio BAIRES FLORES
Colaborador jurídico
Corte Suprema de Justicia, El Salvador

Consejo científico Colección ciencias penales

Flavio CARDOSO PEREIRA
Doctor *summa cum laude*, especialista en
combate al crimen organizado,
terrorismo y corrupción,
Universidad de Salamanca, España.
Fiscal del Ministerio Público en Brasil.

Patricia FARALDO CABANA
Catedrática de Derecho penal
Universidad da Coruña
Estancias en las Universidades de Bolonia, Milán y
Módena-Reggio Emilia (Italia), Toronto (Canadá),
Cape Town (Sudáfrica) y Albert-Ludwig de Friburgo
(Alemania), Instituto Max Planck de Derecho penal
internacional y comparado de Friburgo (Alemania).

Diagramación: Héctor Baires.

ISBN: 978-99961-931-2. *Copyright* © 2018, San Salvador, El Salvador, Centroamérica.

Edición: Editorial Cuscatleca.

Objetivos de la colección:

La colección ciencias penales de Editorial Cuscatleca publicará obras científicas relevantes para desarrollar y fortalecer los sistemas jurídicos iberoamericanos.

Aviso para el amable lector

Estimado lector o lectora: el libro que tienes en tus manos es un esfuerzo del autor y de la editorial por llevar cultura e instrucción a un *precio razonable*. En consecuencia, más que apelar a los derechos de autor, lo hacemos a tu *solidaridad y capacidad de pago*, para evitar que de éste libro se saquen fotocopias ilegales.

Primeramente, agradezco a Dios, mi guía.

También a mis padres Regis y Vânia y a mi hermano Marcelo,
con inmensa gratitud por todo.

Del mismo modo a mi amada esposa Virginia y mis dos tesoros, Fabricio y Gabriel,
gracias por la paciencia.

Agradezco de forma muy especial a mi director de tesis doctoral,

Dr. Nicolás Rodríguez García por su amistad y dedicación.

He aprendido con usted las cualidades que deberán ser desarrolladas por un investigador de las ciencias jurídicas, muy especialmente la persistencia y la responsabilidad intelectual. Gracias por todo.

Por fin, debo manifestar mi gratitud a los profesores,

Dr. Eduardo Fabián Caparrós, Dr. Eugenio Pacelli, Dr. Luis Greco y Dr. Marcellus Polastri por haber confiado siempre en mi capacidad y fuerza de voluntad.

ÍNDICE

Prólogo.....	13
Introducción.....	17

CAPÍTULO I

LOS DESAFÍOS DEL PROCESO PENAL CONTEMPORÁNEO

I.1. La paradoja: eficacia del <i>ius puniendi versus</i> garantías y derechos fundamentales del imputado. La necesidad de un proceso penal equilibrado.....	23
I.1.1. Tensión dialéctica de fuerzas y proceso penal.....	23
I.1.1.1. Criminalidad de los nuevos tiempos y la crisis del Derecho procesal penal.....	23
I.1.1.2. La tensión de fuerzas: garantías <i>versus</i> eficacia	32
I.1.2. Armonía procesal penal: un objetivo para conciliar la eficacia y las garantías.....	41
I.1.2.1. La función primordial del proceso penal.....	41
I.1.2.2. ¿Es admisible una persecución sin límites en la búsqueda de la eficiencia penal o debe prevalecer un equilibrio procesal penal?	48
I.2. Eficiencia y garantías como vertientes del proceso penal equilibrado.....	55
I.2.1. La abusiva instrumentalización de las garantías. Un peligro inminente a la preservación de la seguridad pública.....	55
I.2.2. “Eficiencia penal”: un concepto importante.....	64
I.2.3. La armonización de fuerzas y la búsqueda por un proceso penal equilibrado: una solución ideal	68
I.3. El garantismo y la lucha contra el crimen organizado. La posible compatibilización de las garantías y la eficacia del derecho de castigar estatal	74
I.3.1. Consideraciones generales respecto a la delincuencia organizada	74
I.3.1.1. Evolución histórica y desarrollo como fenómeno criminal.....	74
I.3.1.2. El concepto de delincuencia organizada. Una cuestión controvertible.....	80
I.3.1.3. Principales rasgos característicos.....	87
I.3.1.4. Breves apuntes sobre el tratamiento jurídico de la criminalidad organizada	90
I.3.1.4.1. Medidas de Política-criminal	90
I.3.1.4.2. Medidas sustantivas	93
I.3.1.4.3. Medidas procesales.....	95
a) Protección de testigos, peritos y colaboradores.....	98
b) El uso de la videoconferencia.....	99
c) La inversión excepcional de la carga de la prueba.....	101
I.3.2. Crimen organizado y la teoría del garantismo.....	107
I.3.2.1. Algunas notas esenciales respecto del garantismo penal y procesal.	

La evolución hacia el garantismo “integral” en el proceso penal	107
I.3.2.1.1. El Garantismo y la contribución de Ferrajoli	107
I.3.2.1.2. El Derecho Procesal penal y la teoría del garantismo	110
I.3.2.1.3. El punto ideal: el garantismo integral y proporcional	113
I.3.2.2. La lucha contra el crimen organizado: Los derechos y garantías fundamentales no son siempre absolutos	121
I.3.2.3. El proceso penal garantista y la búsqueda de un combate eficiente al crimen organizado.....	131

CAPÍTULO II

LA “EMERGENCIA” PENAL Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO POSIBLES SOLUCIONES CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSFRONTERIZO. UNA AFRONTA AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

II.1. El proceso penal de “emergencia” y su relación con el tratamiento jurídico de la delincuencia organizada	135
II.1.1. Los derechos fundamentales y la “emergencia” como respuesta en la lucha contra la delincuencia organizada	135
II.1.1.1. La atención hacia la eficacia y la seguridad	135
II.1.1.2. La “emergencia” penal como posible solución para el fin de la criminalidad organizada.....	137
II.1.1.3. El triste retorno a un pasado sombrío. El cambiar de las cosas después del 11 de septiembre de 2001	140
II.1.2. La concepción dogmática del Derecho Penal o Procesal penal del enemigo	143
II.1.2.1. La búsqueda del fin de la delincuencia a través del imperativo de ley y orden.....	143
II.1.2.2. Origen histórico de la concepción del “enemigo”	145
II.1.2.3. Qué significa el Derecho penal o procesal penal del enemigo. La polémica contribución de Jakobs	147
II.1.2.4. Visión crítica respecto a este pensamiento dogmático	152
II.2. El proceso penal y su lectura constitucional: una realidad innegable	158
II.2.1. El camino único para obtención de eficacia con garantías: constitución y proceso penal.....	158
II.2.1.1. El proceso penal y su fórmula ideal: legitimación del ius puniendi con respeto a las garantías.....	158
II.2.1.2. La necesidad de una lectura constitucional del proceso penal.....	161
II.2.1.3. Garantías procesales fundamentales en los pactos y convenios internacionales de derechos humanos.....	166

CAPÍTULO III

LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL COMO PIEZA CLAVE EN LA PERSECUCIÓN PENAL

III.1. La investigación criminal: algunas consideraciones generales.....	171
III.1.1. Observaciones preliminares respecto a la esencia de la investigación.....	171
III.1.2. Contenido de la investigación criminal	174
III.1.3. Fundamentos y naturaleza del procedimiento de investigación	177
III.1.4. La búsqueda de una investigación eficiente.....	181
Hay límites en la investigación preliminar	181
III.1.5. Investigación criminal y delincuencia organizada.....	186
III.2. Sociedad de riesgos y la insuficiencia de los actuales.....	190
medios de investigación criminal	190
III.2.1. Ulrich Beck y la sociedad de riesgos	190
III.2.2. La insuficiencia de los actuales medios de investigación criminal.....	193
III.2.3. Una necesidad irrenunciable: la implantación de nuevas	199
técnicas de investigación penal	199

CAPÍTULO IV

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO EXTRAORDINARIO
DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

IV.1. Consideraciones generales y puntos críticos.....	205
IV.1.1. Agente encubierto: orígenes históricos y marco conceptual	205
IV.1.1.1. Un medio de investigación necesario para combatir el crimen organizado... ..	205
IV.1.1.2. El origen histórico de la figura del “agente encubierto”	214
IV.1.1.3. El marco conceptual del agente encubierto y de la técnica de infiltración.....	216
IV.1.2. El agente infiltrado en tratados y acuerdos internacionales	222
IV.1.3. Sujeto activo en las operaciones de infiltración	228
IV.1.4. Distinción junto a otras figuras de interés:	
los informantes (confidentes), los denunciante anónimos,	
los agentes secretos, los “ <i>undercover agents</i> ” y los agentes provocadores	236
IV.1.4.1. El informante.....	237
IV.1.4.2. El denunciante anónimo	240
IV.1.4.3. El agente secreto	242
IV.1.4.4. Undercover agent.....	243
IV.1.4.5. El agente provocador	244
IV.1.5. Una referencia esencial: los “ <i>pentiti</i> ” en Italia.....	249
IV.1.6. Las principales características de la figura del agente encubierto	254
IV.1.6.1. El carácter de “medio extraordinario de Investigación criminal”	256
IV.1.6.2. Utilización restringida a la investigación de la delincuencia organizada.....	257
IV.1.6.3. Uso de identidad ficticia o supuesta y el engaño	259

IV.1.6.4. La voluntad del infiltrado en la operación encubierta.....	264
IV.1.6.5. La necesidad de justificación para una acción encubierta.....	265
IV.1.7. Principios básicos en una actuación de un agente infiltrado	267
IV.1.7.1. Principio de legalidad	268
IV.1.7.2. Principio de especialidad.....	270
IV.1.7.3. Principio de subsidiariedad	271
IV.1.7.4. Principio de proporcionalidad	272
IV.1.7.5. Principio del control jurisdiccional.....	273
IV.1.8. La responsabilidad penal, civil y disciplinaria del agente encubierto:	
conductas justificadas y conductas punibles	275
IV.1.8.1. La responsabilidad en el ámbito penal	275
IV.1.8.2. La responsabilidad civil.....	286
IV.1.8.3. La responsabilidad disciplinaria.....	287
IV.1.9. Algunas críticas respecto al agente encubierto.....	289
IV.2. Las operaciones encubiertas en la praxis	295
IV.2.1. Operaciones encubiertas: especies y finalidad	295
IV.2.2. Presunción de inocencia e infiltración policial	298
IV.2.2.1. Elementos básicos del principio de presunción de inocencia.....	298
IV.2.2.1.1. Origen histórico.....	298
IV.2.2.1.2. Concepto y finalidades	300
IV.2.2.2. Valoración de las actuaciones del agente infiltrado a la luz de la garantía de la presunción de inocencia	303
IV.2.3. Algunas hipótesis de actuación de agentes encubiertos	307
IV.2.3.1. Narcotráfico	307
IV.2.3.2. Blanqueo de capitales	311
IV.2.3.3. Paidofilia o pedofilia.....	313
IV.2.3.4. Terrorismo.....	321
IV.2.3.5. Corrupción	322
IV.2.4. Valoración crítica del control de la criminalidad organizada a través de la utilización de agentes encubiertos	325
IV.2.5. Las operaciones encubiertas: lectura desde la realidad actual.....	332
IV.3. La espera por soluciones eficaces en el control de la criminalidad	338
IV.3.1. La necesidad impostergable de establecer un tratamiento procesal adecuado en relación a la criminalidad organizada.....	338
IV.3.2. La especialización de los órganos de persecución criminal, en especial del Ministerio Fiscal.....	345
IV.3.2.1. Consideraciones generales sobre el Ministerio Fiscal	345
IV.3.2.2. La creación de fiscalías especiales.....	349

CAPÍTULO V
BÚSQUEDA DE UNA REGLAMENTACIÓN IDEAL
Y ESPECÍFICA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

V.1. Los requisitos básicos para ponerse en práctica la infiltración de un agente encubierto	353
V.1.1. La estructuración de un plan eficaz de infiltración	353
V.1.2. Necesidad legal de una autorización fundamentada	
Ponderación de intereses y principio de proporcionalidad	361
V.1.2.1. La exigencia de una autorización motivada para empezar la infiltración ..	361
V.1.2.2. La competencia autorizante.....	362
V.1.2.3. El control de la operación encubierta	363
V.1.2.4. El contenido de la resolución autorizante.....	368
V.1.2.5. El contenido original de la resolución y otras diligencias necesarias	370
V.1.3. El plazo de duración de la operación encubierta	371
V.1.3.1. La necesidad de fijar un plazo determinado para la duración de la infiltración	371
V.1.3.2. El límite temporal de la infiltración policial.....	372
V.1.3.3. Los riesgos en la operación y su repercusión en la duración de la medida.....	374
V.1.3.4. La posibilidad de prorrogar las operaciones encubiertas	377
V.1.4. Preparación adecuada de los agentes que van a infiltrarse en una organización criminal.....	379
V.1.5. La búsqueda de un equilibrio procesal penal y la actuación de los agentes encubiertos. Especial referencia a los “puntos de equilibrio” que deberán ser alcanzados	382
V.2. Límites a la actuación del agente encubierto: el criterio de la <i>última ratio</i>	385

CAPÍTULO VI
VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS
A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

VI.1. El Derecho probatorio y el agente encubierto	389
VI.1.1. La búsqueda de la verdad en el proceso penal	389
VI.1.2. El concepto de prueba penal y su carácter de derecho fundamental.....	393
VI.1.3. El valor probatorio a ser dado a las pruebas obtenidas por el agente encubierto	397
VI.1.4. Relevancia del testimonio del agente encubierto.....	402
VI.2. Un eterno dilema: las prohibiciones de la prueba en el proceso penal	410
VI.2.1. Breves consideraciones sobre las prohibiciones probatorias	410

VI.2.2. Las dificultades probatorias en materia de criminalidad organizada. La prueba penal obtenida en operaciones encubiertas	415
VI.2.3. Los descubrimientos fortuitos o los hallazgos casuales del agente infiltrado.....	420
VI.2.4. El agente encubierto y la prueba ilícita	422
VI.2.4.1. Puntos de partida para la comprensión de la teoría de la prueba ilícita ...	422
VI.2.4.2. En búsqueda de un concepto para la prueba ilícita	425
VI.2.5. La prueba ilícita <i>pro societate</i> y el criterio de la proporcionalidad.....	431
VI.3. El principio de proporcionalidad como limitante fundamental en el uso de agentes infiltrados.....	435
VI.3.1. La valoración de la prueba obtenida en infiltraciones policiales a la luz del principio de proporcionalidad	435
VI.3.2. La posible afección de derechos fundamentales en la actuación de un agente encubierto	450
a) El derecho a la intimidad	454
b) El derecho a autodeterminación informativa.....	459
c) Derecho a la no autoincriminación	462
Conclusiones	467
Bibliohemerografía.....	471

PRÓLOGO

Nunca es fácil la tarea de presentar un libro por cuanto de quien la tiene que hacer se presume su imparcialidad, para que el lector sea quien realice una valoración de lo leído, sin interferencias apriorísticas. De tener que proceder así en todos los casos, yo debería abstenerme de redactar estas líneas por concurrir causales como la amistad o el interés. Sin embargo, estas mismas circunstancias son las que me han llevado a aceptar la propuesta de prologar esta monografía sobre los límites y desafíos que suponen para el Estado de Derecho y el proceso penal garantista el reconocimiento de la figura del agente encubierto y la aceptación –más o menos limitada– de los resultados de su actuación en un contexto criminológico lleno de dificultades probatorias.

En efecto. Por un lado, el Doctor FLAVIO CARDOSO PEREIRA es un buen amigo, un profesional ejemplar y un universitario *amateur* comprometido con la investigación y –en menor medida– con la docencia en los pocos ratos que le deja su desempeño profesional como miembro del Ministerio Público de la Provincia de Goiás (Brasil) y que *roba* a Virginia, Fabricio y Gabriel. Y por otra parte, el trabajo que aquí se presenta es el resultado de una ardua investigación desarrollada en el seno del «Grupo de Estudio sobre la Corrupción» de la Universidad de Salamanca, bajo mi dirección, y que fue defendida como Tesis Doctoral el 18 de junio de 2012 en un Tribunal presidido por mi Maestra la Doctora MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ (Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca), e integrado por los Doctores AGUSTÍN PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña), LORENZO M. BUJOSA VADELL (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca), CORAL ARANGÜENA FANEGO (Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid) y MARÍA INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS (Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca), el cual tuvo a bien concederle, por unanimidad, la máxima calificación de Sobresaliente «Cum Laude».

La figura del agente infiltrado viene generando problemas dogmáticos muy sugestivos y de difícil solución, al menos de manera uniforme, tal y como vienen demostrando las legislaciones penales y la jurisprudencia de distintos países, azotados por la comisión y los efectos de los delitos graves que realizan grupos organizados de delincuentes. Esta es una buena muestra, por tanto, de que el proceso penal es un instrumento de política criminal que permite testar el grado de respeto a derechos y garantías fundamentales de los diferentes países, que en los últimos años han tenido que mudar muchas de las instituciones y construcciones dogmáticas clásicas para tratar de paliar la ineficacia de los sistemas penales en la persecución de determinadas formas de delincuencia, que ponen en jaque los pilares básicos del Estado de Derecho.

En el debate simbólico entre la eficacia y garantía hoy en día no es extraño, ni en la dogmática, ni en la legislación ni en la jurisprudencia, el casi olvido de la actividad preventiva y, por el contrario, una defensa del recrudescimiento represivo estatal con nuevos tipos penales y aumento de penas, con el incremento de los plazos de prescripción, con la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con la fijación de un catálogo de sujetos obligados y normas de cuidado, con el recurso a

manifestaciones de justicia premial, con el establecimiento de procedimientos simplificados y alternativos al ordinario incentivados en su uso con expresiones del principio de oportunidad..., y con la aceptación del uso de técnicas especiales de investigación, como el agente infiltrado.

Hasta dónde se llegue con medidas como las apuntadas determinará que a un ordenamiento jurídico-penal se le pueda encuadrar en una posición extrema representada en lo que la doctrina viene denominando *Derecho Penal del enemigo* y –con menos fuerza en su desarrollo dogmático– *Derecho Procesal penal del enemigo*, escenario en el que el combate al delito se tiene que convertir en una *guerra civil selectiva* que separe entre *ciudadanos* y *enemigos*, el cual, al menos desde nuestra perspectiva, ni está nada clara su base jurídica ni debidamente medidas sus consecuencias. Esto no significa que el Estado no pueda graduar sus reacciones, máxime cuando los recursos personales, técnicos y organizativos puestos a disposición de los órganos jurisdiccionales son limitados y cada vez más insuficientes, de ahí que un punto común en la mayor parte de las reformas operadas en los últimos veinticinco años abogue por una *selección de conductas* y por un tratamiento jurídico-penal diferenciado.

En esencia, encontramos justificado que ante delitos graves su prueba se trate de alcanzar por medio de medidas novedosas y más intensas de investigación, lo cual acarree para sus implicados consecuencias jurídicas más graves, pero siempre de forma limitada, sin cercenar los derechos y garantías del ciudadano sometido a la persecución penal. Y algo que es inobjetable, como destaca en su trabajo el Dr. CARDOSO PEREIRA, es que de toda actuación de un agente infiltrado puede resultar una lesiva violación de derechos fundamentales, entre ellos –y muy especialmente– el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la intimidad y el derecho a la no autoincriminación.

Como en otras muchas cuestiones jurídicas, sobre la posibilidad de utilizar agentes infiltrados se comenzó a hablar con más incidencia en la década de los años ochenta del siglo pasado cuando el combate al narcotráfico consumía gran parte de los esfuerzos de los cuerpos policiales. Desde ese momento hasta hoy los niveles de riesgo en las sociedades son notablemente mayores, a consecuencia del proceso de globalización y de la sistemática afección de bienes jurídicos como la vida, la salud pública, el medio ambiente o el orden socio-económico por grupos delictivos organizados, que han dejado completamente desfasadas normativas nacionales como la española. Por eso tampoco es extraño que las exposiciones de motivos de las legislaciones penales reformadas recientemente justifiquen los cambios en las experiencias positivas que brinda el estudio del Derecho comparado y la asunción de los compromisos adquiridos con organismos e instituciones supranacionales e internacionales en materia de prevención y represión de la delincuencia. Como en otros casos, el punto de mira entonces se tendrá que centrar en los grados de acogimiento de esos compromisos y en los subsiguientes procesos de implementación, de forma tal que el *law in books* pase a ser *law in action*.

Desde la defensa irrestricta de los principios de legalidad y proporcionalidad, y del derecho a un proceso con todas las garantías, el Dr. CARDOSO PEREIRA pone orden y sistemática a todas estas cuestiones de manera exhaustiva y exitosa, abordando además problemas inherentes a la figura del agente encubierto como quién

puede serlo, qué principios rigen su actuación, qué diferencias presenta con otras figuras –como el agente infiltrado, el agente provocador, el confidente, el denunciante anónimo, el agente secreto...–, qué márgenes de actuación le confiere la autorización judicial, cuánto tiempo puede durar la medida y si se puede –y cuántas veces– prorrogar, qué rol puede desempeñar el Ministerio Fiscal en la adopción y ejecución de una operación encubierta, cómo deben valorarse las pruebas obtenidas a través de la actividad del agente encubierto, a qué responsabilidades puede tener que hacer frente por su actuación, etcétera. Y todo ello no sólo desde el plano teórico sino con un marcado carácter práctico por parte de quien a diario, en el desempeño de su profesión de Fiscal, tiene que cuestionarse si en determinados procedimientos que son de su competencia puede o debe instar el acuerdo de esta técnica especial de investigación.

El análisis del agente encubierto que hace el Dr. CARDOSO PEREIRA, y sus propuestas aplicativas, van a ser de la máxima utilidad para investigadores y para los operadores jurídicos implicados en la adopción, ejecución y control de las operaciones encubiertas. Incluso, de cara al futuro, sus planteamientos tienen que servir para valorar con más acierto la oportunidad de legitimar esta medida en operaciones a través de internet o en actividades de inteligencia.

A mi juicio, la investigación doctoral del Dr. CARDOSO PEREIRA, recogida en sus aspectos básicos en esta monografía, es un broche de oro al periodo de investigación –discontinuo, por razones profesionales y familiares– desempeñado durante ocho años en la Universidad de Salamanca como estudiante del «Programa de Doctorado Estado de Derecho y Buen Gobierno». Sus cualidades profesionales y sus actitudes personales fueron determinantes para que yo asumiera la dirección del trabajo del Dr. CARDOSO PEREIRA, y esta monografía demuestra que no fue errado el compromiso mutuo asumido y la confianza depositada en él.

Incluso más: el trabajo del Dr. CARDOSO PEREIRA debe servir de ejemplo y estímulo para tantos y tantos estudiantes iberoamericanos que pasan por los aularios de la Universidad de Salamanca para realizar estudios de doctorado y que desconfían de sus fuerzas para culminar un trabajo de esta envergadura, tan sacrificado en su desarrollo pero tan reconfortante cuando se le pone fin con éxito. En la formación doctoral en España *muchos son los llamados y pocos los escogidos*, y, ojalá nos equivoquemos, menos lo serán en los próximos años a tenor de los vaivenes legislativos que en esta materia está dando nuestro país en el proceso de adaptación de los estudios de posgrado al Espacio Europeo de Educación Superior.

En Salamanca, a tres de septiembre de dos mil doce.

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA(*)
Universidad de Salamanca

(*) Profesor Titular –Catedrático *acreditado*– de Derecho Procesal. Director, en la Universidad de Salamanca, del «Grupo de Estudio sobre la Corrupción» y de la «Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno» [<http://buengobierno.usal.es>], en el que anualmente se imparte el «Máster Universitario en Corrupción y Estado de Derecho», título oficial del Espacio Europeo de Educación Superior que codirige con el Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós.

En la actualidad la investigación es desarrollada en dos Proyectos de Investigación financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1) sobre corrupción, crimen organizado y blanqueo de capitales.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es fruto de la aprobación de mi tesis doctoral con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*, presentada junto a la Universidad de Salamanca/España el 18 de junio de 2012, delante de un prestigioso Tribunal formado por los profesores catedráticos Drs. María del Carmen CALVO SÁNCHEZ (Universidad de Salamanca), Agustín PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Universidad de La Coruña), Lorenzo BUJOSA VADELL (Universidad de Salamanca), Coral ARANGÜENA FANEKO (Universidad de Valladolid) e Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca).

Así, la constante y vertiginosa evolución de algunas formas de delincuencia, en especial cuando a la gravedad se unen los componentes de la organización y la transnacionalidad, nos ha introducido en un mundo novedoso, diferente y mucho más complejo de lo imaginado hace pocos años. En este reciente y dinámico contexto se ha desarrollado, como pieza clave, un nuevo escenario dentro de una “sociedad de riesgos” marcado por una crisis de la Administración de Justicia, más acuciada en el ámbito penal, siendo uno de los factores de esta situación la ineficacia de los medios o técnicas tradicionales de investigación criminal.

En este sentido, hoy en día todavía no se ha logrado alcanzar la fórmula ideal, respetuosa con derechos y garantías procesales constitucionalizadas, que logre poner coto a los avances de la criminalidad posmoderna sin tener que utilizar métodos de búsqueda de pruebas e informaciones que lesionen a los derechos fundamentales de las personas investigadas.

Ante este panorama presentado surge nuestro interés en estudiar el tema de la actuación de la figura denominada “agente encubierto” o “agente infiltrado”. Partiendo de la premisa de que el crimen organizado ha alcanzado niveles de sofisticación y de estructuración logística semejantes a una gran empresa, viniendo a provocar graves problemas al nivel de seguridad internacional, incluso poniendo en situación de alarma la estabilidad financiera de un sinnúmero de países, se impone la necesidad de que los órganos de persecución criminal utilicen el trabajo de los agentes encubiertos como forma de penetración en el ambiente cerrado, y demarcado por una implacable ley del silencio, de los grupos delictivos.

Y más que esto. La tarea se extiende a la labor de encuadrar este medio de investigación en el marco de un proceso penal garantista, el cual presenta como característica fundamental la búsqueda por una armonización o equilibrio de las dos fuerzas que se presentan en tensión: la búsqueda de eficiencia por parte del Estado y la preservación de las garantías de aquellas personas sometidas al proceso penal.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta las dificultades en conocer a fondo los principales detalles sobre el *modus operandi*, la estructura física y material, y el “poder de fuego” de algunas de las más conocidas organizaciones criminales, hemos decidido analizar específicamente la situación de esta especial técnica de investigación criminal, el agente encubierto, desde las vertientes fáctica y jurídica, pero sin olvidar valorar el objeto de estudio desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, trayendo aportes significativos del Derecho comparado.

Los estudios existentes actualmente acerca del tema del agente infiltrado o son muy escasos, o se limitan a analizar la cuestión desde el punto de vista crítico

enfaticando el hecho de que esta técnica de investigación, tal y como se regula en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, vulnera de derechos y garantías fundamentales de las personas. De una forma distinta, este tema ha sido abordado en nuestro trabajo desde una perspectiva peculiar y novedosa: el agente encubierto en el marco de un sistema procesal penal garantista, tratando además de presentar diversas sugerencias con el objetivo de encuadrar esta técnica de investigación en los parámetros de constitucionalidad que son característicos de los países democráticos.

Nos interesa, así, demostrar que la práctica habida en los últimos veinticinco años en la persecución del terrorismo, el narcotráfico, la corrupción o el blanqueo de capitales permite concluir la necesidad de que la figura del agente encubierto sea incorporada a las legislaciones procesales penales como un medio extraordinario de investigación eficaz en la lucha contra las formas más graves de criminalidad, pero siempre que se haga de conformidad con los principios de proporcionalidad y del debido proceso legal. De hecho, así es reconocido por Naciones Unidas en sus esenciales Convenciones contra el narcotráfico (Viena, 1988), delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2001) y corrupción (Mérida, 2003).

El aparato informativo del que nos hemos valido para el desarrollo de este estudio ha sido muy abundante y fruto de nuestras pesquisas en varias instituciones de enseñanza e investigación en países como España (Universidades de Salamanca, Complutense de Madrid, Zaragoza y Toledo), Brasil (Universidades de São Paulo y Bahía), Argentina (Universidad de Buenos Aires), Colombia (Universidad Externado) y Portugal (Universidades de Coimbra y Lisboa), amén del notable acervo bibliográfico del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). De igual forma han sido muy importantes las pesquisas realizadas en sitios de *internet* como *dialnet* (<http://dialnet.unirioja.es>) o el portal iberoamericano de las ciencias penales (www.cienciaspenales.net).

Ya analizando el cuerpo y estructura del trabajo de investigación, se puede afirmar que el primer capítulo inicia con un apartado en el cual se aborda de forma directa la actual situación del Derecho Procesal penal contemporáneo. Nuestro estudio se ha basado desde un primer momento en analizar los posicionamientos dogmáticos relativos al estudio de la paradoja existente entre la eficacia del *ius puniendi* y las garantías y derechos fundamentales del imputado, así como sobre la necesidad del establecimiento de un proceso penal equilibrado. Como paso previo al examen concreto de esta cuestión hemos tenido la oportunidad de estudiar temas muy especiales tales como: la tensión de fuerzas en el proceso penal, las funciones del proceso penal moderno, la eficiencia penal, etc.

En este mismo capítulo hemos también tratado el asunto relativo a la eficiencia y las garantías como vertientes del proceso penal equilibrado. El eje central de esta parte de nuestro estudio ha partido del supuesto de eventuales observaciones de una abusiva instrumentalización de las garantías en los más diversos sistemas procesales penales, hecho éste que viene provocando una dificultad hercúlea en el control a la expansión de la criminalidad organizada marcada por la gravedad de sus conductas.

En este sentido, ha sido habitual percibir en determinados sectores de la doctrina y de la jurisprudencia una valorización equivocada e irresponsable de los fundamentos del garantismo, y lo más grave, pues se defiende en ocasiones una idea de que las garantías deben ser dispensadas tan sólo con relación al individuo, olvidándose de

los derechos sociales como la seguridad ciudadana, la cual es inherente a la propia estabilidad de la sociedad.

Como consecuencia lógica de lo afirmado hasta aquí, ha sido analizado del mismo modo el tema del garantismo penal y procesal penal, y su posible compatibilización con el empleo de nuevas técnicas de investigación criminal, muy especialmente con relación al agente encubierto. Así, nosotros hemos defendido la idea de la aceptación de un garantismo positivo e integral, de forma que sean preservados tanto los derechos fundamentales individuales de aquellas personas sometidas a una *persecutio criminis* como los de la colectividad, que tiene derecho a un estatus de seguridad que venga a posibilitar el desarrollo de sus libertades. Han sido en este mismo capítulo analizados los puntos esenciales para la comprensión del fenómeno de la delincuencia organizada, consistiendo este análisis en un estudio que ha empezado con la problemática del concepto de crimen organizado, pasando por otros tantos temas conexos (orígenes, características principales, etc.), viniendo a terminar con una propuesta de medidas penales, procesales y político criminales aptas a proporcionar un control eficaz de la expansión de la delincuencia organizada.

El capítulo segundo del trabajo empieza con un estudio complejo del proceso penal de “emergencia” y su relación con el tratamiento jurídico de la delincuencia organizada. Además, se ha abordado el tema del crecimiento irrazonable del crimen organizado y como asunto “de moda” la tesis dogmática del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal del enemigo como forma de lucha contra esta especie de criminalidad. Es importante esclarecer que luego de un análisis en profundidad de este modelo de respuesta penal, marcado por una fuerte carga de restricción al ejercicio de las garantías fundamentales de las personas investigadas o imputadas por delitos graves —como el terrorismo y el narcotráfico—, hemos tenido la oportunidad de demostrar que el Estado puede reaccionar contra estos fenómenos delictivos valiéndose de otros medios menos provocadores de vulneraciones innecesarias, los cuales se muestran más compatibles con los principios que habrán de nortear un proceso penal de índole garantista, en especial a partir de la obligatoria observación del principio de proporcionalidad.

El segundo capítulo cierra al tratar del destacado tema de la relación existente entre el Derecho procesal penal y su lectura constitucional. En el mismo, partimos de la idea central de que un proceso penal marcado por el respeto a las directrices de matriz constitucional vendrá a fortalecer el encuentro del equilibrio entre la necesidad de tener que demostrar la eficiencia estatal y la también imprescindible necesidad de preservar los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Consideramos que ha quedado, por lo tanto, debidamente demostrado que el proceso penal moderno debe recibir una lectura constitucional.

El capítulo tercero presenta como eje central el tema de la investigación criminal como pieza clave en la persecución penal, donde se ha analizado desde los rasgos característicos de esta fase de la *persecutio criminis*, pasando por su finalidad y objeto, y completándose con el análisis de la investigación criminal en lo relativo a las más destacadas actuaciones de las organizaciones criminales. No se ha olvidado dejar claro en varias ocasiones que esta actividad que normalmente se queda en manos de los cuerpos policiales deberá sujetarse a límites, de modo que no se permita una injerencia del Estado de forma abusiva sobre los derechos de las personas sospechosas de haber practicado algún delito. En resumen, hemos querido

demostrar que la investigación criminal deberá obedecer a los dictados de un proceso penal garantista donde la armonización de los vectores eficiencia y garantía se presentan como un medio ideal para alcanzar un grado de respuesta estatal que venga a satisfacer los anhelos de la sociedad. Por fin, otro tema que ha sido objeto de tratamiento corresponde a la denominada “sociedad de riesgos” y su profunda relación con la visible insuficiencia de los actuales medios extraordinarios de investigación, los cuales no estarían correspondiendo a las expectativas en términos de eficacia, teniendo en vista el crecimiento alarmante de las modernas formas de criminalidad organizada.

A continuación ha sido abordado, en el capítulo cuarto, el objeto central de nuestro estudio: el “agente encubierto” o simplemente “infiltrado”. Se trata de un estudio que tiene por finalidad llevar a cabo un análisis de esta figura bajo el prisma del garantismo que debe permear el proceso penal contemporáneo. Y la razón para proceder así es muy clara si consideramos que esta técnica extraordinaria de investigación posee una fuerte carga de restricción al libre ejercicio de los derechos fundamentales de aquellas personas sospechosas de haber participado en actividades graves ejecutadas por las más destacadas organizaciones criminales.

En este mismo capítulo del trabajo han sido objetos de estudio tres temas imprescindibles a una primera aproximación directa a la técnica investigativa del agente encubierto: primero, las consideraciones generales y puntos críticos, con énfasis especial con relación a los orígenes históricos y marco conceptual, las normativas internacionales que se refieren al asunto, las más destacadas características de este medio extraordinario de investigación, así como los principios que deberán informar la actuación de estos agentes estatales en el control a la expansión de la delincuencia organizada. En segundo, las operaciones encubiertas en la *praxis*, habiendo sido preponderante el estudio de la problemática de la eventual compatibilidad entre el principio de presunción de inocencia y la infiltración policial. Del mismo modo hemos tratado, a modo de ejemplificación, algunas de las más cotidianas actuaciones de los agentes infiltrados. Este capítulo lo hemos cerrado planteando algunas soluciones eficaces para el control del crimen organizado, pudiéndose citar como experiencia novedosa en algunos países, como por ejemplo España, las Fiscalías Especiales creadas para actuar en casos de delincuencia organizada.

Siguiendo con el tema del agente encubierto, en el quinto capítulo hemos estudiado la búsqueda de una reglamentación ideal o próxima de esta figura, con la intención de establecer ciertos requisitos obligatorios que a nuestro juicio deberán ser observados en los casos de autorización para una operación encubierta de infiltración. De este modo, han recibido especial atención los temas de la estructuración de un plan eficaz de infiltración, el cual deberá recibir un planeamiento detallado y dotado de los recursos necesarios para alcanzar el éxito de la operación y de la imprescindible ponderación en la expedición de la resolución de autorización para la labor del agente infiltrado en una determinada organización criminal. También, la no menos importante preparación de los miembros o agentes estatales que van a ingresar en el clan de delinquentes organizados, pues deberán recibir entrenamiento físico, psicológico y técnico para el buen desarrollo de sus actividades. Se cierra este capítulo tras establecer los límites esenciales para la realización de una operación de infiltración policial, de modo que pueda ser encuadrada en el contexto de los parámetros de constitucionalidad

inherentes a un Estado de Derecho. Estos límites tienen como objetivo establecer criterios para que la actuación del agente encubierto pueda ajustarse a los puntos de equilibrio que van a ayudar la conformación de un proceso penal garantista marcado por una armonía entre los vectores de eficiencia y garantía.

Por fin, en el último capítulo del libro nos hemos decidido a enfrentar uno de los temas más duros y controvertidos respecto al agente infiltrado, o sea, cómo deberán ser valoradas las pruebas obtenidas a través de realización de operaciones encubiertas. Los eternos dilemas de las prohibiciones en materia probatoria han sido el marco inicial de este estudio sobre la probática aplicada al tema de las infiltraciones policiales en el crimen organizado. Como consecuencia lógica, han sido destacados los principales problemas y dificultades en la búsqueda de material probatorio cuando se tratan de investigaciones relativas a clanes de delincuentes organizados que actúan a nivel transnacional. En este mismo contexto, la teoría de la prueba ilícita ha recibido especial atención, especialmente en relación al tema de la excepcional aceptación de la ilicitud probatoria *pro societate* desde que analizado el caso concreto a la luz del principio de ponderación de intereses, esto es, la proporcionalidad penal.

Además, se ha puesto de relieve la discusión en relación a la actuación encubierta y los derechos fundamentales a la intimidad, a la no autoincriminación y a la autodeterminación informativa.

Probablemente este trabajo no encontrará todas las soluciones para poner fin a la cuestión de la limitación de los derechos fundamentales afectados por medidas invasivas en la investigación criminal, como ocurre especialmente en la hipótesis de la labor de los agentes encubiertos en la lucha contra el crimen organizado. Sin embargo, el estudio por nosotros desarrollado nos conducirá, obligatoriamente, hasta una significativa conclusión general: la utilización del medio extraordinario de investigación criminal a través de la infiltración de agentes estatales se halla seriamente amenazado en razón que algunos ordenamientos jurídicos no incorporan en sus respectivas legislaciones criterios específicos y detallados respecto a la puesta en práctica de esta técnica de control de la delincuencia organizada; incluso más, por no establecer de forma clara y cristalina la incorporación de los principios de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación. De este modo, hemos concluido que no se puede aceptar la actuación del infiltrado cuando su actividad va en contra los mandatos prescritos en el orden constitucional.

CAPÍTULO I

LOS DESAFÍOS DEL PROCESO PENAL CONTEMPORÁNEO

SUMARIO: I.1. La paradoja: eficacia del *ius puniendi* versus garantías y derechos fundamentales del imputado. La necesidad de un proceso penal equilibrado. I.1.1. Tensión dialéctica de fuerzas y proceso penal. I.1.1.1. Criminalidad de los nuevos tiempos y la crisis del Derecho procesal penal. I.1.1.2. La tensión de fuerzas: garantías versus eficacia. I.1.2. Armonía procesal penal: un objetivo para conciliar la eficacia y las garantías. I.1.2.1. La función primordial del proceso penal. I.1.2.2. ¿Es admisible una persecución sin límites en la búsqueda de la eficiencia penal o debe prevalecer un equilibrio procesal penal? I.2. Eficiencia y garantías como vertientes del proceso penal equilibrado. I.2.1. La abusiva instrumentalización de las garantías. Un peligro inminente a la preservación de la seguridad pública. I.2.2. “Eficiencia penal”: un concepto importante. I.2.3. La armonización de fuerzas y la búsqueda por un proceso penal equilibrado: una solución ideal. I.3. El garantismo y la lucha contra el crimen organizado. La posible compatibilización de las garantías y la eficacia del derecho de castigar estatal. I.3.1. Consideraciones generales respecto a la delincuencia organizada. I.3.1.1. Evolución histórica y desarrollo como fenómeno criminal. I.3.1.2. El concepto de delincuencia organizada. Una cuestión controvertible. I.3.1.4.2. Medidas sustantivas. a) Protección de testigos, peritos y colaboradores. b) El uso de la videoconferencia. c) La inversión excepcional de la carga de la prueba. I.3.2. Crimen organizado y la teoría del garantismo. I.3.2.1. Algunas notas esenciales respecto del garantismo penal y procesal. La evolución hacia el garantismo “integral” en el proceso penal. I.3.2.1.1. El Garantismo y la contribución de Ferrajoli. I.3.2.1.2. El Derecho Procesal penal y la teoría del garantismo. I.3.2.1.3. El punto ideal: el garantismo integral y proporcional. I.3.2.2. La lucha contra el crimen organizado: Los derechos y garantías fundamentales no son siempre absolutos. I.3.2.3. El proceso penal garantista y la búsqueda de un combate.

I.1. LA PARADOJA: EFICACIA DEL IUS PUNIENDI VERSUS GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO. LA NECESIDAD DE UN PROCESO PENAL EQUILIBRADO

I.1.1. TENSIÓN DIALÉCTICA DE FUERZAS Y PROCESO PENAL

I.1.1.1. CRIMINALIDAD DE LOS NUEVOS TIEMPOS Y LA CRISIS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

La realidad actual es indiscutible: el proceso penal a través de sus medios tradicionales de investigación y persecución del delito, no consigue dar una respuesta eficaz y concreta a la expansión de ciertas formas graves de criminalidad. Se quiere decir con esta afirmación, que las técnicas y medios normalmente empleados en el proceso penal, como forma de obtener resultados eficaces en la búsqueda de la realización de la justicia penal, por ejemplo, las escuchas telefónicas, las pruebas periciales y las vigilancias o seguimientos personales, son insuficientes por sí solas en los días actuales para enfrentar y perseguir a las más destacables organizaciones criminales de carácter transnacional¹.

¹ En este sentido, en relación al ordenamiento español, destaca GÓMEZ DE LIANO FONSECA-HERRERO que “resulta pacífico que nuestra Ley procesal penal era y es obsoleta, en cuanto a las diligencias aseguradoras del éxito de la fase de instrucción, máxima cuando nos referimos a una forma de criminalidad, que el legislador decimonónico no pudo prever”. Vid. GÓMEZ DE LIANO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, 2004, pág. 40. Se destaca así la criminalidad organizada, representada especialmente por el trípede (narcotráfico, terrorismo y criminalidad económica), la cual ha asumido, ya desde hace tiempo y en continua progresión, nuevas características, ya sea por los mercados ilícitos que maneja, por los instrumentos que utiliza y, también, por la estructura que ha alcanzado y además por el alto nivel de sofisticación que caracteriza las bandas más destacadas de la delincuencia transfronteriza.

Entonces, en general, se observa que las reglas procesales penales no han sido actualizadas de forma satisfactoria para acompañar el desarrollo de las sociedades y de los problemas enfrentados en razón del crecimiento de la delincuencia.

Sin embargo, esta deseada modernización del proceso penal, al contrario de lo que piensan muchos, no es incompatible con el establecimiento de un Derecho procesal penal marcado por el respeto a las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos. Este es un punto muy importante a tener en cuenta, en la medida en que presenciamos actualmente un proceso penal de índole garantista.

Es cierto, además, que el modelo y la construcción del proceso penal tienen que responder a los parámetros de constitucionalidad, respetando los principios fundamentales, definiendo institutos y creando soluciones que puedan preservar los derechos fundamentales procesales y permitan realizar en el proceso la máxima concordancia práctica entre valores relativos a derechos fundamentales materiales².

Presenciamos entonces, en los días actuales la necesidad de establecer un Derecho procesal penal garantista, el cual deberá tener como pilar de sustentación, las normas constitucionales de preservación de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos e incluso de la propia colectividad.

Desde otra vertiente, han cambiado las notas características de la delincuencia que hasta entonces conocíamos, ya que ahora vivimos momentos de cierta inseguridad y miedo. En verdad, se observa un auténtico efecto de alarma mundial en pro de la represión de la violencia. Como señala BARONA VILAR, ha surgido lo que algún autor viene denominando como “terrorismo de la seguridad”, producto de los tiempos que vivimos, en los que el Derecho penal se ha convertido en la pócima aparentemente mágica de todos los males³.

En palabras de FERRAJOLI, incluso ha cambiado ante todo la cuestión criminal. En efecto, es de estos años el desarrollo de una criminalidad nueva, de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil: la criminalidad del poder, en la doble forma de los poderes criminales, es decir, de la criminalidad organizada de la mafia y de la Camorra, pero también los crímenes del poder, desde los atentados hasta las intentonas de golpes de Estado, desde las tramas de los poderes invisibles hasta la gran corrupción organizada. Se trata de una criminalidad relativamente nueva, que quizás es el signo más perverso de la crisis profunda que atraviesa en estos años nuestro sistema político⁴.

Ante esta realidad, las modernas estructuras de criminalidad, especialmente, el terrorismo, el blanqueo de capitales y el tráfico de estupefacientes, frecuentemente muy bien planeadas y organizadas, están dotadas de medios tecnológicos más

² Vid. HENRIQUES GASPAR, A., “As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução”, VV.AA., *Que futuro para o Direito processual penal?, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra, 2009, pág. 87.

³ BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, pág. 14. De todo modo, se puede afirmar que “el crimen transnacional ha ascendido por lo tanto a un nuevo estrellato en las guerras de la retórica de la seguridad internacional”. En este sentido, Vid. SERRANO, M., “Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad”, VV.AA., *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, M. Serrano., M. Bertal coords., México, 2005, pág. 27. Interesante además sobre el tema de la inseguridad en los días actuales, la obra de CURBET, J., *La globalización de la (in) seguridad*, Madrid, 2006. En este trabajo, el autor utiliza como título el término “glocalización” –y no globalización–, que ha sido utilizado recientemente por algunos sociólogos, en especial por Ulrich Beck, conocido por su popularización del paradigma de la sociedad del riesgo, y que corresponde a la realidad de un Estado-nación en fase de explosión/implosión en razón del crecimiento de la inseguridad y de la violencia.

⁴ FERRAJOLI, L., “Garantías y Derecho Penal”, *Democracia y garantismo*, Madrid, 2008, pág. 200.

avanzados y, por esto mismo, particularmente eficaces en el ejercicio de sus actividades criminales, que atentan gravemente contra la seguridad e intereses fundamentales de los Estados, así como la salud y bienestar de los ciudadanos⁵. Se percibe entonces que el crimen organizado de carácter transnacional ejerce la labor de practicar actos graves de delincuencia, utilizando una estructura logística que puede ser comparada a una gran empresa, donde la jerarquía y la competitividad son las dos notas más características que se pueden observar. Por lo tanto, la delincuencia organizada en los días de hoy presenta un grado de profesionalidad altísimo, equiparándose frecuentemente a grandes grupos empresariales, dotados de un fuerte poder financiero y tecnológico⁶.

En consecuencia, no se puede dudar que esas “nuevas” formas de delincuencia requieran la debida actualización del sistema penal, a efectos de que la respuesta sea de acuerdo con la gravedad y complejidad del fenómeno⁷.

Se observa, como hemos ya mencionado, que los instrumentos penales y las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes⁸ para enfrentar a un tipo de criminalidad que generalmente actúa en ámbitos transnacionales, posee una capacidad operativa muy superior a la de las clásicas organizaciones de delincuentes y dispone de ilimitados medios para la perpetración de los delitos, y, finalmente, que son necesarias nuevas respuestas en el orden penal, en el plano procesal y en el marco de la cooperación internacional⁹.

⁵ Vid., GONÇALVES, F., João Alves, M., GUEDES VALENTE, M. M., *Lei e Crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*, Coimbra, 2001, pág. 253.

⁶ Respecto del carácter empresarial de las grandes organizaciones criminales, FAZZONE señala que “las asociaciones criminales han elevado a ciencia este empeño”. Vid. FAZZONE, E., “La valorización de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”, *Poder Judicial*, núm. 48, 1997, pág. 419. Además, como explica ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “las ganancias que obtiene la criminalidad organizada por sus negocios ilícitos son descomunales”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, 2009, pág. 3.

⁷ AROCENA, G. A., “El agente encubierto. Consideraciones político-criminales”, VV.AA., *Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos)*, J. I. CAFFERATA Norez y G. A. AROCENA, coords., Córdoba, 2001, pág. 110. Todavía, como advierte SOTOMAYOR ACOSTA, el gran problema es que “se busca la relativización de las reglas de imputación jurídica, de las garantías político-criminales y de los criterios procesales, con miras a que el sistema penal ofrezca más resultados y nuevas respuestas frente a la grave situación provocada por la delincuencia organizada”. Vid. con detalles respecto a esta problemática, SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 17, Montevideo, 2008, págs. 101-117.

⁸ En este sentido, explica HURTADO POZO que “la condición y la complejidad que distinguen a la nueva criminalidad ponen en evidencia la ineficacia de la reacción penal tradicional. Ésta tiene sus orígenes y ha sido organizada pensando en la necesidad de combatir la delincuencia individual común. De ahí, la urgencia de renovar, completar y perfeccionar el sistema de control penal en todos sus niveles: órganos de represión y de control, principios procesales y legislación penal material. De esta manera, se tiende a establecer un marco normativo eficaz, organizar los mecanismos nacionales e internacionales para perseguir a los responsables, establecer reglas de control policial y judicial transnacionales. Vid. HURTADO POZO, J., “Globalización y delincuencia organizada”, *Orientaciones de la Política Criminal legislativa*, M. Moreno Hernández coord., México, 2005, pág. 21. Además, como ha señalado SCHNEIDER, “la comunidad internacional, desde hace algunos años, fue tomando consciencia de que pretender combatir el crimen organizado con las mismas vías legales que las arbitradas para la delincuencia común era absolutamente inoperante”. Vid. SCHNEIDER, J.J., “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1993, pág. 724.

⁹ ZARAGOZA AGUADO, J. A., “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas”, VV.AA., “Delitos contra la salud pública y contrabando”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5, 2000, pág. 112. Como consecuencia, respecto a la colaboración con la Administración de Justicia, afirman MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO y AGUADO CORREA que “la colaboración entre los distintos responsables en la lucha contra la delincuencia organizada es uno de los factores básicos para alcanzar una represión eficaz de dicho tipo de delincuencia. Como se afirma en el Plan de Acción contra la delincuencia organizada de 1997, es necesario que se intente alcanzar un efecto máximo de sinergia en la cooperación entre los servicios encargados del cumplimiento de la ley y el Poder Judicial”. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B; GONZÁLEZ CANO, M. I y AGUADO CORREA, T., *Estudios sobre Delincuencia Organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial*, Sevilla, 2001, pág. 35. Todavía, para un específico estudio sobre la cooperación penal internacional, Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., “Avances en la cooperación judicial penal en la Unión Europea”, VV.AA., *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: la Unión Europea del siglo XXI, I. Vega Mocerma coord.*, 2005, págs. 101-133; BUJOSA VADELL, L., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona, 2008; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELLS, A., “La colaboración entre Estados en el ámbito penal: técnicas de cooperación jurídica internacional”, VV.AA., *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, M. R. Diego DÍAS-SANTOS y V. SÁNCHEZ LÓPEZ coords., Madrid, 2000, págs. 149-160; DAMASO SIMÕES, E., “Cooperación judicial en materia penal

En relación a este último aspecto, es básico que las autoridades judiciales de cada Estado tengan confianza en los sistemas judiciales de los restantes Estados¹⁰. La fe en las garantías procesales que se observan en cada uno de ellos y la imparcialidad con la que se desarrollan los procesos que se sigan, servirá para reforzar esa confianza mutua¹¹. Así, la unión de esfuerzos en materia de cooperación policial y judicial internacional, posibilitando el libre tránsito de las autoridades de diversos países por las áreas afectadas por la actuación de grupos de delincuentes organizados, por ejemplo, la creación de equipos conjuntos de investigación¹², añadido a una regulación penal y procesal penal¹³ moderna y adecuada a los nuevos tiempos, o sea, aptos a la concreción de la actividad persecutoria, podrán representar una esperanza en el control de la expansión de esta especie grave e insoportable de criminalidad¹⁴.

Dicho en otras palabras, concretamente por lo que respecta al ámbito penal del “espacio de libertad, seguridad y justicia”, el notable aumento y agravamiento de las distintas formas de terrorismo y criminalidad organizada transnacional demanda un incremento y facilitación de la cooperación interestatal, así como una actuación normativa común y armonizada que coadyuve al tan deseado objetivo de la prevención de la delincuencia y la eficaz lucha contra el crimen¹⁵. Específicamente en relación a la delincuencia organizada, se observa que la misma se caracteriza por la combinación de determinados factores como son: la sofisticación, el uso de las nuevas tecnologías a la hora de delinquir y la estructuración jerarquizada de que se compone. Estos factores hacen que las técnicas tradicionales de investigación, como pueden ser la entrega y registro o intervención de comunicaciones, por sí solas, no puedan hacer frente a esta criminalidad¹⁶.

En consecuencia, estos medios ya conocidos de búsqueda de datos, informaciones y pruebas que puedan servir al desarrollo de la *persecutio criminis* son absolutamente neutralizados por las técnicas de contrainteligencia de los clanes organizados, y de

dentro de la Unión Europea. Perfeccionamiento de los mecanismos de acción y coordinación”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 9, Madrid, 2001, págs. 147-153; GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Madrid, 2009.

¹⁰ Significa en concreto que es mejor conocer otros ordenamientos jurídicos y confiar en el actuar de los operadores jurídicos de otros países, o dar efectos jurídicos a las resoluciones judiciales de otros países.

¹¹ BLANCO PEÑALVER, A., “El estado actual de las garantías procesales penales en el ámbito de la Unión Europea”, VV.AA., *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI, Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, 2006, pág. 801. Por esto, algún autor, así HURTADO POZO, señala que “Los esfuerzos de uniformizar las leyes y los procedimientos, constituyen evidentemente pasos decisivos para combatir la nueva criminalidad. Habiendo ésta aprovechado y explotado las condiciones creadas por la globalización, su represión no puede alcanzar el nivel deseado sin que sea organizada a nivel supranacional”. Vid. HURTADO POZO, J., “Globalización y delincuencia organizada”, cit., pág. 25. También con detalles sobre el tema de la “Confianza mutua y armonización de ordenamientos”, Vid. HOYOS SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, VV.AA., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, 2008, págs. 44-53.

¹² Monográficamente, Vid. VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal. En el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Madrid, 2006.

¹³ Lo que deberá quedar evidente es que cuando se habla de “reglamentos adecuados y modernos”, se busca destacar que es notoria la necesidad de que los mismos presenten en sus textos preceptos penales y procesales específicos en la lucha contra las formas más graves de criminalidad, a ejemplo del uso de las técnicas extraordinarias de investigación, el comiso de bienes, etc.

¹⁴ Respecto a este tema, sostiene con absoluta claridad CAFFERATA NORES que “contrariamente a lo que pregonan algunos discursos (más o menos en boga según los vaivenes de la política), el hecho de que un sistema penal funcione en un Estado de derecho de base democrática, no significa para nada que deba ser blando, ni mucho menos que pueda favorecer la impunidad. Por el contrario, tiene que ser eficiente para lograr igualmente (o sea, tanto para enemigos como para amigos) el castigo del delito en todos los casos que así lo establezca la ley; pero especialmente en los relacionados con sus expresiones más violentas o aberrantes, con la criminalidad organizada, con el ilícito financiero y económico, y con la corrupción gubernamental y administrativa (anterior y contemporánea)”. Vid. CAFFERATA NORES, J. I., “Crisis de eficacia de la investigación penal, causas, peligros, soluciones (Derecho de la víctima a una investigación eficiente)”, *Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*, J. I. Cafferata Nores coord., Córdoba, 2006, pág. 17.

¹⁵ Vid. HOYOS SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, cit., pág. 43.

¹⁶ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. Z., “El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español”, *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Navarra, 2006, pág. 227.

manera obvia, generan una sensación de desigualdad en la lucha contra la delincuencia. Además, el modo como son perpetrados los delitos en el ámbito de las organizaciones criminales, incluyendo aquellas de molde empresarial, hace que parte del instrumental procesal penal concebido para la criminalidad tradicional, o sea, las reglas contenidas en la ley, especialmente en el campo de las pruebas, se revele insuficiente¹⁷. Pues bien, la verdad es que en los últimos tiempos y, en gran medida, potenciado por la pretendida lucha del Estado contra la denominada criminalidad organizada, se viene asumiendo una restricción de los principios que rigen el normal funcionamiento del sistema punitivo en su conjunto, a saber, tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal¹⁸.

De otra parte y concretamente, debemos afirmar una vez más que el proceso penal presenta dificultades con relación a la persecución de delitos practicados por la criminalidad organizada¹⁹. Como forma de agresión a la paz, a la seguridad y a la estabilidad de las sociedades libres y democráticas, esta forma de delincuencia transnacional conduce a los más distintos países a buscar respuestas institucionales comunes.

Esto nos pone en presencia de otra interesante cuestión: la lucha contra la criminalidad se organiza típicamente a través de la limitación de derechos fundamentales²⁰. En realidad, en casi todo proceso penal, la intromisión del Estado en la investigación puede generar una colisión entre los derechos fundamentales del afectado por el proceso con los derechos fundamentales de los demás ciudadanos que legitiman la persecución penal. Así, se puede entender que el proceso penal puede afectar de manera grave los derechos fundamentales de las personas y por ello es menester

¹⁷ BALTAZAR JR, J. P., “Limites constitucionais à investigação. O conflito entre o direito fundamental a segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal”, Limites constitucionais da investigação, R. Sánchez Cunha, P. Taques y L. F. Gomes coords., São Paulo, 2009, pág. 211. En congruencia con lo expuesto nótese aún que no es posible olvidar que la prueba en el proceso penal es utilizada para la búsqueda de la verdad real delante de un caso concreto, objeto de aquella relación procesal. Y en dicha línea, los mecanismos probatorios han de servir a la formación del convencimiento del juez, y al mismo tiempo, cumplen función no menos importante de justificar junto al cuerpo social la decisión adoptada; en otras palabras, además de ser un procedimiento cognitivo, la prueba es también un fenómeno psicosocial y desde ahí la extraordinaria importancia de su naturaleza y del modo como son obtenidas e incorporadas al proceso. En este sentido, Vid. GOMES FILHO, A. M., *Direito à prova no Processo Penal*, São Paulo, 1997, pág. 13. Para una mayor profusión respecto al tema, Vid. La clásica obra de CARNELUTTI, F., *Das provas no Processo Penal*, 1ª edición, Campinas, 2005.

¹⁸ Vid. de forma integral este pensamiento dogmático en PORTILLA CONTRERAS, G., “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004, págs. 43-50.

¹⁹ Con el crecimiento de los grupos criminales organizados en los últimos tiempos y delante de los actos terroristas ocurridos en Nueva York, Washington, Madrid y Londres, “se discute si los poderes públicos son capaces de afrontar estos nuevos retos o, realmente, las actuales Leyes y Reglamentos, dictadas, al menos formalmente, en base al respeto de los principios y garantías fundamentales, son obsoletas e incapaces para responder a dichos desafíos. Va cobrando espacio la consigna fundamentada en una supuesta relación inversa entre garantías y seguridad. Por la misma se sostiene la necesidad de endurecer las leyes y medidas policiales para aumentar la seguridad, con un coste directo para los derechos humanos y las garantías penales y procesales”. Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Seguridad, Derechos humanos y garantías penales: ¿Objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, VV.AA., *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública, I Derecho. Berdugo Gómez de la Torre y N. Sanz Mula coords.*, Granada, 2005, pág. 213.

²⁰ HASSEMER, W., “Processo penal e direitos fundamentais”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, M. F. Palma coord., Coimbra, 2004, pág. 17. Siguiendo idéntica línea de pensamiento, señala CHOCLÁN MONTALVO que “durante estos últimos años, y en el escenario político criminal comparado, se comprueban mejoras legislativas donde han sido objeto de especial regulación por una parte, la permisividad de la utilización de técnicas modernas para afrontar la búsqueda de pruebas, y por otra, métodos novedosos y extraordinarios de investigación que permiten afirmar que la política criminal imperante en los últimos años supone importantes restricciones de derechos fundamentales”. Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “La criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de derecho judicial*, 2001, pág. 218. Desde una vertiente distinta, advierte PORTILLA CONTRERAS que “el sistema procesal-penal contra la criminalidad organizada se ha caracterizado por una constante restricción de los principios básicos que rigen el tradicional funcionamiento tanto del Derecho penal como del Derecho procesal penal”. Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., “El Derecho penal y procesal penal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, VV.AA., *Dogmática y Ley Penal, libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I*, J. L. Barja de Quiroga; J. M. Zugaldía Espinar coords., Madrid/Barcelona, 2004, pág. 693.

encontrar un punto de equilibrio entre la necesaria investigación de los hechos punibles, la salvaguardia de los derechos fundamentales y la dignidad humana²¹.

Teniendo claro que los derechos fundamentales deben ser preservados, habrá que encontrar, vía ponderación, un criterio que no atente contra el núcleo esencial de los derechos fundamentales, pero que preserve también el interés de toda la sociedad, en la persecución y castigo de hechos delictivos, sea quien sea que los haya cometido²². Por lo demás, conviene destacar un factor altamente preocupante, pues se habla incluso de una crisis²³ que impregna actualmente el Derecho procesal penal, o peor, a la propia Administración de justicia penal. Sobre el tema, se nota que la Administración de justicia es burocrática, está sobrecargada de trabajo, enfrenta problemas respecto al tema de la investigación²⁴, no respeta las garantías ciudadanas previstas en la Constitución, no atiende a las personas, es lenta y formalista, está alejada de los ciudadanos y carece de prestigio social. Todos estos atributos, son elementos de la crisis²⁵.

No obstante lo anterior, es bien sabido que el proceso penal en realidad atraviesa una caótica crisis a escala mundial. Al respecto, las cuestiones que se pueden poner en la mesa de discusión son varias: lentitud para resolver los asuntos, insuficiencia de personal y de recursos económicos, ineficiencia para solventar las necesidades y expectativas de la víctima, excesiva burocratización del sistema de justicia, restricciones jurisdiccionales en materia de competencia territorial, entre otras²⁶.

En cualquier caso, según la doctrina acentuadamente crítica, el servicio público de la justicia no funciona o, si se prefiere, lo hace con tales deficiencias que no satisface mínimamente la demanda social²⁷. Es por ello que se habla de crisis, de insatisfacción,

²¹ CONTRERAS ALFARO, L. H., *Corrupción y Principio de Oportunidad Penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Salamanca, 2005, pág. 25. Por esto, con razón GUZMÁN FLUJA al afirmar categóricamente que “el proceso penal es un instrumento de resolución de conflictos, de los llamados conflictos sociales o de trascendencia social, en los que se produce, con mayor o menor dimensión, una lesión del interés social, del interés público, del interés general, lesión que se alza prima y que absorbe a la lesión individual o grupal sufrida, esto es, al interés particular, aunque no lo elimina”. Vid. GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el Proceso Penal*, Valencia, 2006, pág. 143. También en la misma línea de pensamiento, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, págs. 21 y ss.

²² Vid. BECHARA, F. R., “Crime organizado e o sigilo na investigação”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, núm. 32, Porto Alegre, 2005, pág. 60. A este modo de pensar se denomina “garantismo integral y proporcional”. Al respecto y con detalles, VV.AA., *Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*, B. Calabrisi; D. Fischer y E. Pelella coords., Salvador, 2010.

²³ Incluso, CAFFERRATA NORES habla de una “crisis de eficacia de la investigación penal”. Vid. CAFFERRATA NORES, J. I., *Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*, cit., págs. 17-19. En el mismo sentido se mantiene SUÁREZ-BÁRCENA, E. L., *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pág. 11. Ya en opinión de BARONA VILAR, con la cual no estamos totalmente de acuerdo, “la justicia ha entrado en un laberinto donde no se sabe si estamos ante una verdadera crisis, ante la exteriorización de insatisfacción de sujetos o sectores, quizás ante la ineficiencia o inoperancia del sistema mismo o simplemente quizás nos hallamos inmersos en una gran evolución jurídica que afecta, en consecuencia, a todos los ámbitos del derecho”. Vid. BARONA VILAR, S., “Conformidad del acusado, paradigma de eficiencia de la Justicia Penal”, VV.AA., *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*, J. L. Gómez Colomer y J. L. González Cussac, coords., Valencia, 2006, pág. 400.

²⁴ Muchas veces el poder de investigación es cuestionable en algunos ordenamientos jurídicos, ya que la propia Constitución no lo permite de forma explícita o, por otra parte, cuando una abusiva instrumentalización de las garantías dificulta la puesta en práctica de algunas técnicas investigativas más invasivas a los derechos fundamentales.

²⁵ BINDER, A. M., *Política criminal, de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, 1997, pág. 133. Abordando profundamente el tema de la crisis en el ámbito procesal penal, Vid. BERTOLINO, P. J., *Proceso penal y servicio de la justicia*, La Plata, 1992, págs. 82 y ss; LUCIANO GARCÍA, J. A., “La crisis o el cuestionamiento al sistema penal. La diacronía genealógica entre el garantismo y la eficiencia”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 2, Montevideo, 1996, págs. 59-82.

²⁶ Vid. DAGDUD KALIFE, A., *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, México, 2006, pág. XXVII. Con profundidad respecto a estas cuestiones, véase VV.AA., *Crisis de la Justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, M. C. Calvo Sánchez y E. Pedraz Penabaz, coords., Madrid, 1988.

²⁷ Así por ejemplo, Vid. MORENO CATENA, V., “La Justicia Penal y su reforma”, *Justicia*, núm. 2, 1988, pág. 313. Además, la abundante literatura, los debates en torno a la ineficiente administración de justicia especialmente en el ámbito penal, y la proliferación legislativa que en materia procesal penal nos viene acostumbrando el legislador nacional e internacional en las últimas décadas justifican una situación que podemos hoy calificar de epidemia globalizada. En este sentido, Vid. BARONA VILAR, S.,

de ineficiencia y de transformación; y aún más, podríamos seguir incluso calificando el momento con diversos términos, porque es constatable que un poco de todos ellos efectivamente configuran el estado actual de la justicia penal²⁸.

Interesante todavía es la opinión de RODRÍGUEZ GARCÍA, cuando defiende que no tiene mucha justificación seguir recurriendo al denostado tema de que la Administración de justicia está en crisis para intentar calmar los anhelos insatisfechos de todos aquellos que reclaman una justicia penal garantista pero que además sea rápida, barata y eficaz²⁹. Esta nos parece una visión más realista y pragmática de esta discusión.

Asimismo, y por desgracia, no se puede negar que el proceso penal se encuentra en medio de una grave crisis relativa a una tensión de fuerzas que nos lleva incondicionalmente a una búsqueda del equilibrio entre la eficacia del *ius puniendi* estatal y la preservación de los derechos y garantías fundamentales de las personas sometidas al proceso penal³⁰. Por un lado, encontramos el interés público, por el otro, hallamos las garantías individuales, y ambos elementos, por cierto, situados en el preciso marco del proceso penal y antes que nada, en función de su crisis actual³¹. Pues bien, aunque se reconozca la existencia de una crisis procesal penal y frente a la tensión de las fuerzas apuntada, según nuestro entendimiento, eficiencia y garantías como fuerzas aparentemente contrapuestas, deben ser llamadas a armonizarse en pro de un proceso penal justo y equilibrado. Sería la solución más plausible en los días actuales.

Por lo tanto, la realización de la justicia penal exige una importante dosis de garantías, pues caso contrario, se podrá caer en un auténtico terrorismo de Estado.

La total eficiencia, traducida en celeridad y economía de medios, tiene que ceder frente la consideración de que al querer castigar a todos los delincuentes, el Estado debe alejar el riesgo de castigar a personas inocentes, así como tendrá que tener siempre presente que el peor de los delincuentes, por el simple hecho de serlo, no pierde jamás la dignidad inherente a la persona humana³².

De esta apreciación debe deducirse el entendimiento que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido al proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Claro está que en una expectativa así se apuntará a un proceso penal

“Conformidad del acusado, paradigma de eficiencia de la Justicia Penal”, cit., pág. 399. También la misma autora en *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 13.

²⁸ BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 13.

²⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “El derecho premial como remedio para lograr que la justicia penal española sea eficaz. Reflexiones a partir de la nueva regulación de la conformidad del acusado en el procedimiento abreviado”, VV.AA., *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica, Estudios en homenaje a Claus Roxin*, México, 2003, pág. 571.

³⁰ Respecto a la dicotomía “garantías-eficacia”, Vid. PRONDIZI, R. J., DAUDET, M. G., *Garantías y eficiencia en la prueba penal*, La Plata, 2000. Importante señalar la opinión de CONTRERAS ALFARO, que sostiene que “parece indiscutible que el Derecho penal sustantivo y procesal contemporáneo se encuentra sumido en una crisis que continuará existiendo, al menos en el ámbito procesal, mientras no encontremos el justo equilibrio entre derechos individuales y seguridad colectiva; un conflicto que se traduce en el ámbito adjetivo a la contraposición entre un sistema de enjuiciamiento criminal más eficiente, pero que limite los derechos fundamentales del imputado a favor de las atribuciones de los órganos de persecución y la celeridad del proceso, y un procedimiento penal garantista, que defienda a los individuos de los perjuicios estatales injustificados”. Vid. CONTRERAS ALFARO, L. H., *Corrupción y Principio de Oportunidad Penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, cit., pág. 12.

³¹ Vid. BERTOLINO, P. J., *Proceso penal y servicio de la justicia*, cit., pág. 74.

³² En la misma línea de pensamiento, PÉREZ MORENO incluso señala que “el catálogo de derechos de los ciudadanos en las constituciones, funciona como límite al poder del Estado y, a su vez, resguardo de sus derechos y libertades, último reaseguro de su condición humana”. Vid. PÉREZ MORENO, E. P., *Precisiones acerca de las garantías del imputado (A propósito de los Derechos ciudadanos)*, *Ejercicio concreto del poder pena. Límites, abusos, desafíos*, J. I. Cafferata Nores coord., Córdoba, 2006, pág. 276. Del mismo modo, interesante la opinión de GUZMÁN FLUJA al defender que “salvo que el Estado consiga demostrar a través del proceso penal que la hipótesis de la acusación es correcta, lo que sólo sucede al final, el derecho de penar es inaplicable o no ejercitable”. Vid. GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el Proceso Penal*, cit., págs. 146-14.

que, a la vez, proteja los derechos individuales de los ciudadanos a él sometido y satisfaga los intereses sociales para el logro de una recta Administración de la justicia penal³³.

Dicho en síntesis, habrá que buscar un sistema que asegure eficiencia con garantismo³⁴, valores fundamentales del proceso penal moderno, el cual encuentra su validez y fundamento en la Constitución³⁵. Ciertamente, un verdadero Estado de Derecho debe satisfacer simultáneamente ambos reclamos y puede sintetizarse con la fórmula “eficiencia con garantías”³⁶.

Es correcto entonces, afirmar que el Derecho procesal penal no puede dejar de presentarse como un asunto constitucional³⁷. Consecuencia lógica es que el marco de referencia de cualquier análisis del proceso penal tiene que estar en los principios constitucionales³⁸ y a veces, en los tratados o convenciones internacionales firmados por los países.

Así es que se observa, por un lado, que la protección de los derechos y libertades públicas constituye el pilar básico de un Estado constitucional, social y democrático de Derecho. Ya, en el otro extremo, se contempla un poder estatal que, presionado por parte de la opinión pública y por los medios de comunicación, utiliza en la lucha contra la macrocriminalidad la idea de que los fines justifican los medios.

Sin embargo, se observa, como ya se apuntó, un efecto alarma que ha sido verificado frente a la inseguridad³⁹ generado en razón de la expansión del fenómeno de la delincuencia moderna, hecho este que de forma alguna justifica el empleo de nuevas técnicas de investigación criminal o de cualquier medio restrictivo de derechos y

³³ En este sentido, BERTOLINO, P. J., *Proceso penal y servicio de la justicia*, cit., págs. 88-89. Expresando gran preocupación respecto al tema de la tensión de fuerzas que impregna el proceso penal moderno, sostiene GASCÓN INCHAUSTI que “la realidad no se cansa de darnos muestras de que el equilibrio entre eficacia y respeto a los derechos fundamentales es cada vez más frágil y delicado”. Y complementa aduciendo que “la irrupción de nuevas formas de delincuencia, caracterizada cada vez más por su carácter organizado y transfronterizo, así como por la utilización de instrumentos sofisticados para ocultar las huellas de la infracción, parece estar obligando a los Estados a adoptar medidas de reacción más incisivas, siempre bajo el lema de la mayor efectividad: inevitablemente, ese incremento en la eficacia se hace siempre a costa de los derechos y garantías de los ciudadanos, y con frecuencia no sólo de aquéllos a los que pueda imputarse la comisión de un delito”. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Prólogo” a la obra *Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Curitiba, 2009, pág. 9.

³⁴ El uso del vocablo “garantismo”, en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal es presentado con varias acepciones por FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón, Teoría general del garantismo penal*, Madrid, 1995.

³⁵ Siguiendo el mismo raciocinio, “el proceso penal atinge la perfección deseable en el punto de encuentro del interés público de la represión penal rápida y segura, y del interés particular del argüido en una justicia que ofrezca suficientes garantías de defensa contra una condena injusta. (...) A los intereses sociales de la prevención general contra el crimen y en especial contra determinado delincuente, corresponde de la parte de este la necesidad de un proceso justo y garante de su defensa contra eventuales prepotencias del titular de la acción penal, el Estado”. Vid. PINHEIRO, R., MAURÍCIO, A., *A Constituição e o processo penal*, Coimbra, 2007, pág. 46. Confirmando la necesidad de comprender a Constitución como fundamento del proceso penal, destacase el hecho de que “una adecuada formación jurídica no puede desconocer la norma fundamental. En efecto, la Constitución de un país es la fuente inalterable que preserva la voluntad de los ciudadanos con vistas a asegurar la libertad, igualdad y su propia condición humana”. En este sentido, Vid. PÉREZ MORENO, E. P., “Precisiones acerca de las garantías del imputado (A propósito de los Derechos ciudadanos)”, *Ejercicio concreto del poder pena. Límites, abusos, desafíos*, cit., pág. 275.

³⁶ SOLOMINE, M. A., “Praxis instructoria en un Estado de Derecho. Entre las garantías y la eficiencia”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 5, núm. 9B, Buenos Aires, 1999, pág. 131.

³⁷ TORRÃO, F. P., *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*, Coimbra, 2000, pág. 67.

³⁸ De esta forma, “el catálogo de derechos de los ciudadanos en las constituciones, funciona como límite al poder del Estado y, a su vez, resguardo de sus derechos y libertades, último reaseguro de su condición humana”. Vid. PÉREZ MORENO, E. P., “Precisiones acerca de las garantías del imputado (A propósito de los Derechos ciudadanos)”, *Ejercicio concreto del poder pena. Límites, abusos, desafíos*, cit., pág. 276.

³⁹ Vid. para mayor profusión, LÓPEZ SUÁREZ, N., “Inseguridad ciudadana: construcción o percepción subjetiva”, *Revista Iter Criminis*, México, 1999, págs. 121-143; FAINBERG, M. H., *La inseguridad ciudadana*, Buenos Aires, 2003. En opinión de DAUNIS RODRÍGUEZ, “en la actualidad, emergen, nuevamente, los discursos que entienden necesario la implementación de medidas, no sólo policiales, sino también legales que proporcionen seguridad y tranquilidad a la sociedad y respondan con efectividad ante las disfunciones que generan dicha inseguridad”. Sostiene además el mismo autor, que “lamentablemente, esta mayor rigidez y dureza en el control del terrorismo internacional ha supuesto, paralelamente, una peligrosa relajación del respeto de determinados derechos humanos y las garantías de los mismos”. Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Seguridad, Derechos humanos y garantías penales: ¿Objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*, cit., pág. 215.

garantías como respuesta irrazonable y, a toda costa, para ablandar el problema de la obsesión por la celeridad y eficacia punitiva del proceso penal.

Incluso se plantea una cuestión referida a la forma de incrementar la eficacia en la investigación penal sin menoscabar los derechos del imputado, sobre quien recaen las sospechas de la comisión del delito. Es decir, sin descuidar la eficacia en la investigación penal, se debe buscar compatibilizarla con el respeto de una serie de garantías que determinen la existencia de un juicio justo.

Garantías que se traducen en la aplicación, en todo caso, de los principios de contradicción, igualdad de armas y publicidad de las actuaciones⁴⁰.

La verdad es que el Derecho procesal penal busca disciplinar el ejercicio de la jurisdicción a través de principios y reglas que confieran al proceso, la más amplia efectividad, o sea, el mayor alcance práctico y el menor costo posible en la protección concreta de los derechos del ciudadano⁴¹. Además, según SCHÖNKE, el Derecho procesal como institución tiene como finalidad asegurar el mantenimiento del Derecho a través de las garantías de una protección de las leyes y la defensa del orden jurídico⁴².

Ahora bien, tiene razón HASSEMER al recordar que el Derecho procesal penal es el señor del proceso penal desde el momento en que aquél disciplina a éste en cuanto escenario que necesita el Derecho penal material para efectivizarse. Sin proceso penal no hay protección de bienes jurídicos ni realización de fin alguno que se quiera atribuir al Derecho penal. El Derecho procesal penal hace que el proceso penal sea un instrumento institucionalizado y que responda a principios y garantías concretas⁴³.

En efecto, parece obvio que los problemas de seguridad ciudadana no pueden hallar una respuesta solvente sin más en un juicio penal⁴⁴. Así, el proceso penal es el instrumento jurídico necesario para la aplicación del Derecho penal, de modo que si se ha de perseguir una conducta delictiva, el proceso es el instrumento imprescindible para ello⁴⁵.

Pero, no sólo eso, pues deberá buscarse la tutela procesal penal de los valores reconocidos en la Constitución. Se busca, pues, establecer un marco estructural garantista al proceso penal.

Y esto no significa que los fines justifiquen los medios. Como relación jurídica compleja y dinámica, el proceso penal en sí mismo debe formarse y desarrollarse con absoluto e imprescindible respeto a la dignidad humana de todos los ciudadanos⁴⁶,

⁴⁰ RIAÑO BRUN, I., *La instrucción criminal en el proceso penal*, Navarra, 2008, pág. 14. Con profundidad sobre otras formas de garantías esenciales en el proceso penal, Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., “Garantías procesales de los sospechosos e imputados”, VV.AA., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, 2008, págs. 138-168.

⁴¹ Incluso PÉREZ MORENO habla de un “marco ético del proceso”, al señalar que “el proceso penal no puede ser un escenario donde cobran vida sólo las pasiones, sino al contrario, se aplica la razón. En ese orden, debe tener un auténtico marco ético. Por contrapartida, cualquier proceso que la incertidumbre sobre su final está ausente, pierde esa cobertura ética que el vocablo le asigna y se transforma en un proceso aparente, carente de todo sentido y vacío”. Vid. PÉREZ MORENO, E. P., *Precisiones acerca de las garantías del imputado (A propósito de los Derechos ciudadanos)*, cit., pág. 283.

⁴² SCHÖNKE, A., “Límites de la prueba en el derecho procesal”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1955, pág. 374.

⁴³ Vid. HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, págs. 149-150.

⁴⁴ Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal, Octava lectura constitucional*, Barcelona, 2006, pág. 32.

⁴⁵ Vid. MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, VV.AA., *Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, J. L. Gómez Colomer coord., Valencia, 2008, pág. 75.

⁴⁶ Según destaca AUGUSTO MEREIS, “no son los límites de los derechos humanos que tienen que adaptarse a las exigencias del proceso, pero es antes el proceso que tiene que adaptarse a las exigencias de los derechos humanos”. Cfr. AUGUSTO MEREIS, M., “Homens de confiança”, *Será o caminho?*, II Congresso de Processo Penal, Coimbra, 2006, pág. 101.

especialmente de las partes, de tal modo que la justicia de su resultado signifique la seguridad de la adopción de las reglas más propicias a la amplia y equilibrada participación de los interesados, a la neutra y adecuada cognición del juez y la búsqueda de la verdad objetiva: un medio justo para un fin justo.

I.1.1.2. LA TENSIÓN DE FUERZAS: GARANTÍAS VERSUS EFICACIA

Hechas las debidas consideraciones preliminares respecto a la existencia de una posible crisis de la Administración de la justicia penal⁴⁷ y del crecimiento de la violencia delincinencial, importa señalar que este trabajo tiene, fundamentalmente, como objetivo, realizar una introductoria incursión al respecto de algunos desafíos enfrentados actualmente por la dogmática procesal penal desde la perspectiva constitucional⁴⁸.

Como ya había sido afirmado anteriormente, muchos son los problemas que afectan al Derecho procesal penal en los días de hoy. Se podría citar otra vez más como ejemplos más significativos la lentitud de los procesos judiciales, la ausencia de credibilidad de la justicia penal junto a la sociedad, la falta de un número suficiente de profesionales para la tarea de mantenimiento del funcionamiento dentro de un plazo razonable de la Administración de la justicia penal, la exagerada burocracia en el desarrollo de los trámites procesales o el retraso del proceso penal frente a los avances de la criminalidad. Todos estos temas forman parte de la complejidad del proceso penal contemporáneo. Sin embargo, en nuestra opinión, el más destacado de los problemas enfrentados en el proceso penal se relaciona a la tensión⁴⁹ de fuerzas que

⁴⁷ En palabras de BARONA VILAR, “muy probablemente la justicia penal refleja la gran metamorfosis a que está siendo sometido el Derecho, adornada de crisis, inoperancia, ineficiencia, insatisfacción y transformación de la misma. Ciertamente es, sin embargo, que es precisamente en el ámbito punitivo donde la necesidad de buscar soluciones o, si se quiere, evolucionar, se hace en todo caso más acuciante, por las consecuencias en los derechos fundamentales del mismo, y especialmente en el derecho a la libertad”. Vid. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., págs. 22-23.

⁴⁸ Respecto a un interesante análisis constitucional del proceso penal, vid. como obra de referencia, RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal, Octava lectura constitucional*, Barcelona, 2006. Vid. además para un estudio amplio del tema en el derecho comparado, ARAGONES ALONSO, P., *Proceso y Derecho Procesal*, 2ª edición, Madrid, 1997; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Navarra, 2007; BINDER, A. M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 1999; CARRÍO, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª edición, Buenos Aires, 2007; CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2ª edición, Navarra, 2002; DEL ROSAL, M. C., *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, Madrid, 2008; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Madrid, 2007; GÓMEZ COLOMER, J. L., *Constitución y Proceso Penal*, Madrid, 1996; GRANDINETTI C. DE CARVALHO, L. G., *Proceso Penal e Constituição*, 4ª edición, Rio de Janeiro, 2006; GRINOVER, A. P., “As garantias constitucionais do processo”, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, São Paulo, 1990; LAURIA TUCCI, R., *Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*, 2ª edición, São Paulo, 2004; LEÃO, N. C., “Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal”, *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, Julio 98/diciembre 99, págs. 127-140; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Navarra, 2009; LOPES JR, A., *Direito processual e sua conformidade constitucional*, Vol. I, Rio de Janeiro, 2007; MAGARIÑOS, M., “Garantías constitucionales del derecho procesal penal”, *Doctrina Penal*, año 11, números 41-44, Buenos Aires, 1988, págs. 619-633; MONTERO AROCA, J., *Proceso y Garantía Civil y Penal. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia, 2006; MORELLO, A., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, La Plata-Buenos Aires, 1998; PICÓ JUNOY, J. M., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997; SCARANCA FERNANDES, A., *Proceso Penal Constitucional*, 4ª edición, São Paulo, 2005; SCHMIDT, E., *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, trad. J. Manuel Nuñez, Córdoba, 2006; SILVA JUNIOR, W. N., *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, 1ª edición, Rio de Janeiro, 2008; VARELA, C. A., *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Buenos Aires, 1999; VV.AA., *Proceso Penal e garantias constitucionais*, M. A. Marques da Silva coord., São Paulo, 2006.

⁴⁹ Monográficoamente, Vid. CARDOSO PEREIRA, F., “Tensão de forças no processo penal: a busca por um processo penal de equilíbrio”, *Sistema penal e poder punitivo*, SALAH H. KHALED Jr, coord; Florianópolis, 2015, págs.234-248; PASTOR, D. R., *Tensões: direitos fundamentais ou persecução penal sem limites?*, Buenos Aires, 2004 y VV.AA., *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Maria J. Bernuz Benítez y A. I. Pérez Cepeda coords., La Rioja, 2005. También destacados, los trabajos de BINDER, A. M., “Tensiones político-criminales en el proceso penal”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 60, 2007, págs. 21-36; SANTANA, S. P., “A tensão dialética entre os ideais de garantia, eficiência e funcionalidade”, *Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio, Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana, Gamil Föppel coord.*, Rio de Janeiro, 2008, págs. 879 y ss; SCARANCA FERNANDES, A., “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 70, São Paulo, 2008, págs. 229-268.

ponen en choque dos derechos estrictamente constitucionales, o sea, de un lado el derecho de castigar del Estado⁵⁰, representando la seguridad colectiva, y, de otro, el derecho a las garantías fundamentales reconocidas a las personas sometidas a la persecución criminal⁵¹.

Dicho en pocas palabras, existiría pues una relación de tensión entre la efectividad de la justicia y los postulados del Estado de Derecho, o entre el interés público en la eficiencia del proceso penal y la máxima protección posible del imputado. Todavía no se puede olvidar la constatación real y factible de que el conflicto de intereses, presente en la vida desde el comienzo de la existencia humana, es inevitable por el simple hecho de la convivencia social⁵². Luego, importa señalar que el proceso penal probablemente representa el principal campo de tensión entre la seguridad pública y los derechos fundamentales de quien se ve sometido al mismo, comenzando por su derecho a la libertad, que aparece seriamente amenazado, tanto en razón de las medidas cautelares que puedan adoptarse durante la sustanciación del proceso, como por la definitiva imposición de una pena en una eventual sentencia condenatoria⁵³.

Consecuencia lógica de esta proposición es que el proceso penal sirve para garantizar la seguridad pública, como un valor digno de especial protección, pues funciona precisamente como el elemento de cierre de la lucha contra la criminalidad y de las medidas de política criminal que deben adoptar los poderes públicos. Pero también debe salvaguardar los derechos de la persona que se ve sometida al proceso penal, pues cuando alguien es llamado como imputado su libertad aparece seriamente amenazada, y el valor político que representa la libertad, o el conjunto de derechos que conforman las libertades civiles se ponen en riesgo, tanto por la definitiva imposición de sanciones en la sentencia condenatoria como en razón de las medidas cautelares y de las diligencias de investigación que puedan ordenarse durante la sustanciación del proceso⁵⁴.

En todo caso, según MUÑOZ CONDE, es verdad que el Derecho procesal penal tiene su corazón dividido entre dos grandes amores: por un lado, la misión de

⁵⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pág. 123, donde señala que “El Estado social y democrático ha de ser una síntesis que complemente y perfeccione el Estado clásico y liberal, no una alternativa a éste. El *ius puniendi* estatal tendrá que respetar siempre escrupulosamente los límites propios de una concepción garantista del Estado, la sociedad y el Derecho”. Respecto a los límites imprescindibles del *ius puniendi*, Vid. además FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., Los límites del *ius puniendi*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Vol. 47, 1994, págs. 87-113; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, 2005, págs. 553 y ss.

⁵¹ En opinión de VÉLEZ MARICONDE, “no es posible olvidar ninguno de esos intereses, cuya efectiva protección resulta, desde luego, en virtud del derecho procesal; el legislador debe buscar una solución armónica, un equilibrio que, desde un punto de vista político, signifique la correcta interpretación de las normas constitucionales”. Vid. VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, Tomo II, Buenos Aires, 1969, pág. 128.

⁵² Esta la opinión firmada por PACELLI DE OLIVEIRA, E., *Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte, 2006, pág. 322. El mismo autor incluso aprovecha para señalar también que “el criterio hermenéutico más utilizado para resolver eventuales conflictos o tensiones entre principios constitucionales igualmente relevantes se funda en la denominada ponderación de bienes, presente hasta mismo en las opciones más habituales de la vida cotidiana”.

⁵³ MORENO CATENA, V., “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, VV.AA., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pág. 378. En opinión de HOYOS SANCHO, “ese campo en continua tensión que es el Derecho procesal penal en un Estado democrático y de derecho, o en un espacio común que también pretende serlo, ofrece múltiples posibilidades de actuación en la tutela efectiva de los derechos y libertades; es complejo y dinámico a la vez, su configuración no es perfecta, pero tiene sus límites en el debido proceso o proceso justo ante órganos jurisdiccionales independientes e imparciales. No admite atajos; la historia reciente nos demuestra una y otra vez los elevadísimos costes que sobre el Estado de Derecho tiene prescindir de la que Ferrajoli denomina de necesaria asimetría en el tratamiento de la delincuencia, también de la más grave, o de una reacción de normalidad como respuesta adecuada, incluso frente a amenazas extremas como propone Kai Ambos”. Vid. HOYOS SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, cit., pág. 76.

⁵⁴ Cfr. MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, cit., págs. 75-76.

investigar los delitos y castigar a los culpables; por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado. Esto produce una contradicción difícil de solucionar: el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho, supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa⁵⁵.

Pero, aunque se vaya a tratar con más profundidad del tema en el desarrollo del trabajo, nos queda claro, desde el principio, que a la par de la tensión mencionada, que en el proceso penal no hay dos intereses contrapuestos⁵⁶, sino un único interés: *el atinente a la exacta aplicación de la ley con respeto a las garantías del ciudadano*. Esta es la idea que vamos a defender en nuestra investigación: la búsqueda de eficiencia con garantías, tomando como clave los principios de proporcionalidad y del debido proceso legal.

Desde luego, defendemos la orientación de que la colisión de fuerzas no debe ser resuelta en abstracto, por medio de un orden aleatorio de preferencia de los valores constitucionales de la seguridad individual o de la seguridad colectiva, pero sí analizando el caso en concreto y tomando en consideración el principio de proporcionalidad, y de modo específico, la intensidad de la amenaza concreta al derecho fundamental, la medida violadora del peligro de vulneración de la garantía, y por fin, el grado de afectación del interés general frente a la situación puesta en análisis.

Queda de todas formas establecida dogmáticamente la paradoja enfrentada por el proceso penal moderno: ¿eficiencia o garantías?⁵⁷ O en otros términos, ¿política de mano dura o garantismo?⁵⁸ Como bienes jurídicos en conflicto e intereses a ponderar entre sí, aparecen: de un lado, el interés de la persecución criminal encabezado por la comunidad jurídica ofendida y teniendo en la debida cuenta el significado de la materia criminal; y de otro lado, la idea de justicia y el imperativo de un proceso conforme a las exigencias de justicia.

De esta suerte, en estas situaciones se produce un conflicto entre el interés de la sociedad en la persecución del delito, su investigación, enjuiciamiento y castigo, y el interés individual y colectivo de la sociedad en ver protegidos los derechos y garantías constitucionalizados; una tensión entre el deber de los poderes públicos de

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F., *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 2003, pág. 14.

⁵⁶ Respecto al tema en discusión, SOLOMINE defiende que “visualizar el proceso penal como una tensión de fuerzas antagónicas resulta sumamente útil para la comprensión de su correcta dinámica en un Estado de Derecho. Se trata de advertir que en cualquier persecución penal aparece una puja constante entre la necesidad de la sociedad de protegerse contra el delito, mediante un sistema de represión eficiente, y las garantías que amparan al imputado que actúan como límites que restringen y encauzan el poder estatal, neutralizando el riesgo de su uso arbitrario”. Vid. SOLOMINE, M. A., “Praxis instructoria en un Estado de Derecho. Entre las garantías y la eficiencia”, cit., pág. 130.

⁵⁷ Interesante la posición de algún sector doctrinal en el sentido de que “debemos ser realistas y comprender que lo que en realidad colisiona no es garantismo con mano dura o eficiencia con garantías, sino concepciones del orden jurídico y social que son antagónicas, en función de comprensiones distintas del rol de hombre y de la sociedad”. En este sentido, Vid. RUBÉN AUED, N., ALBERTO JULIANO, M., *La probation y otros institutos del derecho penal*, Buenos Aires, 2001, pág. 97.

⁵⁸ En verdad, hay que tener presente como destaca GRINOVER, que “el garantismo no choca con la eficiencia de la justicia penal, siendo, además, éstos los dos valores fundamentales del proceso penal. Lo que se debe buscar, esto sí, son técnicas que hagan del proceso un instrumento adecuado a la realidad subyacente, efectivamente dirigido a los fines de la jurisdicción, que son fines jurídicos (la eficaz actuación del derecho material), pero también sociales (la pacificación) y políticos (participación y justicia)”. Vid. GRINOVER, A. P., *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, 1996, pág. 206. También BERTOLINO, en el mismo sentido, señala que “desde el estricto campo dogmático no se plantearía conflicto alguno, esto porque en el actual estado de la civilización jurídica, tanto el interés público cuanto las garantías individuales siempre vendrían a converger en la institución estatal”. Vid. BERTOLINO, P. J., *Proceso penal y servicio de la justicia*, cit., pág. 78.

realizar una eficaz represión de las conductas que llevan aparejado un reproche penal y la protección de los derechos fundamentales que debe dispensar el Estado⁵⁹.

Sin embargo, algún autor, como PÉREZ ROYO defiende que, en realidad, entre libertad y seguridad no hay ninguna tensión. Y no la hay porque la seguridad es el elemento constitutivo de la libertad⁶⁰, como ya observó MONTESQUIEU, en el famoso capítulo 6 del Libro XI *Del Espíritu de las Leyes*, en el que definió la libertad como “la tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su propia seguridad”⁶¹. Hechas estas consideraciones, habrá de registrar que el proceso penal ha sido consagrado como un medio indispensable de administrar justicia para garantía de la sociedad y del individuo, de modo que cumple una doble función de tutela jurídica: protege el interés social por el imperio del Derecho, o sea, por la represión del delincuente y el interés individual (y también social) por la libertad personal⁶².

A esta contemporánea y actual forma de comprensión de la ciencia procesal penal se puede calificar como claramente garantista e integral al mismo tiempo, debiendo las garantías individuales y colectivas quedar, del mismo modo e intensidad, sometidas a la protección estatal.

De lo dicho resulta que el proceso penal es un campo de conflicto entre derechos individuales fundamentales⁶³ e intereses sociales especialmente sensibles. En la síntesis de HASSEMER, el “Estado de Derecho” vive de la contraposición entre formalidad de la justicia (garantías) y eficiencia (como esclarecimiento y condena de hechos)⁶⁴. Este conflicto, a nuestro modo de ver, aparente, es típico y propio de un proceso penal democrático y marcado por la ausencia de arbitrariedad y autoritarismo.

Desde esta perspectiva, es notorio que en los tiempos que corren, parece haberse agudizado la tensión existente entre la legítima aspiración de la sociedad en su conjunto de prevenir y reprimir el delito y los derechos y garantías de que goza todo imputado sometido a un proceso⁶⁵. Y la explicación es lógica, frente a la expansión sin frenos de la criminalidad en los últimos tiempos.

Se observa, pues, el dilema existencial del proceso penal: efectividad de la coerción penal *versus* derechos fundamentales, siendo que, para obtener una mayor efectividad de aquélla, es necesaria la limitación de éstos. Al contrario, ampliar los

⁵⁹ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Medios de prueba restrictivos de derechos fundamentales. Las intervenciones telefónicas”, *Conflicto social y sistema penal (Diez estudios sobre la actual reforma)*, M. R. D. Díaz Santos, E. F. Caparrós, L. Zúñiga Rodríguez coords., Madrid, 1996, pág. 45. En el mismo sentido, la STC 341/1993, de 18.11.93, al confirmar que “la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales”.

⁶⁰ En este sentido, véase, PÉREZ ROYO, J., “La democracia frente al terrorismo global”, VV.AA., *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, M. Carrasco Durán coord., Madrid–Barcelona–Buenos Aires, 2010, pág. 7.

⁶¹ Vid. MONTESQUIEU, C., *De L'Esprit des Lois*, Paris, 1965, pág. 586.

⁶² VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, cit., pág. 127.

⁶³ Es frecuente encontrar en la literatura penal y constitucional el empleo de conceptos sinónimos, tales como derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, derechos humanos, principios procesales, libertades públicas, garantías institucionales, etc. Pero en verdad se utiliza estos conceptos, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionalizadas. A respecto, Vid. CARO CORIA, D. C., “Las garantías constitucionales del proceso penal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, 2006, pág. 1027. Con una opinión peculiar, defiende Tomás DE DOMINGO que “no se puede hablar propiamente de conflictos de derechos, pero sí de desajustes, pues las personas conciben su forma de estar en el mundo de diversas maneras”. Vid. DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, 2001, pág. 377.

⁶⁴ HASSEMER, W., *Crítica al Derecho Penal de boy*, Buenos Aires, 1995, pág. 80.

⁶⁵ Cfr. Rubén AUED, N., Alberto JULIANO, M., *La probation y otros institutos del Derecho Penal*, cit., pág. 95. Analizando la tensión de fuerzas en el proceso penal, interesante las palabras de BINDER al señalar que “la primera de esas fuerzas o tendencias es la que se preocupa por establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal. Se procura en este caso evitar que el uso de esa fuerza se convierta en un hecho arbitrario. Su objetivo es, esencialmente, proteger la libertad y la dignidad de la persona. La segunda de esas tendencias se inclina a lograr una aplicación efectiva de la coerción penal. Su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal”. Vid. BINDER, A. M., *Introducción al derecho procesal penal*, cit., pág. 56.

derechos y garantías importa algunas veces dificultar la eficiencia de la coerción. Se busca, así, con total desesperación, un punto de equilibrio, pues en un Estado democrático y de Derecho los fines nunca justifican los medios, debiendo buscarse la eficacia de la coerción penal con ética y respeto al contenido mínimo de los derechos y garantías fundamentales, sin radicalismo para una u otra corriente de pensamiento, para que así el proceso penal intente buscar la deseada perfección⁶⁶.

En lenguaje figurado es como si imaginásemos dos flechas, una representando el derecho de castigar del Estado (principio instrumental punitivo) y la otra, las garantías del sujeto sometido al proceso penal (principio instrumental garantista), que vienen en sentidos opuestos, pero en verdad, no tienen que terminar chocando, de tal modo que provoque la aniquilación de uno u otro de estos intereses⁶⁷.

Como ya hemos adelantado, el interés es único, o sea, la eficiencia con garantías, lo que se va a conseguir al momento de establecer un equilibrio⁶⁸ proporcional entre las dos fuerzas en tensión. Y en este punto del análisis, ¿podríamos comprender los conceptos de celeridad (eficiencia) y garantías como antagónicos? Concretamente se puede contestar esta pregunta afirmando que no, ya que a la postre, en nuestro pensamiento, es posible obtener celeridad procesal en la búsqueda de eficiencia penal utilizando el debido respeto a las garantías inherentes a la condición de investigado o imputado en un proceso penal.

Es una tarea difícil pero no imposible. De todos modos, la respuesta a esta asertiva, según BARONA VILAR, es que los dos conceptos fluctúan de forma pendular pretendiendo adquirir una mayor preponderancia el uno sobre el otro: la celeridad y las garantías, como un paseo entre el amor y la muerte, olvidando que son conceptos intrínsecamente creados para coexistir, buscando el equilibrio perfecto entre ellos. Del mismo modo que la vida necesita del amor y de la muerte para serlo en plenitud, el sistema punitivo necesita de la celeridad y de las garantías coordinados entre sí⁶⁹.

Precisamente, queda muy claro que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que buscan no sólo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino, en última instancia, mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. Este conflicto de intereses se presenta, por ejemplo, cuando existe la necesidad de implementar procedimientos más eficaces de persecución penal ante la gravedad que revisten ciertas conductas delictivas, pero cuya legitimidad puede relativizarse⁷⁰.

⁶⁶ Sobre el tema, para una intensa profusión, Vid. BEDÉ JÚNIOR, A; SENNA, G., *Princípios do Processo Penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção*, São Paulo, 2009, págs. 24-25.

⁶⁷ Algún autor sostiene que en verdad, “a par de la baja efectividad de las garantías constitucionales, otro problema ha surgido delante de la colisión entre ellas, en el caso concreto, con la consecuente supresión o disminución de la esfera de protección de una de ellas. Así, estas garantías en colisión habrán de ubicar, muchas veces, en principios constitucionales que componen los denominados derechos fundamentales”. Así, por ejemplo, GRANDINETTI CARVALHO, L. G., “Garantias Constitucionais-Processuais Penais (A efetividade e a ponderação de garantias no processo penal)”, *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 6, núm. 23, Rio de Janeiro, 2003, pág. 193.

⁶⁸ Por esta razón, VÉLEZ MARICONDE advierte que “no es posible olvidar ninguno de esos intereses, cuya efectiva protección resulta, desde luego, en virtud del derecho procesal; el legislador debe buscar una solución armónica, un equilibrio que, desde un punto de vista político, signifique la correcta interpretación de las normas constitucionales”. Vid. VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, cit., pág. 128.

⁶⁹ Cfr. BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 24.

⁷⁰ Vid. CARO CORIA, D. C., “Las garantías constitucionales del proceso penal”, cit., pág. 1028.