

### **3. CONTESTACIÓN AL DISCURSO, DE DOÑA ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ**

#### **REFLEXIONES SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA**

**Isabel Tapia Fernández**

Con satisfacción asumo el encargo de contestar al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares del Magistrado Carlos Izquierdo Téllez. Con satisfacción y un cierto temor de no estar a la altura. Por razones personales que no vienen al caso, siento que mi contestación no va a responder a tan excelente trabajo realizado por un gran jurista, y acreditado Magistrado.

Poco queda por decir sobre el tema propuesto por el nuevo Académico. El análisis minucioso sobre el Pacto de Estado contra la Violencia de Género deja escaso margen a una réplica que pudiera aportar algo nuevo. No obstante, su atinada introducción a lo que sea la Política Criminal en el momento actual español, me ha dado pie para hacer unas breves reflexiones acerca de la ineptitud del Legislador Procesal Penal, que se ve incapaz de emprender con éxito un Código Procesal acorde con las exigencias del Siglo XXI.

Pero antes de poner en voz alta estas reflexiones, quiero constatar una realidad asumida, sin duda, por todo el auditorio: la merecida aceptación de D. Carlos Izquierdo Téllez en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares. Y mi agradecimiento a la Academia por brindarme la ocasión de tomar la palabra para ensalzar a un magnífico jurista, un ejemplar sin paliativos Juez, y una persona llena de bondad y humildad.

Como jurista, además de contribuir a la ciencia del Derecho con aportaciones y publicaciones de calidad, ha colaborado con el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares en los cursos de formación para el Turno de Asistencia a las Víctimas de Violencia de Género, y con la Clínica Jurídica, en conjunción con la Universidad de las Islas Baleares y con la asociación Solidaris de Montisíon.

Ha sido Profesor Asociado en las Cátedras de Derecho Civil y de Derecho Procesal de la UIB, impartiendo clases, conferencias, y recibiendo y

asesorando alumnos en prácticas en su Juzgado. No hay un solo alumno que no le recuerde con cariño y admiración.

Como Magistrado, lleva treinta años cumpliendo con la honrosísima profesión, a plena satisfacción de todos: administradores de justicia, colaboradores de la misma y, sobre todo, justiciables a los que dispensa un trato exquisito y lleno de humanidad y comprensión. Por ello, y no en vano, ha sido merecedor del Premio a la Ética Jurídica Degà Miquel Frontera, concedido por el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, en noviembre de 2014.

Como persona llena de bondad... no voy a hacer mención a nada en concreto, para no herir la humildad que le caracteriza. Mi opinión, resumida en una sola palabra: “ejemplo”, ya la plasmé por escrito en la dedicatoria de una monografía que creía ser la última de mi carrera profesional (cosa que no ha sido así, el gusanillo del oficio me ha llevado a publicar otras después). Dedicaba aquel libro, además de a mi maestro Andrés de la Oliva, a los Magistrados Javier Muñoz y Carlos Izquierdo; y al Letrado Raimundo Zaforteza. Y a todos ellos, decía, “por su ejemplo”. Quedo deudora, pues, del ejemplo que me han proporcionado.

Y, sin más, entro ya a reflexionar en voz alta sobre el modo de llevar a cabo la Política criminal en España en el momento presente y con los mimbres legislativos actuales. Muchas cosas de las que voy a hablar ya han sido certeramente apuntadas por el nuevo Académico. Incidiré sobre ellas aportando mi punto de vista; porque me parece importante espolear, como el tábano de Sócrates, a los Poderes públicos para que se tomen en serio esta cuestión.

I. Con carácter general, la Política Criminal se encuadra dentro de las denominadas “Ciencias penales”, esto es el conjunto sistemático de conocimientos relativos al delito, al delincuente, a la delincuencia, a la pena y a los demás medios de defensa social contra la criminalidad.

El término “Política criminal” tiene sus orígenes en Alemania a principios del S. XIX. Parece que se debe al filósofo y antropólogo von Feuerbach; aunque fue en Italia donde por primera vez aparece una tendencia científica de revisión crítica de las leyes punitivas, esto es, una primera dirección de la Política criminal. Y el iniciador de esta corriente científica fue Cesare Bonasena, Marqués de Beccaría, filósofo, jurista y economista, quien en 1764 publicó el ensayo “Dei delitti e delle penè”, que supone un planteamiento de reforma del Derecho Penal del Antiguo régimen. Como reacción a la situación en que se encontraba la justicia penal, caracterizada por los excesos, la crueldad de las penas, los horrores de la prisión, los bárbaros tormentos y torturas, y la irregularidad de los procedimientos criminales, el Marqués de Beccaría empezó a

fijar las bases político criminales que deberían orientar un nuevo sistema de justicia penal que se ajustara a la nueva idea del Estado de Derecho iniciado con la Ilustración. Introdujo diversas medidas que tuvieron gran influencia no sólo en Italia, sino en todo el Continente: la implantación en la legislación penal de los principios de proporcionalidad de las penas y el principio de legalidad; el carácter preventivo de las penas (no sólo de prevención general, dirigido a la sociedad, sino también especial, dirigido al delincuente), la abolición de la pena de muerte que viola el principio de indisponibilidad de la vida humana, la abolición del tormento, y la limitación del arbitrio judicial.

Pero, como afirma Jiménez de Asua en su Tratado de Derecho Penal<sup>1</sup>, si bien esta corriente de revisión crítica de las leyes punitivas fue italiana de origen, se hizo germana de adopción. A von Liszt, en la segunda mitad del siglo XIX, se debe el establecimiento de las bases de la moderna política criminal<sup>2</sup>.

En sus orígenes, la Política criminal se consideró como “arte legislativo”, esto es, el conocimiento de aquellos medios que el Legislador pueda hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos. Von Feuerbach la considera como “sapiencia del Estado Legiferante”. Depende del Legislador que una conducta humana sea delictiva o no. Posteriormente, Von Liszt y Bentham le dan un sesgo biológico, y la conceptúan como “el contenido sistemático de principios –garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena– según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus instituciones similares.

Dejando a un lado las diversas corrientes de pensamiento surgidas a partir de estos autores acerca de si la Política criminal es o no una ciencia autónoma; o si la Política criminal trata de la represión del delito, mientras que la Política social tiene como misión la prevención del mismo; o qué materias científicas se ven implicadas en el concepto Política criminal, lo cierto es que hoy en día los autores se inclinan por considerar que la Política criminal no es una ciencia independiente, sino que se concibe como un conjunto sistematizado de principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad, tanto desde el punto de vista de la prevención, como del de la represión . Como afirma CUELLO CALÓN<sup>3</sup>, más que una ciencia, la Política

---

1. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1964, 4ª edición, T. I, pág. 172.

2. Sobre los orígenes y desarrollo de la Política criminal, puede verse MORENO HERNÁNDEZ, “Límites de la política criminal y del Derecho penal”, en Estudios penales en homenaje a Gimbernat”, cit., T.I, págs. 502 y ss.

3. “Derecho Penal”, Barcelona, 1956, T. I, pág. 40.

criminal es un criterio directivo y orientador que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de defensa social contra el delito.

En España, en el momento actual, y tras el revulsivo jurídico y social que supuso la Constitución española de 1978, los principios de política criminal son los derivados del Estado social y democrático de derecho; y se concretan en los siguientes<sup>4</sup>:

a) Principio de legalidad, como límite a la arbitrariedad del poder punitivo del Estado ( *nullum crimen, nulla poena sine lege*). La ley escrita es la única fuente válida del poder de castigar que ostenta el Estado;

b) Principio de acción material: *nullum crimen sine conducta; nulla iniuria sine actione*. Los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estado de ánimo interiores, sino que deben concretarse en acciones humanas materiales, empíricamente observables y describibles exactamente por la ley penal. El Derecho Penal persigue proteger bienes concretos en casos concretos, y sigue el criterio de imputación individual de un injusto propio<sup>5</sup>;

c) Principio de intervención mínima: el Derecho Penal es la última *ratio* del legislador, el último recurso que debe ceder ante medios menos lesivos de solución de conflictos;

d) Principio de culpabilidad: la acción material imputable al autor requiere que esa acción haya sido querida por el autor o le sea reprochable por negligencia;

e) Principio de proporcionalidad de la pena con respecto al delito que la motiva;

f) Principio de autonomía ética de la persona, esto es, respeto a su dignidad.

Ahora bien, si los señalados son los principios rectores de la Política criminal en un Estado de Derecho moderno, lo cierto es que, en los últimos años, ese conjunto de medios con los que el Estado organiza su lucha contra la delincuencia, se ha visto influenciado por varios factores.

---

4. Sigo en esto a ANITUA, “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de Derecho”, en Política criminal y sistema penal : viejas y nuevas racionalidades punitivas, coord. por Iñaki Rivera Beiras, 2005, págs. 289-302.

5. SILVA SÁNCHEZ, “La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Madrid, 2011, pág. 125.

En primer lugar, y en cuanto a la principal vía de expresión de la Política criminal, la ley, se ha tenido que ir adaptando a las continuas transformaciones sociales y a los modernos tipos delictivos. Parece como si la delincuencia clásica, esto es, la que tradicionalmente atenta contra intereses individuales (la vida, la propiedad, la libertad de los individuos), cediera protagonismo ante nuevos ilícitos derivados de diversos factores: el surgimiento de nuevos riesgos debidos a la innovación tecnológica; los focos delictivos derivados de los movimientos migratorios; las estructuras organizadas para cometer delitos de terrorismo; la denominada criminalidad de los poderosos (delitos económicos), en sus distintas vertientes. Aparecen así nuevas formas de delincuencia que exigen una nueva manera de concebir la Política criminal. La pequeña delincuencia, o “delitos bagatela” tiende a desaparecer, embebida en otros tipos de ilícitos, ya sea administrativos, ya sea civiles.

El segundo factor que mediatiza la Política criminal actual es el gran protagonismo que se está dando en los últimos tiempos a la protección de los intereses de las víctimas. La atención integral a la víctima del delito –individualizada o colectiva– conforma hoy día el debate político y reclama nuevos instrumentos de política criminal. La satisfacción de la víctima, su sentimiento de “hacer justicia” a través del castigo del culpable, orienta la nueva Política criminal, basada en lo que se llama “justicia reparadora”, ideando mecanismos de compensación del daño que no se limiten al recurso de la privación de libertad, sino a otros mecanismos de responsabilización social.

En tercer lugar, la Política criminal, en su vertiente de adopción de decisiones legislativas, se ha visto fuertemente mediatizada por la opinión pública creada por los medios de comunicación social y, en último término, por el pueblo llano. La incidencia de los medios masivos de comunicación en el acontecer social ha influido en la construcción de una política criminal coyuntural, con frecuencia instrumentalizada por intereses populistas, caracterizada por una hiperinflación legislativa.

En cuarto lugar, las profundas transformaciones sociales operadas en las últimas décadas han propiciado dos fenómenos: Por una parte la consideración de que hoy día, la mayor parte de la delincuencia –suficientemente resaltada por los mass media– no es prevalentemente un producto de la marginación social, de la desigualdad cultural. El perfil del delincuente de los últimos tiempos es el de una persona no marginal, insertada cómodamente en la sociedad, y racionalmente aceptada por la comunidad. Por otra, no cabe duda de que el ciudadano actual está imbuído por un creciente sentimiento de justicia y solidaridad, que hace que se tienda a criminalizar con mayor intensidad cualquier actuación ilícita dirigida a poner en evidencia la

superioridad de un ser sobre otro, el abuso de poder, la desigualdad en el plano laboral (delitos contra los trabajadores), en el plano humano (delitos de pedofilia) y en el plano de desigualdad social entre los géneros (delitos contra la mujer).

Todos estos factores han propiciado una considerable debilitación de algunos de los principios antes mencionados, considerados como piedras angulares de una Política criminal propia de un Estado de Derecho; y de este modo:

a) Ante el principio de legalidad (la ley escrita es la única fuente válida del *ius puniendi* que ostenta el Estado), se vienen introduciendo mecanismos de consenso entre agresor y víctima, y en consecuencia se debilita el principio de necesidad procesal para sustituirlo por el principio de oportunidad en sus diversas vertientes, como veremos después.

b) Ante el principio de acción material: *nullum crimen sine conducta; nulla iniuria sine actione*, se está imponiendo una corriente de pensamiento, basada en que la sociedad actual es una “sociedad del riesgo”, donde está en peligro el valor seguridad; por ello, el Derecho Penal debe ser el canalizador del riesgo para obtener esa seguridad, partiendo de la idea de que siempre ha de haber un responsable. No se trata de buscar las causas de la criminalidad para adoptar las medidas necesarias para atajarla, sino de saber dónde se produce para aislar ciertos grupos de población y mantenerlos al margen<sup>6</sup>.

c) Ante el principio de intervención mínima (: el Derecho Penal debe ser la última *ratio* del legislador), se viene observando una creciente “expansión” del Derecho Penal. La transformación de la sociedad actual –postmoderna– en lo que se ha llamado “sociedad del riesgo”, y la exigencia de seguridad ante el mismo produce , en el plano sustantivo, una expansión del Derecho Penal, ampliando paulativamente el ámbito punitivo (por ejemplo, abarcando nuevas conductas concretas penales, fundiendo la tentativa del delito con la consumación, reelaborando el sistema de imputación para cumplir la necesidad de encontrar un responsable... etc); y viene influyendo también en el Derecho procesal (minimizando garantías y derechos fundamentales, ampliando la tutela cautelar, potenciando las pruebas de la fase de instrucción... etc.)<sup>7</sup>.

---

6. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El papel del Derecho Penal en la segunda modernidad”, en Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, *Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid, 2006, pág. 326.

7. Cfr. al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit. págs. 332-333.

La Política criminal actual es especialmente sensible a este desarrollo de la sociedad del riesgo, orientando un modelo de “prevención”, en vez de un modelo de represión punitiva, a la vez que reduce las garantías y los derechos del individuo. Se está pasando de un Derecho Penal del ciudadano a lo que Jakkobs ha denominado un Derecho Penal del enemigo, más propio de un sistema totalitario que de un sistema de Estado de Derecho<sup>8</sup>.

La manera de gestionar la delincuencia por parte del Estado, no cabe duda de que se encuentra mediatizada por todos estos factores brevemente mencionados. Y por otro más, desde mi punto de vista nada desdeñable: el conocimiento científico que se tenga de ella.

Es cierto que en el momento actual, los estudios de Política criminal en España son mercedores de gran interés, sobre todo por Penalistas, que reconocen un espacio propio dentro de las disciplinas relacionadas con el fenómeno criminal, a la labor de reflexión sobre la ciencia y el arte de prevenir y reprimir la delincuencia. Pero, desgraciadamente, como se ha puesto de manifiesto por TAMARIT<sup>9</sup>, “los responsables de adoptar decisiones de tipo político-criminal acostumbran a desoir las opiniones expertas y a despreciar el conocimiento científico... Las causas de esta lamentable situación pueden entenderse fácilmente a poco que se perciba que el impulso real de la política criminal tiene que ver fundamentalmente con el *establishment* político-mediático, en el seno del cual se producen y alimentan políticas de gestos que atienden meramente a la dimensión simbólica del Derecho Penal, con objetivos a muy corto plazo. A modo de actores secundarios, ejercen un rol cada vez más destacado grupos sociales, como ciertas agrupaciones de víctimas o asociaciones feministas, entre otras, que impulsan dinámicas generadoras de una mayor intervención punitiva.”

En esta misma línea, se ha manifestado la Comisión de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares, que, en un completo Informe sobre la evolución y tendencia de la Política Criminal en España, ha realizado un serio estudio del vigente modelo de Política Criminal; y como propuesta de futuro, plantea la necesidad de recuperar un discurso político criminal de corte académico, racional y científico, desde el que iniciar una revisión crítica de nuestro sistema penal y penitenciario.

---

8. Con el concepto de “derecho penal del enemigo” se quiere indicar un derecho penal no tanto del “hecho culpable” como del “autor peligroso”; un Derecho orientado a la peligrosidad en vez de a la culpabilidad; no a la retribución proporcional sino a la neutralización. Cfr. al respecto, MANTOVANI, “El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal”, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, 2008, T.I, págs. 423 y ss.

9. “Política criminal con bases empíricas en España”, en Polít. Crim. N° 3, 2007 (<http://www.pliticacriminal.cl>).

II. Dentro de este conjunto de medios y principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad, no cabe duda de que la legislación procesal ocupa un lugar tan preponderante como el mismo Derecho Penal sustantivo. Y es que, como ya ha advertido el nuevo miembro de la Academia, el Derecho Penal es un derecho de aplicación judicial, que requiere inexcusablemente para su realización práctica del proceso penal. Por tanto, el Derecho procesal penal es también un instrumento de la Política criminal, fuertemente imbuído por las decisiones que se adopten.

Y así como la legislación penal sustantiva ha alcanzado en los últimos años un nivel de coherencia técnica y sistemática aceptable, no ha ocurrido lo mismo con la legislación procesal, que parece no tener solución, a la vista de los múltiples intentos (todos fracasados) de creación de un Código procesal penal unitario y sistemático. Los agentes implicados en su aplicación (abogados, jueces, personal judicial, policía, etc.) cuentan con unas normas sectoriales y fraccionadas que poco tienen que ver con el modelo de Código que desde 1882 sigue teóricamente en vigor. Un modelo que, surgido en pleno auge de ideología liberal, resultó impecable y muy avanzado para la represión del delito en una sociedad decimonónica; pero que siglo y medio después necesita de una revisión radical. Ni la sociedad actual es la de finales del siglo XIX a la que iba dirigida, ni la criminalidad tiene mucho en común con la de entonces, ni los mecanismos de represión pueden ser los de hace siglo y medio.

Además, el hito histórico que supuso la Constitución Española de 1978 marcó el devenir legislativo en nuestro país. En el plano del proceso penal, la implantación de una serie de garantías elevadas a rango de derechos fundamentales, junto con la activa participación de España en un Derecho internacional globalizado y en especial, en el Derecho Comunitario, exigía una urgente atención por parte de los Poderes Públicos en orden a elaborar un Código procesal penal coherente con el nuevo orden social y jurídico.

Pero no ha sido así. El esfuerzo que se requiere por parte de esos agentes públicos implicados en la actuación de una eficaz y moderna Política criminal, no ha pasado de ser un conato, un intento que no ha culminado con éxito.

¿A qué se debe este estrepitoso fracaso legislativo en materia procesal penal?

Se podría apelar a diversos factores, todos ellos muy atendibles. Pero, sin duda, el factor fundamental es la falta de interés público en la justicia penal. Verdaderamente se aprecia un gran desinterés por parte

de los dirigentes políticos y sociales en un mejor desarrollo de la función jurisdiccional; una pequeñez de miras por no ir a la raíz de los problemas, lo que trae como consecuencia –dice De La Oliva<sup>10</sup>– sustituir una y otra vez los verdaderos remedios por falsas soluciones de cortísimo alcance, cuando no inmediatamente contraproducentes.

Junto a esta falta de interés público en la Justicia penal, se da un segundo factor de no menor importancia: la ausencia de un modelo de proceso penal adaptado al siglo XXI. No hay modelo normativo. Al modelo propuesto por el Legislador de 1882 (modelo que, recuérdese, está en vigor porque no ha sido derogado por otro Código posterior), se superpone el cada día más aceptado (sin la suficiente reflexión y debate) modelo anglosajón, que propugna alternativas a la persecución penal, la justicia negociada y la justicia restaurativa.

Las continuas y exasperantes reformas parciales procesales sólo han sido unos parches para tapar agujeros que han hecho de la legislación procesal un laberinto inconexo y sin salida. El aplicador el Derecho Procesal penal se encuentra con una maraña interminable de normas, surgidas del arrastre histórico y formadas por aluvión, que son de difícil aplicación sistemática. Y el asidero con que cuenta, a falta de sistema legal coherente, es la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver los recursos y cuestiones que se les plantean. Pero estos asideros, amén de cambiantes, son de muy larga respuesta. A nadie se le escapa que tales decisiones son tan tardías que resultan muchas veces ineficaces.

Pero es que, además, no es misión de la Jurisprudencia elaborar normas de carácter general (eso corresponde al Legislador), sino aplicar la ley al caso concreto que se le plantea. Y si no se cuenta con una ley apropiada y clara, su aplicación ha de ser por fuerza dificultosa. Ante este panorama, lo que está haciendo el Tribunal Supremo en muchas ocasiones, sin duda con buena intención, pero sin duda también con una absoluta falta de legitimación, es convertirse en Legislador, por el cómodo mecanismo de adoptar los denominados Acuerdos normativos no jurisdiccionales, que aspiran (y consiguen) convertirse en verdaderas normas positivas. Y no sólo eso, sino que en su afán de legislar y también por este procedimiento, “acordar” que sus acuerdos tienen un carácter vinculante (Acuerdo de la Sala 2<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006).

---

10. “Jueces imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja Justicia penal”, Barcelona, 1988, pág. 48.

III. Veamos, a continuación cuál es el modelo procesal de la Ley vigente y qué tipos de reformas ha sufrido ese modelo.

El proceso penal instaurado por la Ley de 1882 respondía –como he dicho– a un modelo de corte liberal y progresista, uno de los más adelantados de los Códigos de procedimiento criminal en el continente europeo. Un proceso penal de instancia única, oral y público, con intervención del procesado en la diligencias del sumario, y dividido en dos fases: sumario y juicio oral, encomendadas a órganos jurisdiccionales distintos, para evitar el pre-juicio que supone que el órgano que enjuicia sea el mismo que ha instruido la causa (un Juez, por tanto, contaminado por la instrucción que él mismo ha llevado cabo).

La primera reforma de calado fue la introducida por la Ley 3/1967, de 8 de abril, que vino a quebrar el sistema anterior, y atribuir, para los procesos por delitos menos graves, el conocimiento y juicio oral al mismo Juez que había instruido la causa. Con esta “feliz” idea, el moderno sistema de enjuiciar retrocede a más de ochenta años, se aleja del sistema acusatorio-formal que implantó la Ley de 1882, y se rompe la exigencia de imparcialidad del Juzgador. Y todo ello sin más justificación en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1967 que la rapidez en la tramitación y decisión de las causas, motivada por un considerable aumento de la delincuencia y un creciente número de causas criminales.

En este tremendo error incidió unos años después (y para reforzarlo) la LO 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, ya que el problema de los atascos en los Juzgados no se había solucionado con la reforma anterior. Pero, obsérvese que en esta época (1980) ya la Constitución Española había proclamado determinados derechos fundamentales y garantías del justiciable que chocaban frontalmente con aquellos denominados procesos “de urgencia” que abarcaban buena parte de las causas penales. La consecuencia fue que en 1987, dos Juzgados de Instrucción (por cierto, uno de ellos, el nº 2 de Palma de Mallorca) plantearon ante el Tribunal Constitucional sendas cuestiones de inconstitucionalidad de diversos preceptos introducidos por aquellas leyes. La respuesta del TC no se hizo esperar y el 12 de julio de 1988, el Pleno dictó la Sentencia nº 145/1988, en la que se declaró inconstitucional el art. 2, párr.2º, de la Ley 10/1980, por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el art. 24 CE. La confusión en un mismo órgano entre las funciones instructora y juzgadora, dice el Tribunal Constitucional, origina prejuicios que violan el principio constitucional del Juez no prevenido.

A partir de ese momento, y a la espera de una urgentísima reforma legislativa, los Juzgados se encontraron en una situación extremadamente difícil, al no poder celebrar los juicios por haber instruido ellos mismos la causa. En ese tiempo de confusión, quedaron muchos miles de procesos penales –se dice que cien mil, aproximadamente– en suspenso, a la espera de una solución legal.

La solución vino con la precipitada Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que reformó una vez más la Ley de Enjuiciamiento criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta Ley, al tiempo que creaba un nuevo proceso, el Abreviado, que sustituía los anteriores de urgencia, creaba unos Juzgados, los Juzgados de lo Penal, encargados de conocer del juicio oral de aquellas causas por delitos menos graves que habían sido instruidos por un Juez de Instrucción.

No es éste el momento de analizar la profunda transformación que se operó en el modo de proceder. Sólo destacaré que a partir de ese momento –intentando superar el error legislativo anterior de enorme transcendencia– el proceso penal español quedó esquizoidemente fracturado en dos tipos, con dos modelos de enjuiciamiento diversos: a) el procedimiento para enjuiciar delitos graves (que seguía el modelo propuesto por el Legislador de 1882); b) el proceso para enjuiciar delitos menos graves (delitos castigados con pena de privación de libertad de hasta 9 años), que, por la vía de la reforma de unos preceptos de la LECrim., los que se refieren al procedimiento abreviado, introduce en el sistema de enjuiciamiento español vigente un nuevo modelo a imitación del angloamericano que: a) atribuye mayores poderes al Ministerio Fiscal; b) potencia ampliamente el principio del “consenso” entre agresor y víctima; c) refuerza las medidas de protección a las víctimas.

Conviven, así, hasta el momento presente no solamente dos procesos penales distintos, sino también dos modelos de enjuiciamiento diversos.

Es verdad que más de cien años después de la promulgación de la LECrim de 1882, y sobre todo, tras la transformación del Estado español de un Estado autoritario a un Estado democrático de Derecho, se hacía necesario un nuevo Código procesal penal. Es verdad que la Política criminal estaba influenciada por unos factores sociales, dogmáticos y prácticos muy distintos; por lo que hubiese sido ése el momento apropiado para elaborar –con reflexión y técnica jurídica– un nuevo Código procesal penal.

¿Por qué no se hizo?

A partir de este momento, en los últimos 30 años se han producido reformas de la vieja Ley constantes e ininterrumpidas, unas, para adaptar

nuestra legislación a las exigencias internacionales y sobre todo a las diversas Directivas de la Unión Europea, relativas al fortalecimiento de las garantías procesales, al apoyo y protección de las víctimas del delito, y a la agilización de la justicia penal; pero otras reformas han ido dirigidas a afianzar ese nuevo modelo de enjuiciar *more* americano, que no responde ni a nuestra tradición ni a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con rigor científico y mucha prudencia, el nuevo Académico ha hecho mención a tres mecanismos procesales que en ámbito de la justicia penal en materia de violencia de género denotan la decisión de política criminal que se pretende llevar a cabo: el principio de oportunidad *versus* principio de necesidad, facultando al Ministerio Fiscal a adoptar diversas actuaciones que en principio corresponden al Juez de la Instrucción; la conformidad del encausado; y un tercer mecanismo, específico de los delitos de violencia de género, que hace referencia a la adopción de una excepcional tutela cautelar.

Con más brevedad y menos prudencia, voy a referirme a esos mecanismos distorsionantes de nuestro modelo procesal en vigor, mientras que otro Código nuevo no sustituya al vigente.

Entiéndaseme bien, no es que me empecine en no cambiar de modelo de enjuiciar. Claro que se puede cambiar el modelo y sustituirlo por otro que se considere más apropiado para la efectividad de la gestión procesal penal. Lo que critico fuertemente es que la necesaria reforma no venga de un nuevo Código adecuado a las exigencias del Siglo XXI, sino de continuos parches “oportunistas” (en el sentido técnico de “oportunidad”) incrustados en una legislación que parte sin ambages del principio de legalidad y de oficialidad.

Repito, se puede cambiar el modelo de enjuiciamiento, y entender que debe regir el principio de oportunidad, de consenso, y un modelo de instrucción distinto. Pero con reflexión y criterio. Como recientemente ha advertido el actual Presidente de la *Sección de Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación*, el Profesor Gómez Colomer<sup>11</sup>, la decisión política de optar por un modelo de enjuiciamiento penal adversarial no ha sido justificada ni explicada desde el poder político, ni se ha escuchado a la sociedad, que no parece exigir tal modelo. Los ciudadanos –que no entienden de tecnicismos– lo que quieren es una justicia penal rápida, segura y predecible, igual para todos y justa. Y ésta es la exigencia que la Política criminal procesal debería captar. El problema es cuando los técnicos optan por un sistema (el adversarial americano) que está mostrando muchas deficiencias, y que supone un cambio radical en nuestro sistema.

---

11. “El proceso penal de la confusión”, cit., pág. 1453.

La causa de este desbarajuste actual es la falta de una Política criminal que se considere cuestión de Estado, no de un Gobierno, ni mucho menos de un partido político.

Con este disparatado sistema legal, con la constatada falta de interés público en la persecución criminal, con la tradicional infradotación de medios materiales y personales en la Administración de Justicia<sup>12</sup>, con el debilitamiento de los principios básicos del proceso penal, con el desajuste entre las tradiciones propias y la intención de implantar el modelo anglosajón, no es difícil advertir la gran confusión en la estructura dogmática y la aplicación práctica del actual proceso penal español. Como afirma Gómez Colomer<sup>13</sup>, no es ya que la Justicia penal se esté privatizando (que sí), es que el proceso penal se está transformando en un centro público de recaudación para reparar a las víctimas.

a) El primer mecanismo distorsionante afecta al papel del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción.

En nuestro sistema procesal, la fase de instrucción no es administrativa, sino judicial, porque así se defiende en el modelo previsto en la Ley vigente. Sin embargo, con las sucesivas reformas, ese modelo de instrucción judicial se viene sustituyendo por la instrucción del Fiscal, con la excusa de que las medidas que le autoriza el art. 5 de su Estatuto Orgánico y el art. 773 de la LECrim. no se consideran propias de la fase de instrucción de la causa, sino unas medidas que corresponden a una fase preliminar del proceso, una fase prejudicial (administrativa) sin intervención del órgano judicial.

Pero obsérvese la importancia de tales medidas que adopta el Fiscal: archivar denuncias, ordenar diligencias de investigación, ordenar la detención preventiva, tomar declaración al sospechoso y hacer comparecer ante sí a cualquier persona para tomarle declaración; decretar el archivo de las actuaciones si cree que el hecho no es constitutivo de delito.

Y obsérvese también que todas estas diligencias que lleva a cabo el Fiscal “gozarán de presunción de veracidad”, por expresa disposición legal; y

---

12. Al respecto, De la Oliva Santos, en su obra de imprescindible lectura para la comprensión de nuestra Justicia, “Jueces imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal”, Barcelona, 1988, pág. 50, dice “La raíz de la crisis presente estriba, pues, a mi entender en algo tan simple y elemental como esto: *muy pocos jueces para demasiados delitos...* Si los poderes públicos no se tomasen en serio la continua escalada de la delincuencia y el corto número de servidores de la Justicia, de poco o de nada servirían los caminos procesales, aunque fuesen meditados y prudentes”.

13. “El proceso penal de la confusión”, cit., pág. 1466.

que esta fase podrá tener una duración de hasta seis meses prorrogables hasta doce si así lo acuerda el Fiscal General del Estado. El Fiscal General del Estado impartirá cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del Fiscal en este procedimiento.

Ésta es la realidad en estos momentos; un sistema legal basado en la instrucción judicial, pero *de facto* encomendada al Ministerio Fiscal.

Se puede legítimamente pensar que el Juez de Instrucción no es el órgano idóneo para responsabilizarlo de la instrucción penal; que la búsqueda de los hechos y de las fuentes de prueba es una tarea conceptualmente ajena a la función judicial; que se debe superar el modelo que ha regido en nuestro país históricamente<sup>14</sup>. Claro que sí; y posiblemente sea conveniente que así sea. Pero es necesario, a mi juicio, un cambio estructural radicalmente distinto. No basta con unos preceptos reformados aprisa y corriendo. Necesita una reflexión profunda y un debate serio.

Y la primera reflexión y debate ha de ir por fuerza dirigido a la cuestionada imparcialidad del Ministerio Fiscal si se quiere que instruya él el sumario. Ante esta capital cuestión, me limitaré a reproducir –por resumir– la opinión de dos “pesos pesados” de la Justicia, expertos en la materia.

Por una parte, Moscoso del Prado y Muñoz<sup>15</sup>, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1987, que presentó ante el Rey en el solemne acto de apertura judicial, defendió la necesidad de atribuir al Ministerio Fiscal la investigación penal, dado que –decía– en un mundo globalizado como el actual se debe confiar la investigación a una autoridad que tenga competencia en todo el territorio nacional y facilidad para incorporar al trabajo investigador a los mejores especialistas nacionales o internacionales. Y añadía lo siguiente: “Me consta que se objeta en contra ... la vinculación del Fiscal con el ejecutivo, como si de un Gobierno democrático y responsable se debiera sospechar su permanente inclinación a la ilegalidad. A quienes así razonan conviene recordarles que el Fiscal tiene un mandato constitucional de legalidad y de imparcialidad y que no cabe suponer el posible incumplimiento de sus obligaciones constitucionales como argumento optativo a su propio funcionamiento constitucional”.

---

14. Véase el interesante trabajo de MORENO CATENA, “El papel del Fiscal en la investigación de los delitos”, en Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, cit., págs. 985 a 1001.

15. “El procedimiento acusatorio: más de cien años de espera”, en Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, cit., págs. 1021 a 1030.

Por otra parte, veinte años después, el entonces Fiscal del Tribunal Supremo, Manuel Marchena Gómez, decía<sup>16</sup>: “No son tiempos fáciles para el Ministerio Fiscal. Y para ser sinceros, no lo han sido desde el momento en que el poder político descubrió, hace ya mucho tiempo, el indudable papel que el Fiscal General del Estado puede llegar a desempeñar en el día a día del ejercicio de la política. En un país como el nuestro, que se alimenta de tertulias mal digeridas e informaciones no siempre próximas al deseable rigor técnico, una investigación impulsada por el Fiscal General, o, al contrario, un proceso penal ralentizado por su intervención, pueden proporcionar al Gobierno el oxígeno necesario para multiplicar o neutralizar los efectos de un determinado acontecimiento cuyo alcance jurídico se ventila en los Tribunales”. “¿Es defendible un modelo en el que la estructura vertical del Ministerio Fiscal esté dirigida, controlada y diseñada, hasta en aspectos más irrelevantes, por el Fiscal General del Estado?”<sup>17</sup>.

Recientemente, Gómez Colomer<sup>18</sup> ha concluido: “Cambiar la titularidad del órgano instructor es una decisión política muy poco meditada... Con el actual sistema de nombramiento en España del Fiscal General, éste no es ni independiente, ni objetivo, ni autónomo. Y este Fiscal no interesa como modelo. Únicamente un Fiscal alejado del Gobierno, nombrado por el Parlamento y con pleno respeto a su autonomía funcional, garantizaría la viabilidad de esta opción en nuestro país. Me parece que esto es lo más democrático. Lo demás es confundir”.

Creo que con lo dicho basta para calibrar la dimensión del problema y la necesaria reflexión.

b) El segundo mecanismo distorsionante, ya lo he avanzado anteriormente, y ha sido analizado por el nuevo Académico. Me refiero a la progresiva debilitación del principio de legalidad imperante sin ambages tanto en la Constitución como en la Ley procesal, para ser sustituido –bien que “de rondón”– por el principio de oportunidad, *more americano*. Lo esbozo solamente, para no alargar más esta intervención.

El sistema de persecución penal en nuestro ordenamiento responde a la idea tradicional de que a todo hecho delictivo sigue inexorablemente la

---

16. “¿Un Fiscal General independiente? Apuntes críticos a la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, en Derecho y Justicia penal del Siglo XXI, cit., pág. 936.

17. Op. cit., pág. 946.

18. “El proceso penal de la confusión”, cit., pág. 1454.

puesta en marcha de la maquinaria judicial hasta su resolución, con la más estricta aplicación de la ley vigente. El Ministerio Fiscal debe impulsar el procedimiento y acusar siempre que se encuentre ante un hecho delictivo; con la única excepción de los delitos privados y de los denominados semipúblicos, que exigen denuncia de parte.

Pues bien, con las últimas reformas legales apuntadas, la “necesidad” de persecución penal está dejando gran margen a la “disponibilidad” de las partes (de las privadas y también del Ministerio Fiscal que es una parte pública) para perseguir el delito. Se tiende a un sistema de enjuiciar dispositivo o no necesario, con grave merma, a mi juicio, de las garantías procesales. Las últimas reformas procesales evidencian la progresiva privatización del proceso :

– Se amplía el catálogo de delitos semipúblicos (aquellos cuya persecución se hace depender de la previa denuncia del ofendido);

– Se prevé que en la persecución de los delitos leves (antiguas faltas) quede sobreesido el proceso cuando lo solicite el Ministerio Fiscal (que no se olvide, es parte en el proceso) si el delito es de escasa gravedad, o no existe un interés público relevante en su persecución.

– Se potencia el acuerdo o consenso entre las partes (agresor y víctima). Y se potencia con las oportunas reformas legales y con las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado: la Instrucción de 22 de junio de 2009, aconseja decididamente “potenciar la conformidad del acusado antes de llegar a juicio... con la contrapartida de una modificación a la baja de la pretensión punitiva...”.

– Se aboga por la conveniencia de introducir la mediación en el ámbito penal, de modo que se impulsen “proyectos piloto para la resolución alternativa de conflictos penales”. Se argumenta<sup>19</sup> que la mediación, como mecanismo de la denominada “Justicia restaurativa” presenta ventajas muy notables: descongestión de la justicia, mayor acercamiento del conflicto a la víctima, se evita la estigmatización del proceso, contribuye a la resocialización y educación del infractor enseñándole a ser responsable de sus actos... y cumple también una función pacificadora al atender tanto a los intereses del agresor como de la víctima.

---

19. MARÍN RÍOS, “Víctima y Justicia Penal”, Barcelona, 2012, págs. 405-406. También en este sentido, LEAL MEDINA, “¿Tiene futuro la mediación penal de adultos?”, en Diario La Ley n° 8397, de 13 de octubre de 2014.

Sin embargo, a pesar de estas pretendidas y un tanto ingenuas ventajas, la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos que choca frontalmente con el principio de legalidad y de necesidad del proceso penal, y que es ajeno totalmente al sistema de enjuiciar español. Legalmente, se ha introducido en la Ley de responsabilidad penal del menor de 12 de enero de 2000, y recientemente está recogido en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

No creo estar equivocada si concluyo observando cómo se tiene firme decisión política de optar por un modelo de enjuiciamiento penal adversarial, un sistema basado en la confrontación activa y agresiva de acusador y defensor, en el que el Juez –cuando actúa– ocupa un posición totalmente pasiva. Un modelo que no tiene tradición en nuestro ordenamiento y que empieza a ser cuestionado en los países en los que está implantado.