GÖSSEL, Karl-Heinz: *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, XX+252 páginas.

Nos encontramos ante una nueva y enjundiosa obra del eminente Profesor alemán Karl-Heinz Gössel, Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Erlangen-Nürnberg, que contiene una Recopilación de estudios del autor sobre temas de tanta relevancia e interés como «Esencia y fundamentación de las sanciones jurídico-penales», «La medición de la pena en el Sistema del Derecho penal», «Reflexiones sobre la relación entre norma y tipo. El error sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación», «La verdad en el proceso penal ¿es encontrada o construida?», «La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales», «Ministerio Fiscal y Policía Criminal en el Procedimiento Penal del Estado de Derecho», «Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal», «La petición de prueba en el proceso penal alemán» y «La prohibición de prueba», que ven la luz en la prestigiosa Editorial mexicana Porrúa. La versión castellana de los ocho primeros trabajos citados ha estado a cargo del Prof. Miguel Polaino Navarrete (Universidad de Sevilla / España) y la del último a cargo del Prof. Edgardo Alberto Donna (Universidad de Buenos Aires / Argentina).

La obra contiene, en primer término, un detenido examen de los aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales del procedimiento penal. Una vez realizado un exhaustivo análisis crítico acerca de la esencia y punto de conexión de las sanciones jurídico-penales, se centra el autor en el estudio de la medición de penas. El surgimiento de nuevos principios y ámbitos de discusión, que suponen la revitalización de antiguos, pero no por ello superados, debates entre teorías absolutas y relativas, sin duda merece la atención dispensada en la obra. Tanto en lo relativo a estas primeras cuestiones como en las demás reflexiones insertas en la misma, es de reseñar que el autor recurra con frecuencia a casos extraídos de la praxis jurídica. De este modo (y por cuanto el propósito de la obra, expresamente manifestado por el autor en su Introducción, es la explicación acerca de qué es el Derecho penal), el empleo de supuestos reales permite destacar la dimen-

sión práctica de las cuestiones dogmáticas y, de este modo, articular respuestas coherentes a problemas tangibles.

Conforme a una dinámica que parte de lo genérico para buscar a continuación sus manifestaciones más concretas, tras realizar una serie de consideraciones abstractas acerca del concepto de verdad, traslada sus reflexiones al ámbito procesal penal. Así, considera que la búsqueda de la verdad quedará articulada procesalmente a través de su «aprehensión», que no construcción, en el seno del procedimiento. Al analizar los aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales de tal búsqueda, en lo que se configura como hilo conductor de la obra, conscientemente se adentra Gössel en un terreno cambiante y complejo. Es por ello que *a priori* renuncia a moverse en unos términos distintos a la plausibilidad y razonabilidad.

Puesto que en el *iter* histórico que conduce al triunfo de la Justicia material sobre el utilitarismo no puede ignorarse la función desempeñada por el Ministerio Fiscal, el autor realiza un pormenorizado estudio de su papel como funcionario acusador y vigía de la ley. Al respecto, advierte de que el desligar su figura de las finalidades que lo motivaron en sus orígenes pueda acaso favorecer el retorno a épocas felizmente superadas que de nuevo supongan el sacrificio de la Justicia material en favor de la sacralización de la utilidad.

Por otra parte, se analiza la controvertida materia de las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal, atendándose tanto a su naturaleza como al modo de valorar los resultados que de su práctica se desprenden. Una vez aclaradas convenientemente distintas cuestiones terminológicas (y tras distinguirse, como medios de identificación personal, entre el análisis del genoma y la huella genética), se pone de manifiesto el carácter material de dichas investigaciones. El hecho de que resulten *de facto* una combinación de prueba personal y de prueba objetiva, al tiempo que dificulta su encuadre en supuestos legalmente previstos, favorece la inexistencia de una regulación positiva que prevea su práctica individual. El autor contempla diversas vías para lograr su incorporación procesal. Sirviéndose de nuevo de supuestos extraídos de la praxis, determina la relevancia que dichas investigaciones alcanzan en cada fase del proceso penal. Considera que únicamente sobre tales premisas cabría decidir acerca de la admisibilidad de su práctica en el seno del mismo.

Se distinguen tres ámbitos referidos a la admisibilidad, cuales son el de la obtención de células como base para la investigación genética, el de la propia práctica de la investigación y, finalmente, el de la utilización de los resultados que su práctica arroja, que son objeto en la obra de un estudio particular. En el curso del aná-

lisis de cada uno de estos planos se apuntan en la obra diversas cuestiones problemáticas. De este modo, no podía obviarse el conflicto que la intervención corporal (como medio usado en ocasiones para la obtención de células) plantea en relación con los derechos fundamentales, en general, y con la dignidad humana, en particular. Más adelante, sobre la base ya de la doctrina constitucional alemana, se aborda de nuevo el asunto de la incidencia de las investigaciones genéticas en tres esferas de la privacidad.

El régimen de valoración del consentimiento del afectado por estas investigaciones, así como el juego del principio de proporcionalidad, varían dependiendo de qué tipo de agresión corporal se trate (efectuando especial mención al caso de la extracción sanguínea) y de la coincidencia o no del afectado con la figura del inculgado.

No desaprovecha el autor la ocasión de, ante lo que considera una insuficiencia general del Derecho probatorio procesal alemán, proponer *de lege ferenda* una nueva regulación de las investigaciones genéticas. En el contexto actual, agravado por las contradicciones y la falta de constancia en los postulados del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), analiza la posible virtualidad como fuente de prohibición de utilización de prueba de la Ley Procesal Penal alemana y de los derechos de la personalidad (y, más específicamente, en su manifestación de prohibición de autoinculpación).

Como derivación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y en inescindible conexión con la salvaguarda de la dignidad humana, se contempla el derecho a la autodeterminación informática. Se evidencia cómo en ocasiones, en aras de intereses colectivos preponderantes, se limitan algunas de las manifestaciones de este derecho. La admisibilidad de la limitación que supondrían tanto el análisis del genoma como la realización de la huella genética, según Gössel, dependería de la existencia de expresas previsiones legales sobre el particular y del respeto al principio de proporcionalidad. Conforme a este planteamiento, si los mismos fines procesales se alcanzaran con procedimientos más elementales, resultaría inadmisibles la realización de un análisis genético.

Partiendo del estudio de los elementos que integran la petición de prueba, se realiza su delimitación conceptual, diferenciándolo además de otros modos de aportación al Juez de hechos decisivos para la culpabilidad y la penalidad, tales como la sugerencia o el ofrecimiento de prueba. Especialmente reseñable resulta la vinculación del reconocimiento del derecho de petición de prueba al respeto a la dignidad, considerándose el mismo como derivación de la propia situación constitucionalmente protegida del acusado.

A continuación, se procede a realizar un detenido análisis del tratamiento de dicha petición, concretamente en los supuestos en que es posible la desestimación legal, de sus presupuestos en el C.Pr.P.alemán y del modo en que dicho rechazo «debe» articularse. Frente a ello, tampoco se omite la necesaria referencia a los casos en que tal rechazo «puede» tener lugar, atendiendo a razones de economía procesal, de idoneidad del medio solicitado, de la relevancia de los hechos a probar y de defectuosas suposiciones de prueba. Una vez realizado un análisis más genérico, aplicable a todo medio de prueba, se desciende al supuesto de empleo de ciertos medios probatorios.

Es de singular interés el estudio de la conexión de los fundamentos de rechazo de la petición con el deber de investigación judicial. También en relación con ese deber se aborda el examen de los presupuestos para la eficacia en la petición de prueba. Asimismo, queda planteada la esencial cuestión —aún hoy objeto de debate— de si la libertad de aceptación de prueba se reconoce al Juez únicamente en el ámbito de los medios de prueba presentes o si, por el contrario, tal facultad dependerá del arbitrio judicial del instructor. Tras el análisis del artículo 244.5 del C.Pr.P.alemán, se concluye que dicha «arbitrariedad» judicial debe ir conectada al cumplimiento de su deber, impidiéndose todo rechazo amplio de las peticiones de prueba que no observe los límites contenidos en los artículos 244.3 y 4 del C.Pr.P.alemán. El deber de investigación es concebido entonces como máxima que habrá de guiar toda actuación del Juez competente dirigida a la búsqueda de la verdad. A resultas de ello, surge la obligación del Juez de practicar la prueba sobre los hechos que estimaran relevantes para la resolución, no así sobre aquellos otros que, en atención a la misma, resulten de escasa trascendencia. Correlativamente, el derecho de petición de prueba, entendido como la facultad de exigir al Juez que realmente atienda al cumplimiento de su deber de búsqueda de la verdad para alcanzar una decisión materialmente justa, sería concreción de la citada máxima genérica. A lo largo de su análisis crítico, viene el autor a poner de relieve las dificultades inherentes a la tarea de delimitar la petición de prueba respecto de otras figuras, labor entorpecida por la inexistencia de criterios unitarios en la jurisprudencia. Especialmente ejemplificativa de esta complejidad resulta su distinción de la petición de indagación probatoria. Lejos de ser una mera cuestión teórica, esta diferenciación posee importantes implicaciones fácticas, como evidencia el que la desestimación expresa y formal únicamente se prevea, *ex* artículo 244.6 del C.Pr.P.alemán, para la verdadera petición de prueba.

Pese a anteriores referencias a lo largo de la obra, no es hasta el último capítulo cuando Gössel introduce una definición de prueba

y de prueba ilícita, exponiendo las relaciones existentes entre el proceso de constatación de los hechos y el de valorización de las pruebas.

En lo que constituye el pilar central de esta última parte, se ponen de manifiesto las contradicciones e insuficiencias apreciadas en el seno de las posturas jurisprudenciales acerca de la relación entre práctica de prueba y prohibición de aprovechamiento.

Las pruebas ilícitas se erigen en limitación de la probatoria, restringiendo la investigación de los hechos a lo largo de todas las etapas del procedimiento penal. Así, la búsqueda de la verdad en el proceso se encuentra con limitaciones tanto jurídicas como derivadas de la propia idea de justicia, reflejo de la protección que exigen el principio de proporcionalidad, los Derechos Humanos y el conjunto de derechos constitucionales e intereses públicos. Pese a no poder considerarse una cuestión pacífica, se recoge en la obra la tendencia jurisprudencial a ponderar —más ampliamente que como lo hacía la teoría del ámbito jurídico— los intereses de una Administración de Justicia funcional y los intereses individuales, protegidos constitucionalmente, del acusado. De acuerdo con esta postura, no todas las prohibiciones de práctica de prueba implican, sin más, una prohibición de aprovechamiento. Para apreciar realmente una prohibición de aprovechamiento, por tanto, no bastará con constatar un proceder contrario a la Ley Procesal en el marco de la averiguación de los hechos. Sin descuidar la idea de que la verdad no debe ser averiguada a cualquier precio, se delimitan los ámbitos anteriores en función de la entidad de la violación procedimental y de la condición jurídica del interesado. Con auxilio de referencias jurisprudenciales, doctrinales y de Derecho comparado, se trata de dilucidar en qué supuestos una valorización de prueba ocasiona la violación de la condición jurídica del acusado.

Sin ignorar aquellas aportaciones que han resultado trascendentes en este campo, no puede obviarse el hecho de que, no obstante su importancia, aún es escaso el número de países que han sometido a un verdadero debate científico las figuras de la prueba y la prohibición de prueba. Es por ello que finaliza Gössel su estudio, combinando convenientemente las perspectivas *de lege lata* y *de lege ferenda*, y exhortando al legislador a que adopte posiciones al respecto y evite así que los vacíos legales en tan trascendente materia conduzcan a la atribución al poder judicial de tomas de decisiones político-criminales que comprometan la efectiva separación de poderes.

M^a. DEL PILAR MARTÍN RÍOS
*Becaria FPU en el Departamento de Derecho Penal y Procesal
Universidad de Sevilla*