

## REFORMAS PENDIENTES DE LA JUSTICIA PENAL

LUIS RODRIGUEZ RAMOS

Catedrático de Derecho penal y Abogado

CUANDO EN 1978 se promulgó la vigente Constitución, se abrieron enormes expectativas para la modernización de la Justicia penal española. Téngase en cuenta que no sólo terminaba una larga etapa de gobierno autoritario sino que dicho período, con más o menos paréntesis cuasi democráticos, había estado precedido por otras largas épocas de dictadura y, sobre todo, que carecíamos en España de una revolución liberal, burguesa, industrial y urbana análoga a la de otros países, pues el siglo XIX español había demostrado una gran resistencia a la aceptación de las ideas nacidas con la revolución francesa.

Han transcurrido diez años desde la promulgación de la Constitución y, sin negar avances indudables, lo cierto es que las expectativas abiertas hace dos lustros siguen siendo simplemente eso: expectativas, pues la Justicia penal española se encuentra aún muy lejos de homologarse con la que funciona en países claramente desarrollados. Posiblemente la problemática de la Justicia penal sea extrapolable al ámbito de la Justicia en general e, inclusive, a otras instituciones tan básicas para un Estado actual como son la Universidad, la Sanidad, etc., etc., trasposición que de ser justa nos haría llegar a la conclusión de que nos encontramos en un país económicamente desarrollado, si se atiende a las cifras macroeconómicas, pero subdesarrollado en los restantes aspectos y, particularmente, en el que ahora interesa: el relativo a la Justicia penal.

## AUSENCIA DE MODELO

No se puede negar que los gobiernos democráticos que han existido desde 1978 en este país, han realizado intentos de reforma de la Justicia penal tanto en el ámbito sustantivo (diecisiete modificaciones parciales ha sufrido el Código penal desde entonces!) cuanto en el procesal y orgánico, pero tales reformas, extensas en algún caso, han sido generalmente fragmentarias y, siempre, sin un norte claro respecto al modelo de Justicia penal que se quería, debía y podía implantar en España. La fragmentariedad y desorientación ha llevado, por ejemplo, a elaborar una legislación orgánico procesal en 1985 renovando la centenaria y modesta —"provisional"— Ley Orgánica del Poder Judicial (en algunos aspectos, estropeándola: vease la regulación de la recusación de jueces, por ejemplo, que asigna la competencia para instruir y fallar el incidente de recusación al juez sustituto del recusado, juez perfectamente parcial, tanto objetiva —decide sobre su propia competencia cuanto subjetivamente —respecto a un compañero al que sustituye y por quien es sustituido en caso de enfermedad, vacaciones, etc.—) sin una previa revisión de la Ley de enjuiciamiento criminal en profundidad, y cuando el Tribunal Constitucional declaró contraria a la Constitución la Ley Orgánica 10/1980 por ser parcial el juez enjuiciante que previamente había instruido la causa, la nueva, precipitada, parcial e imperfecta reforma procesal exigió que se revisase esa Ley Orgánica del Poder Judicial, poco tiempo antes promulgada y aún no íntegramente en vigor.

El cuadro normativo regulador de la Justicia penal, que debería haber aplicado los principios constitucionales en términos de realidad y efectividad, sigue pues pendiente de una reforma global, previa elección de norte o modelo claro y acorde con dichos principios. Como un dato más que evidencia la fragmentariedad y precipitación del legislador español, fijense mentes en la citada y reciente reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal introductora del llamado "procedimiento abreviado", pues bien, lo que en teoría es un procedimiento especial y, en consecuencia, más bien excepcional, en la práctica se convierte en el procedimiento común, si se tiene en cuenta que es el aplicable al mayor número de las infracciones penales que acaecen, pues el "oficialmente" procedimiento ordinario únicamente se aplicará para los delitos que se castiguen con penas iguales o superiores a la reclusión menor, es decir, menos de la décima parte del total de los que suelen cometerse.

La fragmentariedad, precipitación y ausencia de guía o modelo de las reformas penales, procesal penales y orgánico procesal españolas, han llevado a que todavía estén pendientes de aplicación derechos, principios o instituciones tan importantes como el jurado, la doble instancia para todas las infracciones penales, la regulación y control jurisdiccional efectivo de la potestad sancionadora de las administraciones, las indemnizaciones por error, normal y anormal funcionamiento de la Justicia, y otros muchos aspectos; concretamente las referencias a esta materia de las indemnizaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 292 y ss.) es la más perfecta expresión de la hipocresía legislativa: aparentar que se cumple con las exigencias constitucionales, para evitar en la práctica indemnizar a las "víctimas de la justicia" por prisiones preventivas o acusaciones en causas que terminan en absolución, por anormales funcionamientos de la Justicia (no se sabe si desde un punto de vista estadístico o por no ajustarse a la norma) e incluso por "normales" funcionamientos de la misma.

## MAL FUNCIONAMIENTO

Si el marco normativo es insuficiente, el funcionamiento de la justicia penal no lo es menos. Existen enormes atascos en todos los órganos jurisdiccionales, tanto ordinarios como inclusive en el propio Tribunal Constitucional, que convierten la Justicia en un fenómeno tardío y, además, la acumulación de asuntos obsesiona a los órganos que deben impartir Justicia, hasta el extremo de poner todos los medios para aligerar tal acumulación, primando la celeridad y eficacia burocrática sobre la profundidad y la justicia. Inclusive la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, que ha supuesto el "ascenso" de jueces y magistrados y la entrada masiva en la judicatura de nuevos funcionarios, está generando importantes desajustes tanto por los períodos de vacancia sin titular de numerosos juzgados y salas, cuanto por la generalización de personas jóvenes y sin experiencia, que asumen responsabilidades jurisdiccionales sin tener un entrenamiento que deberían haber adquirido en el período previo a la toma de posesión de sus puestos.

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE DELINCUENTES Y VICTIMAS

El caos normativo y funcional significa lógicamente, en gran medida, una existencia de protección efectiva de los derechos fundamen-

tales de delincuentes y víctimas. Respecto a los delincuentes resta aún por conseguir una satisfactoria regulación, por ejemplo, de instituciones tan básicas como la detención y la prisión preventiva. Además en cuanto a la detención, la actual Constitución se separó de las tradicionalmente progresivas que establecían el plazo máximo de detención policial en veinticuatro horas en vez de las setenta y dos actuales, y en los restantes aspectos sigue estando regulada insuficientemente en la Ley de enjuiciamiento criminal, tanto por lo enrevesado y confuso de los supuestos de detención previstos en los arts. 489 y 491, disociados a su vez de la regulación de la prisión provisional, cuanto en lo relativo a la existencia de otros supuestos distintos sin ninguna o suficiente normativa y, además, con contradicciones palpables como las veinticuatro horas de plazo máximo de detención policial a las que alude el art. 496, sin duda por la inercia histórica antes mencionada. Se necesitaría una ley orgánica que aclarase los supuestos de detención no previstos en la Ley de enjuiciamiento criminal, además de clarificar también éstos al reformarse dicha ley, y de esta manera saldría de dudas la policía cuando recibe órdenes de realizar "redadas", "controles de carretera", personas que se niegan a identificarse, detención de menores, etc., etc.

La prisión preventiva merece también una especial atención, a la hora de denunciar aspectos de la Justicia penal, pendientes de una satisfactoria solución desde el punto de vista de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española. A pesar de las reformas y contrarreformas padecidas por los arts. 503 y 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal, la prisión preventiva en España está muy lejos de regularse conforme a las pautas en un país desarrollado. Ciertamente existen unos plazos máximos de prisión preventiva, cierto también que está claro que sólo cabe dicha prisión por delitos —no por faltas—, pero no lo es menos que los jueces pueden hacer lo que "les da la gana" —arbitrariedad— a la hora de decir sí o no a la prisión preventiva, puesto que únicamente existe un criterio general muy excepcionado en el sentido de proceder a la libertad si la pena es de prisión menor o inferior y la encarcelación en caso contrario. Que dos jueces distintos acuerden libertad uno y prisión otro ante hechos idénticos, carece de explicación en un país que define los derechos fundamentales y particularmente uno de los más importantes que es la libertad.

Habría que revisar en profundidad la prisión preventiva en España, considerando por ejemplo la regulación de la República Federal Alemana

que es muy clara a estos efectos, para reconocer en la teoría lo que en la práctica es el pan nuestro de cada día: que la prisión preventiva, aun teniendo como naturaleza primordial y más común la de medida cautelar personal, excepcionalmente puede tener también y de hecho tiene en ocasiones la naturaleza de medida de seguridad, aplicable a detenidos sobre los que pesa una objetiva sospecha de que van a seguir delinquirando si se les concede libertad: drogadictos por ejemplo, y de pena anticipada, para los sospechosos de haber cometido delitos especialmente graves, pero no los simplemente castigados con pena de prisión mayor o superior, sino los que específicamente por su nombre y artículos del Código penal se designen en la Ley de enjuiciamiento criminal, como ocurre en la Ley ritual procesal penal alemana: asesinato, terrorismo, etc.

Las víctimas de las acciones delictivas tampoco están suficientemente protegidas en el ámbito procesal penal español, pues siguen teniendo un papel secundario en el proceso, protagonizado por la representación del delincuente y el Ministerio fiscal que, siguiendo pautas antiguas, actúa más en defensa del "ius puniendi" del Estado que de las propias víctimas. Pero esta temática relativa a la víctima en el ámbito del proceso penal, requiere un tratamiento autónomo referido a la extensión del principio acusatorio a la fase de instrucción penal y a la implantación del principio de oportunidad a lo largo del proceso.

## PRINCIPIOS ACUSATORIO Y DE OPORTUNIDAD

Siguiendo los deseos de Alonso Martínez en la exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento criminal hace más de un siglo, es el momento de extender la vigencia del principio acusatorio a la fase instructoria del proceso penal. Ciertamente que la reciente modificación relativa al nuevo procedimiento abreviado ha dado un paso en este sentido, pero cierto también que dicho paso ha sido tímido y confuso pues en la actualidad tienen competencias instructoras tanto el juez que sigue siendo en consecuencia inquisitivo (juez y acusador a la vez), como el fiscal e inclusive la policía judicial. Parece llegado el momento de convenir al juez en una pieza absolutamente imparcial desde los primeros pasos del proceso, encargando al fiscal de todas las misiones relativas a la consecución de pruebas de cargo, con la ayuda de la policía judicial, bajo el control del juez de instrucción que deberá intervenir preceptivamente cuando las pretensiones del fiscal rocen los derechos

fundamentales de los acusados. Esta intervención desde los primeros momentos del Ministerio fiscal, además de liberar al juez de esas misiones acusatorias garantizando su imparcialidad también en la fase de instrucción, servirán para preparar en forma los procedimientos y recoger pruebas que pudieran resultar perecedoras desde los primeros instantes en que se conoce la comisión de una posible infracción penal.

Pero junto a la extensión del principio acusatorio a la fase instructoria del procedimiento penal, no es menos importante la implantación del principio de oportunidad que puede aportar numerosas ventajas para víctimas, delincuentes y la sociedad en general. Sin necesidad de soslayar su sumisión al principio de legalidad, el Ministerio fiscal debe de tener amplios márgenes de "negociación" con los acusados y sus representaciones letradas, en el sentido de pactar soluciones que, en primer término, tengan en cuenta el restablecimiento de la situación perturbada por el delito sufrida por la víctima o por sus herederos. En este sentido deben de otorgarse facultades suficientes al Ministerio fiscal, no sólo ni principalmente para retirar la acusación cuando lo estime oportuno, sino también y sobre todo para lograr transacciones respecto a la pena que estaría dispuesta a aceptar la defensa, con las condiciones que se estimen oportunas. Esta transacción penal, naturalmente bendecida por el juez una vez propuesta por las partes, además de agilizar los procedimientos en bien de las víctimas o de sus herederos, significaría un desahogo de papeles y trabajo para la Justicia penal, al obviar la necesidad de que se celebren muchos juicios orales; téngase en cuenta que en algún Estado de los Estados Unidos de América, en torno al noventa por ciento de los que están cumpliendo penas de prisión no han pasado por juicio, al haber llegado a una transacción de esta naturaleza las defensas y la acusación pública.

## **PRESUNCION DE INOCENCIA Y SEGUNDA INSTANCIA**

El derecho a la presunción de inocencia, consagrado como los restantes relativos a la justicia en general y a la penal en particular en el art. 24 de la Constitución, ha tenido algún reconocimiento en sus aspectos más elementales por el Tribunal Constitucional. Siguen sin embargo pendientes muchos problemas en la práctica y valoración de la prueba en el proceso penal español, particularmente este último aspecto. La valoración de la prueba en conciencia no puede ser incompatible con una explicitación

de dicha conciencia consistente en manifestar por qué se llega a una u otra conclusión, en atención a la prueba practicada. Hay que superar el mito o tópico falso de que en la justicia penal se busca la verdad material y no la verdad formal, porque dicho tópico conduce a consecuencias incalculables cuando la verdad material es imposible o difícil de conocer; es mucho más acorde con el derecho fundamental de presunción de inocencia que se considere la dialéctica de la prueba en el proceso penal como estrictamente formal, pues de lo contrario se confunde valoración en conciencia de la prueba con felices intuiciones que no pasan de ser sospechas o indicios: si formalmente hay prueba de cargo suficiente, se puede condenar; si no la hay, no cabe tal condena, sin que pueda suplirse tal ausencia por "convencimientos" de los juzgadores no explicados, esto es, arbitrarios.

En íntima conexión con el remozco de la prueba desde la perspectiva de la presunción de inocencia en el proceso penal, surge el problema de la segunda instancia. En primer lugar debe de existir segunda instancia para todas las infracciones penales y no sólo para las más leves como ahora ocurre, pues los delitos más graves, al margen del recurso de casación al que luego se hará referencia, deben tener segunda instancia también por exigencia del Convenio Europeo de derechos humanos, entre otras razones. Pero es que además en España la apelación o segunda instancia se entiende mal, y tan mal entendimiento se ha agravado en la reciente reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal respecto al procedimiento abreviado, que convierte la apelación en un procedimiento escrito configurado como una mini casación. El error radica en no darse cuenta de que la segunda instancia, cuando no se plantea por razones de interpretación del derecho sustantivo sino de práctica o valoración de la prueba, exige que se repita toda la prueba ante el órgano jurisdiccional superior, por razones elementales de inmediación y oralidad. Mientras no se dé este paso en las leyes procesales españolas, la problemática de la prueba y de la doble instancia seguirá siendo una asignatura pendiente.

## **LA CASACION PENAL**

Y en fin respecto a la casación (recurso que podría mantener e incluso acentuar su carácter formalista y restrictivo si se estableciese para todos los delitos la segunda instancia, lo que sin duda aligeraría el atasco actual), hay que

volver a sus orígenes anteriores, a los años cuarenta, extendiendo dicho control jurisdiccional casacional a todas las sentencias en segunda instancia relativas a cualquier infracción penal, desde la más leve —falta— hasta la más grave. Sólo de esta manera se puede lograr una unificación jurisprudencial en el país, elemental en un Estado de Derecho en donde todos somos iguales en teoría ante la Ley y donde no cabe la arbitrariedad, control jurisdiccional casacional que además avitaría convertir el recurso de amparo, como ocurre en la actualidad, en una tercera instancia.

## EL LARGO CAMINO PENDIENTE

De este apresurado, apretado, desordenado e incompleto análisis, relativo a la Justicia penal en España después de la Constitución, se concluye la necesidad de una pausa, global y profunda reforma que actualice y adecúe la teoría y la praxis tanto a la Constitución cuanto a la realidad social españolas. Esta reforma pausada, extensa y profunda que por ello no puede ser meramente jurídica, pues debe de partir de un conocimiento de la realidad social y económica, desde la perspectiva que exige nuestra Constitución. Tras estos estudios realistas y la determinación de las consiguientes alternativas técnicas oídos todos los operadores (desde la policía judicial hasta los funcionarios de prisiones), parece conveniente el logro de un pacto de Estado de todas las fuerzas políticas, consistente en llevar a adelante la reforma penal durante el plazo y al costo que sean necesarios.

Lo primero que habría que hacer es estudiar y reformar todo el aspecto sustantivo sancionador del Estado español, incluyendo no sólo los sectores jurídico penales sino también los relativos a la potestad sancionadora de las administraciones públicas. Hay que optar en España por algunos de los sistemas existentes en Europa, relativos al control jurisdiccional efectivo y lo más inmediato posible de las infracciones y sanciones administrativas. Junto a dicha definición es también importante elaborar un nuevo Código penal que delimite con claridad las infracciones que deban de tener dicho carácter, superando arcaísmos como llamar a las penas privativas de libertad de distinta manera según su duración, archivando la reedición de penas por el trabajo señalando con realismo la efectiva duración de las penas, estudiando la instauración de la cadena perpetua que rige en los países con más tradición democrática que el nuestro, etc. Una vez determinado el derecho sancionador sustantivo, hechos los cálculos correspondientes del vo-

lumen de trabajo que va a existir con cada uno de los niveles de gravedad de infracciones previstos en dicho conjunto, será el momento de definir el segundo gran capítulo de la reforma penal pendiente que es el estrictamente procesal.

La reforma procesal debe de comenzar por la elección y definición precisa de los principios rectores del nuevo proceso penal, en gran parte diseminados en los anteriores epígrafes de este escrito. A continuación sería conveniente diseñar un procedimiento ordinario y los estrictamente necesarios procedimientos especiales para la celebración de los procesos relativos a infracciones especialmente graves o especialmente leves, con particular referencia a aquellas que deban ser enjuiciadas por el jurado. La vigencia del principio acusatorio desde el primer momento, la introducción del principio de oportunidad, la doble instancia, la casación para todas las infracciones, etc. serán aspectos esenciales de la nueva Ley de enjuiciamiento criminal, así como una precisa y satisfactoria regulación de las medidas cautelares reales y, sobre todo, personales particularmente la detención y la prisión preventiva, sin olvidar otras soluciones menos gravosas para la libertad personal que puedan introducirse como medidas cautelares en un futuro proceso, inspirándose en soluciones ya contrastadas por la experiencia en otros países de la C.E.E.

Una vez conocidos los panoramas sustantivo y procesal de la nueva Justicia española, será el momento de elaborar o de modificar profundamente la Ley Orgánica del Poder Judicial, que cree y diseñe los órganos jurisdiccionales necesarios para llevar a cabo el trabajo conforme a los presupuestos sustantivos y procesales ya descritos. De la mano de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial estará la nueva Ley de planta y demarcación.

Pero lo que importa destacar a la hora de diseñar y ejecutar tan ambicioso programa es la necesidad de hacerlo, por una parte, con calma pero con urgencia y, por otra, con un realismo de ejecución que marque en un racional derecho transitorio los distintos pasos necesarios para cambiar efectivamente la estructura y funcionamiento de la Justicia penal en España. No importa que dicho plazo pueda ser de 10, 15 o 20 años, tendrá que durar lo que los técnicos consideren necesario, lo importante es que se gradúen fechando y cifrando (con el dinero necesario) los objetivos, y que se vayan alcanzando mes tras mes, año tras año hasta que se logren los últimos y más difíciles objetivos establecidos en dicho plan. ■