

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

165 - 176

ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA PENAL (Su necesaria y urgente reforma)*

Resumen: Se analizan los diferentes problemas que afectan a la justicia penal, tales como el aumento de las intervenciones judiciales por parte de los ciudadanos, el aumento de la litigiosidad y, por consiguiente, la imposibilidad de asumir la sobrecarga de trabajo. Frente a esto, se estudian algunas de las soluciones que podrían aplicarse en materia penal, apuntando, entre otras, la descriminalización y despenalización, los tribunales especializados o la creación de un sistema diversificado de penas.

Laburpena: Justizia penalarari eragiten dieten arazoak aztertzen dira, epai esku-hartzeen gorakadak biztanleen aldetik, auzien gorakadak eta honekin batera dagoen lan bultzada aurrera eramateko arazoak. Honen aurrean, materia penalean ezarri daitezkeen irtenbide batzuk aztertzen dira hauen artean kriminalizazio eza eta penalizazio eza.

Résumé: On analyse les différents problèmes qui touchent la justice pénale, tels que l'augmentation des interventions judiciaires de la part des citoyens, l'augmentation des litiges et, par conséquence, l'impossibilité d'assumer la surcharge de travail. Par rapport à tout ça, on étudie quelques solutions qui pourraient être appliquées en matière pénale, en signalant, au milieu des autres, la décriminalité et la dépénalité, les tribunaux spécialisés ou la création d'un système diversifié des peines.

Summary: The different problems that have an effect on the penal justice are analysed: the increase of judicial interventions for the part of citizens, the increase of the lawsuits and, therefore, the impossibility to assume the surcharge of work. Opposite to this, some of the solutions in penal matter that could be performed are studied, pointing out, among others, the non-criminalization and the non-punishment, the specialized courts or the creation of a diversified system of penalties.

Palabras clave: Derecho Penal, Justicia Penal, Penología, Descriminalización, Despenalización, Penas Privativas de Libertad.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Justizia Penala, Penologia, Kriminalizazio Eza, Penalizazio Eza, Askatasunaren Aurkako Zigorrak.

Mots clef: Droit Pénal, Justice Pénale, Pénologie, Décriminalité, Dépénalité, Peines Privatives de Liberté.

Key words: Penal Law, Penal Justice, Penology, Non-criminalization, Non-punishment, Privative of Liberty Penalties.

* *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Monográfico de Eguzkilore. Cuademo del Instituto Vasco de Criminología, núm. 2 extr., 1989, pp. 173-184.*

I. EXPOSICION DEL PROBLEMA

1. Conciencia de la condición de ciudadanos titulares de la soberanía y del papel de los Jueces, por parte del Pueblo.
2. Aumento, por consiguiente, de la litigiosidad.
3. Imposibilidad de asumir la carga de trabajo.
4. Mucha más publicidad.
5. Lógico espíritu hipercrítico.

II. POSIBLES SOLUCIONES

1. Descriminalización y despenalización.
2. Poner filtros selectivos a las impugnaciones.
3. Especialización.
4. La ejecución de las penas privativas de libertad.

III. CONCLUSIONES

I. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Me parece muy importante que cuantos, desde una u otra posición, y en orden a las muchas perspectivas que el tema ofrece, estamos implicados profesionalmente en él, como investigadores o aplicadores del Derecho, cambiemos impresiones sobre los problemas existentes y sobre las fórmulas más adecuadas de solucionarlos porque al diagnóstico de las enfermedades puede seguir, con más facilidad y eficacia, la correspondiente terapia.

Estas II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras pueden ser una buena ocasión para la meditación, como lo fueron las primeras. Jueces y fiscales, abogados y procuradores, penitenciaristas, asistentes sociales, en el campo de las realizaciones prácticas, y profesores y científicos, en general, en el campo de la investigación, estamos ahora reunidos alrededor de la figura del Profesor Beristain a quien esta mañana hemos homenajeado, para, haciendo un alto en el camino, reflexionar sobre inquietudes y problemáticas comunes.

En este sentido, como acabo de decir, tener conciencia de la gravedad de lo que sucede hoy con la justicia penal, sea, acaso, un estadio preliminar a la definitiva solución. Pero cuando hablo de situación grave, que nadie piense que hago referencia a patologías o enfermedades del colectivo judicial. En absoluto, y creo que desde la atalaya de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo se pueden constatar bastante bien las vías por donde la justicia penal quiebra y tal vez los más acertados caminos para obtener su reparación. Me parece, y lo digo con el más profundo de los respetos para quienes no piensan así, que no hay nada patológico o enfermizo en la institución, afortunadamente, sino una muy grave crisis de crecimiento, de estreno de un nuevo sistema, de realidades originales, de un distinto y cada vez más efectivo posicionamiento del Pueblo, por fortuna, y por consiguiente, de la aparición de anomalías, deficiencias e irregularidades, propias de la nueva situación.

Esta es, una vez más, la pretensión de esta modesta charla. Cambiar impresiones con tan ilustres colegas sobre aspectos que, sin duda, conocen perfectamente bien y

en relación con los cuales podrán exponer, si lo desean, ideas y preocupaciones muy vivas de las que también, como siempre, procuraré obtener la lección de cuantos quieran intervenir en el Coloquio.

1. CONCIENCIA DE LA CONDICIÓN DE CIUDADANOS TITULARES DE LA SOBERANÍA Y DEL PAPEL DE LOS JUECES, POR PARTE DEL PUEBLO

Varias veces he citado, a este respecto, las observaciones del Fiscal General del Estado en la Memoria de 1987. Con todo acierto advertía entonces el encuentro que se ha producido de los ciudadanos con los órganos jurisdiccionales y la circunstancia de que era notorio que las decisiones de estos últimos, para aquéllos, incidían en sus vidas cotidianas y les afectaban de manera trascendente.

Cuando todos los tribunales están agobiados bajo el peso de los asuntos que no pueden resolver en tiempo adecuado (situación grave y muchas veces absolutamente intolerable) pese al esfuerzo ejemplar que, en general, se realiza y que en tantas ocasiones pasa desapercibido, hablar de crisis de confianza en la justicia no me parece atinado.

Acaso sucede todo lo contrario y apenas si nos damos perfecta cuenta de ello. El Pueblo ve en la Justicia una vía, a pesar de todos los inconvenientes, que existen con toda evidencia, disfunciones y errores y, sobre todo, lentitud; uno de los instrumentos más importantes para defenderse de las agresiones, y utilizo la expresión en sentido figurado, de los demás ciudadanos y de la propia Administración. De ahí que el aumento de las intervenciones judiciales, en todos sus órdenes jurisdiccionales, sea, en efecto, espectacular.

2. AUMENTO, POR CONSIGUIENTE, DE LA LITIGIOSIDAD

Todavía hay que dar cuenta de otro importante acontecimiento en el estado de cosas que estamos examinando. La Constitución española es una de las Leyes Fundamentales más acentuadamente judicialista y que, como ha dicho el Profesor Hernández Gil, antepone a la legitimidad formal aquella otra de naturaleza material o sustantiva.

La afirmación ha sido ya insistentemente repetida y no hay necesidad de remarcarla en demasía, aunque sí conviene traer a colación algunas ideas. La justicia es, con toda obviedad, uno de los valores superiores del Ordenamiento: sin duda, el primero (art. 1.1), la suspensión de los derechos fundamentales, ha de hacerse con la necesaria intervención judicial (art. 55.2), la Administración está sometida al control de los Tribunales en tres aspectos básicos: en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en la legalidad de su actuación y, finalmente, en cuanto al sometimiento a los fines que la justifican (art. 106), con sujeción plena a la Ley y al Derecho (art. 103) y, finalmente, en esta breve excursión por el articulado de nuestra Ley Básica, la actividad judicial realizada por jueces y magistrados es la única, de entre las tres clásicas, que recibe el nombre de Poder (art. 117) sin que tal denominación sea producto del azar o de la improvisación, sino resultado de reflexiones muy profundas y de sentimientos compar-

tidos por los constituyentes, lo que tampoco supone desconocer la prioridad del Poder Legislativo sobre los dos restantes.

3. IMPOSIBILIDAD DE ASUMIR LA SOBRECARGA DE TRABAJO.

Los números no lo son todo pero sí suelen ser representativos de realidades sociales, cualesquiera que sean las correcciones que hayan de hacerse para su más perfecta significación.

Basta leer las Memorias del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado sobre los órganos judiciales existentes y asuntos tramitados para darse cuenta del problema. El Estado tampoco puede, de golpe, multiplicar los Juzgados y Tribunales e incrementar las plantillas porque debe atender a otras muchas necesidades entre las que hay que destacar la Educación, la Sanidad y el gravísimo problema social del paro que a todos nos aterra. Probablemente, ni siquiera se encuentran las personas capacitadas y con vocación para acceder a la Judicatura en los volúmenes necesarios. Hay que llevar, por consiguiente, un cierto ritmo de crecimiento, con orden y mesura y por un elemental deber de justicia hay que reconocer lo mucho que se ha hecho y se está haciendo en este sentido en los últimos años.

Además del crecimiento vegetativo de la población se da un incremento complementario de asuntos que ingresan en todos los órganos judiciales.

En este sentido, mientras no se produzcan cambios cualitativos, las soluciones serán parciales y, por lo tanto, de muy limitada eficacia.

4. MUCHA MÁS PUBLICIDAD

Los principios que, a veces, parecen programáticos y destinados a su solemne exposición, cuando responden, como en nuestra Constitución, a convicciones profundamente sentidas, como conviene a un Estado de Derecho, democrático y social (art. 1.1), llegan a calar en el Pueblo. No en balde se declara en ella que la soberanía reside en el Pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2) y más específicamente en el título VI, con su art. 117.1 se afirma que la Justicia emana del Pueblo. Siendo esto así, es lógico que la publicidad sea una nota destacada en la Administración de Justicia y que sus restricciones hayan de ser aplicadas con especial cuidado y con carácter muy excepcional. Procesos que hace unos años se hubieran celebrado a puerta cerrada por razón de la materia o de las personas implicadas se realizan hoy, utilizando una frase ya clásica, con luz y taquígrafos. Sería absurdo que al Pueblo que es el titular de la soberanía en toda su plenitud y, por consiguiente, de esta importante parcela, se le impidiese conocer el desarrollo de una de las actividades básicas del Estado, salvo cuando situaciones o circunstancias especialísimas lo hagan aconsejable, como puede suceder en los procesos por delitos de violación, es decir, de un atentado, el más grave que puede suponerse a la libertad sexual de una mujer, en los que la publicidad pudiera significar un nuevo ataque respecto a la dignidad e intimidad de la agraviada, que debe merecer todos los respetos.

Somos los jueces los que, de verdad, queremos que nuestra actuación institucional sea conocida, que se sepan las graves, a veces gravísimas, dificultades que com-

porta juzgar, y los primeros que agradecemos a los periodistas y a los medios de comunicación social, en general, su inquietud por los problemas de la justicia que, en la mayor parte de los casos, sólo pueden llegar al pueblo a través de la prensa escrita, radiofónica o televisiva. Estoy convencido, porque lo vivo, de que la Prensa, que desarrolla una de las más importantes tareas en una sociedad democrática, tomará cada día una parte más activa en su proyección judicial a la sociedad a la que sirve. Por mi parte he de agradecer de corazón la sensibilidad y preocupación que ha puesto en temas de especial delicadeza en problemas por mí vividos en los distintos puestos que he desempeñado, y últimamente en la Sala 2.^a del Tribunal Supremo.

5. LÓGICO ESPÍRITU HIPERCRÍTICO DE LA SOCIEDAD

Los Juzgados y Tribunales han estado, por desgracia, demasiado distantes de las inquietudes sociales. A veces se les ha visto como Entes lejanos, inaccesibles, desconocidos e incomprensidos, tanto en sus liturgias como en sus específicos contenidos. Personalmente no me parece mal que se revista de solemnidad el acto de administrar justicia con tal de que la forma externa, el ropaje, el ceremonial, no impida el conocimiento, lo más completo posible, de su contenido y finalidad.

Cuando los administradores de la justicia, por el proceso de democratización felizmente desarrollado en España, se han visto mucho más próximos, cuando se ha levantado en buena parte el velo de su actuación, que nunca ha debido ser reservada y secreta porque nada debe ocultarse, salvo en los supuestos de investigación; las gentes han tomado instintivamente partido por una u otra solución, y un delito de asesinato, parricidio o violación ha dividido las opiniones, y nada digamos si por medio está una personalidad política o judicial o personajes de la vida social.

El Derecho no es una ciencia de las llamadas exactas. No consiste en llevar a cabo una operación que si se realiza con corrección deba dar siempre el mismo resultado. En la solución de los problemas jurídicos caben, en general, fórmulas diversas y hasta opuestas y todas pueden ser ortodoxas. Por una razón muy sencilla: el juez, cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate, tiene que llevar a cabo dos operaciones muy difíciles y complicadas: a) Seleccionar, del material probatorio que se le ofrece por las partes, los hechos que estima han quedado probados. Puede creer a unos testigos y no a otros (prescindiendo de la buena o mala fe de su testimonio), aceptar una pericia y rechazar otra, obtener de unos documentos unas u otras conclusiones; en la inspección judicial alcanzar un convencimiento en parte y una duda o rechazo en otra. b) Diseñado el hecho (que otro juez con igual material probatorio habría conformado, acaso, de diferente manera), tiene que decidir qué preceptos jurídicos son de concreta y específica aplicación y una vez resuelta esta cuestión debe interpretarlos de acuerdo con los instrumentos técnicos que la propia ley le facilita y con su propia sensibilidad humana y jurídica para hacer realidad la teleología de la norma. Y, finalmente, en la parte dispositiva tiene todavía que hacer uso de la discrecionalidad que le concede la ley, en el campo penal, para individualizar la sanción y fijar la indemnización civil, lo que ha de hacer motivadamente, pero sin tenerse que ajustar a normas predeterminadas.

Por ello, cuando un tribunal superior revoca total o parcialmente la sentencia o, en general, la resolución del inferior (utilizo esta palabra sólo para conseguir el mayor entendimiento) o el Tribunal Supremo casa una resolución, no quiere decir que el infe-

rior se equivocó, sino que atendida la necesidad de que se cumpla el principio de seguridad jurídica (que también es constitucional), debe prevalecer el criterio del tribunal que está más cerca del vértice de la pirámide jurisdiccional frente a los criterios, siempre respetables, de los tribunales de instancia.

II. POSIBLES SOLUCIONES

Nos vamos a referir únicamente a la materia penal como ya hemos anticipado y, dentro de ella, haremos referencia, muy breve, a la parte sustantiva, a la procesal, a la ejecucional y penitenciaria, y a la orgánica, incluyendo en este apartado la organización de los tribunales, de las fiscalías y de la abogacía.

Además, las normas constitucionales en relación con el proceso, que tienen evidente vocación generalizadora, encuentran su principal destino en el Derecho penal porque éste sólo puede hacerse realidad a través del proceso.

Al iniciar esta segunda parte he de señalar que, a mi juicio, la solución de la justicia, especialmente de la penal, pasa necesariamente por una profunda y revolucionaria (en el sentido más noble de la palabra) reforma. Pretendo, en este sentido, exponer vías de solución, sin carácter exhaustivo, ni mucho menos dogmático. Se trata de ideas provisionales que pretendo confrontar, una vez más, con especialistas muy cualificados, como lo son todos Vds., para que posteriormente pueda corregir deficiencias e insuficiencias de mi exposición.

1. DESCRIMINALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN

Esta es la solución que tantas veces se ofrece como principal desde muy antiguo y que acentúan quienes son contrarios a la existencia del propio Derecho penal, al menos en su concepción actual. Si los jueces no dan abasto a resolver los problemas pendientes y no es fácil, ni acaso conveniente, multiplicar indefinidamente su número, redúzcanse, al menos, viene a decirse, las conductas merecedoras del calificativo de infracción penal.

Esto en gran medida es cierto, pero no sólo ni preferentemente porque existan insuficiencias estructurales que impidan la sanción en tiempo adecuado, sino porque el Derecho penal debe reconducirse a castigar aquellos comportamientos gravemente insolidarios que atacan frontalmente la convivencia pacífica. Pero esta reducción en orden a los delitos se notaría, desde el punto de vista práctico, muy poco (Cfr. las estadísticas judiciales, por ejemplo, de los últimos cinco años). Se pueden descriminalizar bastantes faltas, algunos delitos de imprudencia, de los mal llamados delitos contra la honestidad, determinados hurtos, estafas y apropiaciones indebidas, etc., en la forma que enseguida diremos, pero nada de ello, como ya anticipamos, afectaría sensiblemente a la actividad judicial en sus grandes números (Cfr. la reforma penal a punto de ser promulgada).

En cambio, hay que hacer reformas estructurales importantes: en orden tanto a la exclusión de conductas como a la incorporación de comportamientos, hoy atípicos. Así, en cuanto a los delitos contra el orden socio-económico (de especial gravedad y

muchas de cuyas conductas viven hoy extramuros del Código penal) en la delincuencia contra la libertad sexual, sobre la que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que me honro en presidir, elevó al Gobierno una Exposición para integrar en la figura de la violación, como más adelante veremos, otras modalidades igualmente graves de agresión sexual, e incluir también al hombre como sujeto pasivo de la agresión (recordemos la tristísima experiencia carcelaria, en este sentido, de atentados a la libertad sexual de jóvenes varones todos los que hemos tenido intervención profesional en el mundo prisional), la necesaria reforma agravatoria del delito de tortura, una de las agresiones más graves que pueden darse en un Estado de Derecho. A estos aspectos se ha referido hace muy pocos días y de forma especialmente acertada y brillante, a mi juicio, el Profesor Cobo del Rosal. También debemos hacer referencia a la necesidad de nuevas exigencias objetivas y subjetivas en ciertas formas de delincuencia, como por ejemplo, los desórdenes públicos (art. 246 y ss.).

En cambio, nos parece muy importante, en este orden de cosas, el cambio de la naturaleza de las infracciones en cuanto a su persecución, es decir, transformar en delitos perseguibles sólo a instancia de parte muchas infracciones penales, por ejemplo, hurtos y estafas en establecimientos abiertos al público (recordemos la experiencia alemana), pequeñas infracciones contra el patrimonio, cuando no se haya producido violencia o intimidación en las personas, etc. Es decir, lo que hay que descubrir es en qué infracciones hay detrás un interés social relevante, merecedor de protección penal y cuándo, por añadidura es imprescindible que actúe el Estado, de oficio, con independencia de la voluntad de la persona perjudicada.

La circunstancia de que, en tales supuestos, pueda existir un chantaje por el que la víctima exija cantidades desorbitadas por su inhibición en cuanto a la denuncia, es un dato a tener en cuenta, pero nadie se ha rasgado las vestiduras de que ello haya pasado y, en cierta manera, pase, con delitos mucho más graves. Lo que hay que hacer es intentar que no suceda.

Volver a aumentar el límite económico de los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida en relación con las respectivas faltas, desequilibraría el trabajo de unos y otros órganos y resolvería muy poco el problema, aunque es evidente que por razones de justicia, en cuanto al poder adquisitivo del dinero, podría llevarse a cabo una cierta corrección monetaria.

Pero la conclusión es otra: debe cuanto antes el Gobierno poner mano a la tarea de elaboración de un Código penal que responda de verdad a las exigencias de nuestro actual Estado, bajo un diseño constitucional, con un sistema equilibrado de infracciones penales y de su correspondiente dosimetría, sin olvidar la imprescindible sincronía que debe existir entre esta reforma, la procesal penal y la penitenciaria (recordemos el tema de la regla 2ª del art. 70 C.P.).

2. PONER FILTROS SELECTIVOS A LAS IMPUGNACIONES

Enseguida trataremos el tema con alguna mayor extensión. Así como en materia civil y laboral me inclino decididamente por el arbitraje institucional (aparte el ordinario) como fórmula de dar solución a muchos de los problemas que la realidad plantea, en el campo penal no cabe, con toda obviedad, a salvo lo que enseguida diremos, este

sistema. Pensemos, por ejemplo, en los conflictos entre el asegurado y el asegurador, del trabajador con el empresario, entre el consumidor, el comerciante y quien fabrica el producto, etc. El arbitraje, especialmente el de equidad, no susceptible de otro recurso que el de nulidad, puede ser un camino amplio y fecundo de soluciones.

En el orden penal nada puede hacerse en este sentido, como acabamos de señalar. Sólo cabe pensar, como también hemos anticipado, en transformar la naturaleza pública en semipública de determinadas infracciones, de tal manera que sólo la voluntad del agraviado o perjudicado sea capaz de poner en movimiento un proceso penal. El sistema tiene inconvenientes: que el que se encuentra en una situación económicamente favorable, propia o de sus familiares o amigos, termina siempre, como ya se dijo, resolviendo el conflicto por medio del dinero, y en este sentido he mostrado siempre reservas importantes que sigo manteniendo pero sobre las cuales se pueden encontrar vías intermedias de solución y, sobre todo, potenciar, como he pretendido en varios trabajos y conferencias, la atenuante del arrepentimiento espontáneo a base de dotarla de unos efectos reductores punitivos excepcionalmente importantes. El arbitraje actuaría (pensemos en el art. 1902 C.C.) o podría actuar para fijar la indemnización de daños y perjuicios producidos por el acto ilícito.

Lo que sí apremia es construir un proceso penal en el que exista incondicionalmente la posibilidad de una seria y efectiva defensa y de impugnar la sentencia por la vía de la apelación, con grandes dosis de simplicidad y sencillez y plenitud de garantías en el que predomine la inmediatez, la contradicción, la agilidad y la rapidez. No es cierto, como a veces se cree, que la complejidad y la lentitud sean signos de mayores garantías. Todo lo contrario; la complejidad, emparentada a veces con el confusio-nismo, casi siempre innecesaria, favorece grandemente al enredador y chantajista, y en el Derecho penal al que se propone a toda costa dilatar el cumplimiento de la pena, con grave daño de la Justicia.

También el exceso de recursos y de vías impugnativas, en general, puede ser contraproducente, al impedir o dificultar la efectiva realización de la justicia, hacer perder la confianza en ella, facilitar su descrédito y, en definitiva, ser contraria a una rápida y recta solución de los conflictos sociales. Aunque parezca una paradoja, la justicia puede quedar asfixiada en formulismos estériles, incluso cuando son favorables al reo que busca la eternización del proceso.

3. ESPECIALIZACIÓN

La especialización puede ser, entre otros, un camino que favorezca la superación de la crisis. A veces, se confunden las jurisdicciones especiales, que no deben existir, y tribunales especializados, que pueden satisfacer íntegramente la exigencia del juez ordinario predeterminado por la ley.

Sé que entre muchos jueces estas especialidades no tienen buena acogida y lo comprendo porque encasillan demasiado. En cambio, el servicio me parece que puede ser muy mejorado. Si todos los jueces, por ejemplo, conocen de delitos monetarios, el esfuerzo que tienen que realizar cuando les corresponde dictar una sentencia en esta materia es enorme, mientras que otro juez especializado la prepararía con mucha más facilidad; todavía más, cuando a los catorce meses, también por ejemplo, vuelve a

tener que resolver otro asunto de parecidas características, el juez no especialista ha de empezar de nuevo porque la complejidad del tema, y a veces las alteraciones legislativas, y, en ocasiones, las jurisprudenciales y científicas, no permiten mantener actualizado el estudio de todas las materias y de todos los problemas presentables. Por ello, si uno de los Tribunales, o de las Secciones del Tribunal, o sus respectivos magistrados, se dedican sólo a la delincuencia económica, por ejemplo, alzamientos y quiebras, delitos laborales, fiscales, monetarios, etc., y otros a tráfico de drogas y delitos de peligro, etc., se mantendría más eficazmente una unidad de doctrina provincial, territorial y nacional, y el esfuerzo para resolver los problemas sería considerablemente menor.

Otro tanto hay que decir de las Fiscalías y, aunque el tema es más delicado, de la Abogacía, especialmente respecto a la habilitación para intervenir en los recursos de casación, que exigen una técnica muy especial cuyo desconocimiento provoca disfunciones importantes y situaciones, a veces, no fácilmente solucionables. También en el Tribunal Supremo pudiera establecerse, de alguna manera, una cierta especialización para mejor mantener la unidad de doctrina y conseguir la aminoración del esfuerzo.

4. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La penología ha de sufrir una profunda transformación. Como ya dije hay que cargarse de imaginación para crear un sistema plural y diversificado de penas. Nada es perfecto, pero las imperfecciones no dejan de serlo si no se trata de superarlas con el estudio y la experiencia propia y ajena.

Es curioso, y así lo expresé ciertamente en las IV Jornadas de Derecho Penal y Defensa Social, celebradas el mes pasado en Coimbra, que por una parte muchos de nuestros Códigos sólo han acertado a poner el acento de la sanción penal en las penas restrictivas de libertad y, en cambio, a renglón seguido, tratan de que dichas penas no se cumplan o que se cumplan en otra clave muy distinta. En España, la suspensión de condena, la redención de penas por el trabajo, la libertad condicional, los llamados beneficios penitenciarios, etc., hacen que la pena quede, en su efectividad, absolutamente desfigurada. Pienso si, detrás de esta Política criminal, no se esconde, acaso de manera inconsciente, una mala conciencia social respecto de estas penas privativas de libertad. Si se quiere que no se cumplan ¿por qué se imponen?

Por ello estimo que sería mucho mejor, primero, establecer un amplio sistema de penas alternativas como instrumento de Política Criminal Judicial y después, permitir, como consecuencia de las vicisitudes del cumplimiento, una especie de novación punitiva de la pena que correría a cargo de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, con un recurso de apelación frente a las decisiones que en este orden de cosas adoptaran. Para ello, el Código fijaría una pena mínima y otra máxima y en su recorrido estaría centrada la individualización judicial, en atención a la personalidad del sujeto, al pronóstico motivado científicamente de modificación del comportamiento y consiguiente reinserción.

En cambio, es escasísimo o nulo el protagonismo de la víctima en este orden de cosas, cuando debiera ser una de las piezas del proceso penal y cuya reparación, como ya hemos adelantado, influyera más en las decisiones finales para estimular la indemnidad, hasta donde sea posible, del perjudicado.

III. CONCLUSIONES

Haciendo una breve recapitulación de las ideas expuestas, a través de un cierto desarrollo de alguno de sus puntos, podemos indicar lo siguiente:

El Derecho penal ha de responder a una unidad y su construcción ha de hacerse siempre en función de los principios que inspiran la Constitución. Ha de reconducirse a sus límites imprescindibles y para ello hay que contar con otros especialistas de campos científicos fronterizos con el Derecho, como la Sociología, la Criminología, la Antropología, la Psicología y, en general, las llamadas Ciencias Sociales.

Los principios de legalidad, culpabilidad (sólo así se justifica el binomio constitucional culpabilidad-inocencia y presunción a favor de ésta; en este sentido recuerdo la obra del Prof. Vázquez-Sotelo) y proporcionalidad, son la plataforma del Derecho penal.

En el campo de la penología hay que buscar fórmulas de alternatividad a las penas privativas de libertad, con imaginación y valentía y deben fijarse éstas con flexibilidad para que en su cumplimiento pueda llevarse a cabo, como ya señalamos, una correcta individualización judicial.

Deben fijarse previamente los objetivos de la Política Criminal y deben atemperarse a ella las descripciones de los tipos y las correspondientes sanciones. En el campo de las tipologías deben realizarse importantes retoques en los llamados delitos contra el patrimonio, reelaborando el delito de estafa, sobre todo en cuanto al sistema de penas que le acompaña, ciertamente desproporcionado, ahora a la baja, y con un grave efecto criminógeno; debe fortalecerse al alza el delito de torturas, corregirse determinados delitos como los que se producen en el binomio parricidio-asesinato, configurarse bien los delitos contra el orden socio-económico, modificarse los delitos que hoy se siguen denominando contra la honestidad para transformarlos en auténticos delitos contra la libertad sexual, configurando, como ya dije, unos comportamientos en los que el sujeto pasivo pueda ser también el hombre, y parificando a la violación otras conductas de parecida gravedad (la penetración anal y bucal) a las que ya hizo referencia la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en una Exposición que remitió al Gobierno, suprimiendo muchas figuras penales cuya especialidad puede tener cobijo en la parte general, etc.

El proceso penal debe ser objeto de meditación y reflexión para llegar cuanto antes a fórmulas que den satisfacción a inquietudes muy legítimas y generalizadas.

Si debe establecerse una clara separación entre la investigación (que puede atribuirse al Ministerio Fiscal) y el enjuiciamiento, no menos importante es que cuando se declare la nulidad de una sentencia con el consiguiente efecto de reenvío a quien la dictó, no sea el mismo juez o tribunal quien vuelva a dictarla, porque aquí sí existe o puede existir un verdadero prejuicio, acaso hasta inconsciente.

La intervención del Ministerio Fiscal ha de hacerse siempre bajo el cumplimiento riguroso de los principios de imparcialidad y legalidad, con la presencia obligada del juez correspondiente en todos aquellos supuestos en los que haya de tomarse una medida que afecte a la persona o bienes del inculpado o de una tercera persona: prisión provisional, entrada y registro en un domicilio o local cerrado, intervención de

correspondencia postal, telegráfica y telefónica, control de sistemas informáticos, embargos, etc.

La aportación del material obtenido en la investigación y traslado de él al acusado, si no intervino en ella, ha de hacerse a través del juez penal y, como ya hemos dicho, en orden a la acusación pública, con el mantenimiento riguroso del principio de legalidad sin concesión alguna a los llamados principios de oportunidad pura u oportunidad reglada.

Debe existir un riguroso control judicial previo al proceso penal propiamente dicho, de tal manera que la voluntad de los acusadores, sea del Fiscal o de la Acusación particular o privada, sea requisito necesario, pero no suficiente, para la celebración del juicio oral. El rechazo del juez a la pretensión de las acusaciones vendría impuesto a) Porque el hecho no fuera delito, en atención a que el hecho ha sido descriminalizado o porque notoriamente no se dan los requisitos exigidos por la ley penal. b) Porque los materiales que "prima facie" se acompañan (lo que en todo caso sería inexcusable), es decir, lo que podemos denominar actividad preliminar de cargo, sea absolutamente insuficiente. Es decir, no se puede someter a un ciudadano al gravamen de un proceso penal en concepto de acusado si no existe un indicio racional y razonado de criminalidad.

Mantenimiento incondicionado de los principios de defensa (que incluye, entre otros, el de ser suficientemente informado de la acusación), principio acusatorio, que forma parte de aquél, en virtud del cual el juez o tribunal no puede extravasar las penas pedidas por las acusaciones en orden a los hechos objeto de enjuiciamiento, ni siquiera si hace uso del art. 733 LECrim., salvo que las acusaciones "asuman" la invitación del juzgador; de oralidad (salvo excepciones en beneficio de la víctima) y de contradicción real o potencial, porque el acusado y la defensa pueden no querer contradecir en todo o en parte la tesis acusatoria (recordemos el instituto de la conformidad en materia procesal penal, análogo al allanamiento en el civil).

El juicio oral ha de ser el centro mismo del sistema, su principal y casi única realidad. En él ha de practicarse la prueba (salvo la que con el carácter de anticipada se haya llevado a cabo por razones de urgencia), lo que no supone negar toda virtualidad a aquellas diligencias practicadas durante la investigación que se hayan realizado con las debidas garantías; por ejemplo, obtención de manchas de sangre, de semen, huellas dactilares, ocupación de armas, droga, otros utensilios, reconocimientos en rueda, etc., aunque su realidad y sus circunstancias puedan ser discutidas y puestas en entredicho por las defensas. Respecto de las declaraciones de testigos y coimputados en fase sumarial podrán ser tenidas en cuenta, coincidan o no con las que presten en el acto del juicio oral, si las posibles contradicciones les son puestas de relieve en dicho acto. En mi opinión, las diligencias practicadas ante el juez, en presencia de Secretario judicial, tienen fuerza en cuanto a lo que en ellas se dijo y en quién lo dijo, no, obviamente, respecto a su veracidad, como sucede con un acta notarial.

Me parece que sería bueno establecer tres procesos: por faltas, por delitos menos graves (delitos castigados con penas no superiores a seis años) y delitos graves. Siempre con posibilidad de apelación.

Aunque el tema es complejo y controvertido entiendo que los vicios que pueden acarrear la nulidad, si son subsanables, deben ser denunciados en el momento de ser

advertidos o en un plazo reducido prudencial, precluyendo, en otro caso, la posibilidad impugnatoria.

En el recurso de casación, que debe recuperar su auténtica e intransferible naturaleza, deben introducirse cambios profundos. Entre ellos, y para no alargar esta charla, citaremos la eliminación de la dualidad de fases: preparación y formalización que no conduce a nada absolutamente. El envío conjunto de los escritos anunciando el recurso con la sentencia autenticada por la Sala de instancia a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En cuanto a las sentencias recurribles en casación creo que deberían de serlo: a) aquellas que se refieran a delitos que lleven aparejada pena superior a seis años, sin ningún tipo de condicionamiento y b) las demás, cuando entre la sentencia de instancia y la de apelación hubiera una diferencia, en orden al título de imputación; o bien cuando se entendiera que el hecho objeto de acusación no era constitutivo de delito; no cuando la discrepancia se refiera a la participación, al grado de perfeccionamiento o a la existencia o inexistencia de circunstancias de exención o de modificación de la responsabilidad criminal del acusado. De esta manera la doctrina jurisprudencial se extendería a todos los delitos sin excepción, consiguiéndose así una cierta y deseable unidad en la aplicación del Derecho penal que es la finalidad esencial del recurso de casación.

La pena impuesta, repetimos una vez más, debe estar sujeta a posibilidades de cambio, dentro de un mínimo y un máximo, a fin de acondicionar su cumplimiento a las circunstancias del sujeto, sin merma alguna del principio de seguridad jurídica.

Estas son algunas de las ideas que, a mi juicio, pudieran servir de plataforma a una reforma en profundidad del Derecho penal en sus tres vertientes absolutamente inseparables: Derecho sustantivo, Derecho procesal y Derecho ejecucional o penitenciario. Ideas, por supuesto, muy provisionales, producto de inquietudes profesionales propias y ajenas, necesitadas de nuevas reflexiones con otros colegas y del correspondiente contraste de opiniones.

Me parece que existe hoy un material muy valioso para llevar a cabo la definitiva reforma penal en función de una serie de principios básicos, en los que casi todos estamos prácticamente de acuerdo.

Como ha dicho mi querido amigo y compañero el Profesor Barbero, Magistrado también del Tribunal Supremo, existe un amplio consenso en estimar, y de él por tanto se puede partir, que es misión de la política todo lo que se refiere a la determinación de los fines del Estado, uno de los cuales, primordial, es regular la convivencia del hombre en sociedad, al que contribuyen también a formar elementos de carácter extrajurídico.

Pero lo definitivamente importante en este caso no ha sido esta modesta charla sino el que como continuación de mi intervención en la mañana de hoy, se haya dedicado también al Profesor Beristain que tanto sabe de Política Criminal, de Criminología, de Derecho penal y de Ciencias Humanas, en general.

Para él otra vez mi cariño, mi admiración y mi gratitud.