

## Necesario salto cualitativo del siglo XVIII al XXI

**Luís RODRÍGUEZ RAMOS**

*Catedrático de Derecho Penal y socio de Rodríguez Ramos Abogados*

*(Artículo publicado con autorización del autor y del Diario LA LEY. Extraído del Número 8451 • viernes, 2 de enero de 2015).*

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. Necesaria reforma de la Constitución (1)

La Constitución española de 1978 ha incidido favorablemente en la mejora de algunos aspectos de la Administración de la Justicia en general y de la penal en particular, a lo largo en sus más de nueve lustros de vigencia, pero aún no se han extirpado graves tumores seculares permitiendo además que nacieran otros nuevos, propicios al llamado «populismo judicial». El modelo de la vigente gestión de la justicia española arranca de la revolución de 1869 (2) y ha sufrido continuos «remiendos», «parcheos», «bacheos» o «retoques» a lo largo de todo el siglo XX y de lo que va del XXI, sin haber optado todavía por un nuevo modelo acorde con los tiempos, homologable con el vigente en los países europeos más desarrollados. Para tan necesario como profundo renacimiento, regeneración y progreso se precisa la reforma de algunos preceptos constitucionales, al margen de los que puedan derivarse de las modificaciones de otros ámbitos de la Carta magna, particularmente de los relativos a la organización territorial vinculados al también secular problema catalán, y de los que luego o al tiempo tenga que realizar el Poder legislativo.

Cierto que, en no pocos casos, la exigencia de cambio no deviene tanto de la propia Constitución como de la interpretación restrictiva de los derechos de los ciudadanos que el legislador y la posterior jurisprudencia —del TC y del TS— han tenido a mal hacer, aprovechando ambigüedades o conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, los del «error judicial» o el «anormal funcionamiento de la justicia» del art. 121 CE), pero cierto también que en otros casos y también en éstos, por acción o por omisión sí están en su texto las raíces de estos males, como se irá viendo a lo largo de este artículo.

En consecuencia, para asegurar que el legislador y sus intérpretes no se ampararán en la ambigüedad o ausencia de las normas constitucionales, es necesaria esta reforma para lograr la plena vigencia de esenciales libertades cívicas y derechos fundamentales de los ciudadanos, en términos de realidad y efectividad (art. 9.2 CE), siendo la presente propuesta indubitada en alguno de sus extremos (incluso ya explicitada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional) y discutible en otros, pero incluso en este segundo subconjunto de propuestas los problemas básicos seguirán siendo muy claros, aun cuando existan otras soluciones.

Hay que insistir en que esta reforma constitucional de la Justicia en España requiere optar, previa o al menos coetáneamente, por un diseño claro y preciso tanto de la organización territorial del Estado (federal en cualquiera de sus modalidades o autonómico con o sin reformas) cuanto de un nuevo modelo territorial e institucional de Poder Judicial y de Administración de Justicia más funcional para las actuales circunstancias de la sociedad española, so pena de que se convierta en papel mojado el cambio constitucional, para lo cual este modelo que debería ser diseñado por expertos en organización y funcionamiento de grandes empresas de prestación de servicios, aun cuando también se cuente con la ayuda de prácticos y académicos del sector. Estos factores harían por fin un diseño que evitara seguir

malgastando tiempo y dinero público en reformas parciales y disfuncionales, y en un endémico mal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Además, estas propuestas se efectúan desde la perspectiva de la abogacía y, más concretamente, desde la atalaya de un penalista con más de cuatro décadas de experiencia como abogado y también con más de cinco décadas de actividad académica como docente e investigador del Derecho penal. Pero lo más relevante es que se trata de una perspectiva realista, pues no en vano los abogados son los que más cerca están de los justiciables y los que a pie de obra conocen las luces y las sombras de la Administración de Justicia, en definitiva los que mejor pueden saber si el pueblo, como fuente de la que emana ese ejercicio de un poder del Estado, está o no bien atendido por este servicio público tan esencial para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y resumidos en una tutela judicial efectiva sin indefensión.

Y en fin, este trabajo es un boceto de una monografía en preparación sobre el mismo tema, *Una Justicia más justa y actual*.

## 2. Oportunidad de la reforma

La reforma constitucional y la construcción del modelo de Administración de Justicia son tan necesarias como inaplazables para superar por fin unas praxis propias, no ya como cabría sospechar de una inercia proveniente del estado cuasitotalitario franquista, sino más bien de las «mondas» del Estado de la monarquía absoluta (anteriores a la Revolución francesa) y no superadas en la citada revolución de 1868, ni en las posteriores reformas del propio siglo XIX y del XX, XXI, aun cuando ambos momentos históricos tengan en común la inmolación del ciudadano y de sus derechos en aras de un poder emanado del mismo Dios y ejercido por el Rey o radicado en el propio y hegeliano Estado-Dios, debiendo los súbditos sacrificarse en uno y otro caso en aras de una Justicia de origen divino o en pro de una patria concebida como «unidad de destino en lo universal» y de un Estado considerado «instrumento totalitario al servicio de la Patria» y no de los ciudadanos.

## 3. Ámbito de la misma

La reforma constitucional tendría que centrarse en tres puntos: organización y competencias relativas a la Administración de Justicia, derechos fundamentales de carácter procesal y derechos fundamentales de naturaleza sustantiva. Dentro de cada uno de estos conjuntos se incluyen otros subconjuntos o elementos, siguiendo en todo caso una sistemática amparada en la convencionalidad de cualquier clasificación.

El primer punto comprendería la modificación de diversos artículos de la CE (arts. 117, 121, 122.3, 125 y 127), para vincular más la Administración de Justicia con los ciudadanos, remodelar el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), delimitar las líneas básicas del estatuto de jueces, fiscales y abogados con la consiguiente desaparición del juez instructor, la ampliación de la responsabilidad objetiva del Estado-Juez sin elusiones, la abolición del Jurado y la limitación del ámbito de la acusación popular. También, aun cuando en esta ocasión no se incida en el tema por depender de la reforma constitucional que se adopte respecto al modelo territorial del Estado, sería la ocasión de poner orden de la actual fragmentación de competencias sobre la Administración de justicia.

El segundo ámbito de reformas es el relativo a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales procesales del justiciable en el orden jurisdiccional penal (arts. 10.2, 17, 24 y 71.3 CE), que comprendería la efectiva vigencia de los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, según la interpretación de los correspondientes tribunales internacionales de derechos humanos, cuya doctrina y cuyas sentencias tendrán, respectivamente, que aplicarse o ejecutarse por los órganos jurisdiccionales nacionales; la reducción del plazo máximo de detención a 24 horas, así como la enumeración más completa de los

derechos procesales fundamentales especialmente los derechos de defensa y tutela judicial efectiva (legalidad procesal y *analogía in bonam partem*, dignidad, información, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, guardar silencio, contradicción, igualdad de armas, oralidad, publicidad con excepciones, inmediatez, motivación de las resoluciones, doble instancia, prueba prohibida, tiempo razonable del procedimiento), la tutela de la víctima, su extensión a otros ámbitos sancionadores y la restricción de los aforamientos parlamentarios.

Y, por último, la reformulación de los derechos fundamentales sustantivos, para su efectiva vigencia (art. 25 CE), con mayor explicitación y concreción del principio de legalidad penal, mediante la inclusión expresa del principio de culpabilidad, taxatividad y *non bis in ídem*, la referencia a la prescripción como límite del *ius puniendi* estatal y la extensión a otros ámbitos sancionadores.

## II. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Una reforma de la Constitución en lo atinente a los aspectos orgánicos de la Administración de Justicia requiere, como ya se ha anunciado, afectar diversos artículos de la misma relativos tanto a aspectos conceptuales y competenciales, como a la remodelación del Consejo General del Poder Judicial, pasando por las líneas básicas del estatuto de jueces, fiscales y abogados, la responsabilidad directa y objetiva del Estado-Juez, así como la revisión de las referencias al jurado y a la acusación popular.

Lógicamente el nivel constitucional de estas materias exige generalidad y desarrollo posterior por el Estado Legislador, pero interesa que la Constitución reformada sea clara y precisa para evitar posteriores desviaciones del legislador, que no puedan ser corregidas en su caso por la jurisdicción y por el Tribunal Constitucional por falta de referentes taxativos y expresivos.

### 1. Justicia emanada del pueblo y administrada en su nombre

El art. 117.1 CE dice que «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey.....». La modificación que se propone es que no sólo emane sino que se administre en nombre de su fuente. Como ya se ha repetido el Estado-Juez es el más arcaico de los tres poderes, manteniendo todavía «tics» del Estado de la monarquía absoluta del siglo XVIII (3). Sin perjuicio de que sea indiscutible la condición de monarquía parlamentaria que corresponde a la figura del Rey en la Constitución, lo cierto es que todos los esfuerzos son pocos para acercar al pueblo este poder del Estado, con el fin de convencer a los ciudadanos de que la Justicia no sólo emana de ellos, del pueblo, sino que se administra en su nombre y además teniéndoles a ellos y al pueblo como destinatarios y usuarios, con el celo, la eficiencia y el respeto que merecen como «dueños» del servicio.

Esta desvinculación de la figura del Rey de la Administración de Justicia, manifestando la Constitución que se administra en nombre del pueblo español al estilo italiano o portugués, contribuiría a ese necesario acercamiento de la Justicia a los ciudadanos, que aun la ven demasiado solemne y alejada, incluso administrada en «palacios» como recuerda NIETO (4). Ciertamente estas referencias de derecho comparado corresponden a Estados republicanos, pero ello no es óbice para que desaparezca en España esta reliquia heredada de las Constituciones de 1869 (art. 91) y de 1876 (art. 74), constituciones que también situaban al Rey como «residencia» del Poder ejecutivo (arts. 35 y 54 respectivamente) con amplias facultades en el ejercicio de este

Poder, al tratarse de una Monarquía no plenamente parlamentaria por compartir poderes con las Cortes, es decir, con el pueblo que no era del todo soberano. En definitiva, que el Rey no tiene por qué seguir siendo intermediario en el ejercicio del Poder judicial ni siquiera nominalmente, pues incluso en los

Estados republicanos se administra la Justicia en nombre del Estado y no de su Presidente.

## 2. Las competencias de los poderes públicos sobre la Justicia

En la actualidad la Administración de Justicia en sentido amplio, es decir, más allá del nombramiento y gobierno de los jueces y magistrados, depende de tres ámbitos competenciales: el Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE), el Ministerio de Justicia (art. 148.1.5.ª CE) y los Gobiernos autonómicos a los que se les ha transferido esa competencia.

Esta fragmentación de competencias, que no se han sabido coordinar adecuadamente, ha hecho que se cumpla el refrán «oveja de dos pastores se la come el lobo» (en este caso los pastores son tres).

La transferencias a algunas autonomías del personal al servicio de la Administración de Justicia no integrante del poder judicial, de los medios materiales, y de la organización, dotación y gestión de los órganos y servicios de apoyo a los órganos jurisdiccionales, así como de la ordenación y organización de los servicios de justicia y orientación jurídica gratuitas, se ha operado en cumplimiento de lo dispuesto en los correspondientes estatutos y en los arts. 35 a 37 LOPJ.

Quizás sea el momento de constitucionalizar esta realidad, coetáneamente a la implantación de una nueva organización territorial y funcional de la Administración de Justicia, buscando la eficiencia y la igualdad de todos los ciudadanos en el uso si no disfrute de este servicio público, sin distinciones territoriales.

Es de esperar que, incluso si llegara a configurarse el Estado español en un régimen federal, no se copiaría el modelo de Norteamérica sino el alemán, en el sentido de no tener que promulgar el Estado federal su propio Código penal y procesal penal, y cada uno de los estados federados otros tantos códigos penales y procesal penales, excluyendo además y paralelamente la necesidad de solicitud de extradición o de orden de detención europea para reclamar a imputados o condenados de uno a otro estado federado ni, en fin, diferenciar tribunales federales de los de cada estado federado en su territorio.

## 3. La remodelación del Consejo General del Poder Judicial

La reciente LO 4/2013 de 28 de junio ha reformado la LOPJ en lo relativo a la organización y funcionamiento del CGPJ, sin lógicamente traspasar los límites de la CE en su art. 122. Al tiempo que se redefinen las competencias de los poderes públicos sobre la Administración de Justicia habría que enriquecer y fortalecer en diversas vertientes la organización y el funcionamiento del CGPJ, partiendo de una reforma constitucional pero incluyendo su reconfiguración en el ámbito de un nuevo modelo de la organización y funcionamiento de la Justicia (5).

Partiendo de la idea de acercar la Administración de Justicia a los ciudadanos, habría que aumentar en el CGPJ la presencia de vocales no pertenecientes a la carrera judicial. En la actualidad dispone el art. 122.3 que estará compuesto por «veinte miembros» de los cuales doce deben ser «Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales», y los restantes han de ser «abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión». En los arts. 566 y ss. LOPJ desarrollan esta disposición constitucional.

Hay que reconocer como premisa mayor que, si bien los jueces y magistrados son los únicos que administran justicia en el sentido de dictar resoluciones en el ámbito jurisdiccional, no son ni pueden ser los únicos sujetos capaces de protagonizar esa actividad sin la necesaria concurrencia (centrados en el orden jurisdiccional penal) del Ministerio fiscal, abogados del Estado y abogados privados (de libre designación, de oficio y de empresa), de secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, desde oficiales, auxiliares y agentes hasta médicos forenses y Policía judicial. Al menos los fiscales, los abogados en general, los abogados del Estado y los secretarios judiciales son cooperadores de la

Administración de justicia, como dice el Libro VII de la LOPJ en formulación un tanto excluyente, pues deberían recibir más bien la calificación de al menos cooperadores necesarios o, más propiamente, de profesionales que junto a los jueces y magistrados forman parte funcional de los órganos de la Administración de Justicia.

El actual CGPJ es pues el órgano de gobierno del Poder judicial con un excesivo peso de los jueces y magistrados, al tener corporativamente una mayoría absoluta con sus doce vocalías sobre un total de veinte. Ocho vocales a repartir entre abogados y otros juristas de prestigio frente a doce de la carrera judicial, no es proporcional, especialmente en lo atinente a los abogados que son los que mantienen una relación más directa con los ciudadanos, con los justiciables y en definitiva con el pueblo. Como dato relevante a tener en cuenta en este contexto están las manifestaciones de jueces y fiscales que, pidiendo la excedencia en sus respectivas carreras tras muchos años de servicio, se han dedicado a ejercer la abogacía en el orden penal, manifestaciones consistentes en afirmar que no habían conocido la realidad de lo que es y de lo que no es la praxis de juzgados y tribunales, hasta que no se han acercado a los mismos como abogados.

Sería pues conveniente modificar el reparto de vocalías del CGPJ, equiparando el número de jueces y magistrados al de otros juristas principalmente abogados, o incluso situándolos en minoría, para eliminar el tinte corporativista que tiene en la actualidad. Por otra parte, para borrar igualmente la apariencia «anarcosindicalista» derivada del excesivo protagonismo de las asociaciones de jueces, habría que eliminar la intervención de tales asociaciones en la proposición de candidatos, previendo sólo los avales individuales. Y, en cuanto a los candidatos no ejercientes de funciones jurisdiccionales, deberían precisar también avales que acreditaran la aceptación en sus respectivos colectivos.

Respecto al sistema de elección debería permanecer el previsto en el actual art. 122.3 CE, pues parece el menos malo, pero con la leve modificación de buscar un consenso de los partidos sobre personas competentes en su ámbito jurídico profesional, poniendo como condición para ser candidatos, además de los avales indicados, que no hayan desempeñado cargos políticos como militantes de los partidos electores, para eliminar en lo posible la actual división de la cúpula del CGPJ en función de la familia política que eligió a cada vocal.

#### 4. Libertad de pertenencia de los jueces y fiscales a partidos políticos

En la actualidad los jueces y fiscales no pueden pertenecer a partidos políticos, por imperativo del art. 127.1 CE, pero sí, por declaración del mismo precepto, constituir asociaciones profesionales. Pues bien, en la práctica las asociaciones constituidas están diferenciadas en función de su posicionamiento ideológico de izquierdas, de centro o de derechas, convirtiéndose en apéndices de los partidos en relación con los asuntos o temas políticos incidentes en la Administración de Justicia.

En otros países no existe esta prohibición y no se politiza la Administración de Justicia ni los jueces o fiscales o, si se prefiere, se politiza menos que en España. Se debe suprimir pues esta prohibición para, al menos, ganar en transparencia.

#### 5. Líneas básicas del estatuto de los abogados

Los arts. 117 y 124 configuran las líneas básicas del estatuto de los jueces y fiscales respectivamente.

No existe sin embargo ninguna referencia directa a los abogados, más allá de su mención en los arts. 117.3 y 24.2 CE, cuando en realidad son una pieza tan básica para la Administración de Justicia como los jueces y fiscales. Sería pues preciso que la Constitución previese la elaboración de una ley orgánica reguladora del derecho o de los derechos de defensa, en la que se estableciera el estatuto básico del abogado, expresando como líneas básicas del mismo su carácter libre e independiente, así como su misión de buscar

el orden y la concordia social, la efectividad de los derechos y libertades fundamentales, la defensa de los intereses de sus defendidos y, todo ello, con pleno sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico y poniendo la Justicia como fin supremo y prevalente de su actuación.

Esta ley orgánica reguladora del derecho de defensa y del estatuto del abogado, con una referencia detallada a su derecho disciplinario, serviría luego de base para la elaboración del Estatuto General de la Abogacía Española y, además, equipararía al abogado a los jueces y fiscales en el rango legal de la norma configuradora de su naturaleza y funciones, al tiempo que su régimen disciplinario cumpliría por fin el requisito de reserva de ley (art. 25 CE) que en la actualidad no se cumple, al ser un mero Real Decreto el que regula las infracciones y sanciones contenidas en el Estatuto general de la abogacía española.

Dicha ley orgánica marcaría además las líneas básicas de la organización colegial, bien estableciendo un único colegio con delegaciones autonómicas y, en su caso, subdelegaciones copiando a los Registradores, bien diversos colegios agrupados en un Consejo General de la Abogacía que respete las reglas democráticas, en el sentido de dar a cada decano el voto ponderado que le otorgue en número de colegiados a los que represente.

## 6. La desaparición del juez instructor

La anacrónica figura del juez instructor se puede tildar de inconstitucional al ser por definición parcial en cuanto investigador que tiene que recabar pruebas de cargo e imparcial en cuanto juez y que, además, ejerce funciones ajenas a las de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» que la Constitución le encomienda (art. 117.3), por lo que debería desaparecer por mandato de la propia Carta magna. En este sentido bastaría con la modificación del apartado 4 del mencionado artículo que dijera: «Los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que le sean atribuidas *por la legislación electoral*», pues como instruir no es ni juzgar ni hacer ejecutar lo juzgado, sino investigar unos hechos y buscar fuentes de prueba, automáticamente resultaría vedada la figura del juez de instrucción.

La posterior referencia al juez imparcial e independiente y al principio acusatorio refuerza esta necesidad.

## 7. Responsabilidad patrimonial objetiva del Estado-Juez sin elusiones

El art. 121 CE declara la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado-Juez, por daños y perjuicios derivados de «error judicial» o del «anormal funcionamiento de la Administración de Justicia». Este precepto constitucional, por una parte, debería formularse en los mismos términos que el 106.2 respecto a las administraciones públicas, al extender «la indemnización por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» («normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos», art. 139.1 LRAPPA), y por otra reformularse también para evitar la interpretación restrictiva e inconstitucional que del precepto está haciendo el Tribunal Supremo (todas las Salas respecto al «error judicial» y la 3.<sup>a</sup> en cuanto al «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia»).

Como se pone de manifiesto en los tres artículos del mismo autor de estas líneas, citados en la nota final núm. 1, el Estado-Juez es ampliamente irresponsable por los daños y perjuicios derivados de sus errores o de su anormal funcionamiento, en definitiva, por las lesiones causadas por su normal y mal funcionamiento. En primer lugar le limita injustamente la indemnización por un error judicial específico, que es la prisión preventiva del luego absuelto o sobreseído, sólo indemnizable por la «inexistencia del hecho» —o atipicidad del mismo— (art. 294 LOPJ); en segundo término el concepto jurisprudencial del «error judicial», que en principio se equiparaba por la doctrina al «funcionamiento normal» del servicio público Administración de justicia (6) (es normal equivocarse: imputar al luego absuelto, condenar a un inocente, etc.), ha resultado ser todo lo contrario: un error garrafal, insostenible, equiparable al concepto



de prevaricación (art. 404 CP), es decir, que en vez de ser una alternativa al anormal funcionamiento se ha convertido en una modalidad más del mismo, y finalmente el anormal funcionamiento también se ha interpretado más en términos de «anormalidad estadística» que de «anormalidad como contrario a normal jurídica».

El resultado inmediato es que el Estado-Juez, por las lesiones inferidas a los ciudadanos por su normal o anormal funcionamiento, goza de tan amplias zonas de irresponsabilidad que se retrotrae al Estado del siglo XVIII o al Estado totalitario, ambos de corte transpersonalista, a sacrificar los derechos de los ciudadanos —más bien súbditos— al funcionamiento de un servicio público con amplios márgenes de arbitrariedad, entendida como libertad de actuación alegal sin consecuencias de responsabilidad. Poder decretar la prisión provisional de una persona, luego absuelta, sin que dicha persona merezca indemnización alguna, es sacrificar a un ciudadano en aras del dios Estado-Juez; no es compatible con un Estado de derecho someter a alguien a un proceso penal, más o menos largo, con los daños morales y materiales que puede ocasionar a la persona imputada, a su familia y a su actividad profesional y a las empresas en las que trabaje, luego sobreseerla o absorberla y no proceder, como se procede por ejemplo en Alemania, haciendo recaer «las costas del proceso y los gastos necesarios del imputado sobre el Estado» (§ 467 Ley procesal penal).

Por otra parte, esta irresponsabilidad del Estado-Juez, al no generar consecuencias económicas para el Estado, fomenta la querulancia y temeridad de algunas fiscalías especializadas, y en general estimula todo tipo de excesos en estos ámbitos del normal o anormal funcionamiento del servicio público Administración de Justicia, sin estímulos o frenos para su corrección en el futuro, enquistándose las corruptelas y faltas de respeto a los ciudadanos justiciables y a los operadores jurídicos. Si existiera una pronta y generosa reparación de los daños y perjuicios materiales y morales generados por este Poder del Estado, sin duda el Ministerio de Hacienda, alarmado por el incremento de esta partida del gasto público, exhortaría eficazmente a los órganos generadores de las lesiones, incluso derivando la responsabilidad económica a los funcionarios.

En el ámbito de la querulancia privada de las acusaciones particulares y populares, un nuevo régimen de costas en la LECrim., implantando el de la LEC —aplicación del criterio del vencimiento—, complementaría esta responsabilidad patrimonial estatal, régimen de costas que podría tener también un genérico rango constitucional, para evitar tanto gasto público inútil al poner en marcha sin necesidad los órganos de la justicia, cuanto los gastos privados del justiciable imputado por las acusaciones querulantes.

## 8. Abolición o reducción del Jurado y moderación de la acusación popular

El Tribunal de jurados se introdujo en la Constitución (art. 125) sin limitación alguna y, para colmo, la ley reguladora de 1995 extendió su ámbito de competencia hasta extremos inimaginables (delitos de omisión de socorro, amenazas, allanamiento de morada, por ejemplo). Los portugueses fueron menos alegres, a pesar de tener que ver su nueva constitución con una previa «revolución de los claveles», y su art. 217 limitó ya su ámbito de competencia a los delitos graves y si lo pidiera una de las partes.

La historia del Tribunal de jurados puros en España (el Tribunal mixto con escabinos, vigente en la jurisdicción militar, es otra cosa) es la derivada del intento de implantar en el país una institución tan sin tradición como innecesaria, mucho más cara en tiempo y en dinero que los tribunales profesionales, al margen de su mayor influenciabilidad tanto por los medios de comunicación como por las partes procesales. La Constitución de 1812 anunció la institución, pero no fue hasta la de 1869 cuando se consagró constitucionalmente.

En el Código de procedimiento criminal de 1872 se introduce por fin el Tribunal de jurados, para ser suspendida su vigencia en 1875, y a pesar de eludir cualquier referencia al respecto la Constitución de 1876, se volvió a implantar en 1888 extendiendo su competencia a los delitos más graves. Se suspendió de nuevo su vigencia durante la Dictadura de Primo de Rivera, levantó la suspensión su sucesor el almirante Aznar, y la Constitución de 1931 lo reintroduce en su art. 103 y se irá progresivamente reduciendo el ámbito de competencias de estos tribunales, hasta su abrogación al final de la guerra civil. Recientemente el citado art. 125 CE reinstaura esta institución.

Pues bien, dada la innecesariedad, complejidad, inseguridad jurídica y alto gasto público que el funcionamiento del jurado supone, debería suprimirse una vez más o, al menos, limitar al máximo su competencia, y además sometiéndola a la preceptiva y previa solicitud de al menos una de las partes.

Y consagrada en el mismo artículo de la vigente Constitución está la acción popular que, al margen de ser una institución desconocida en otros países europeos, en los precedentes históricos de las Constituciones de 1812, 1869 y 1931 su vigencia era muy restrictiva: en la de 1812 sólo en supuestos de delitos de soborno, cohecho y prevaricación de jueces y magistrados (art. 255); en la de 1869 para los delitos cometidos por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus cargos (art. 98), y en la republicana la circunscribía a los delitos de detención y prisión ilegal, sin necesidad de constituir fianza (art. 29). La LECrim. desde 1882 la reconoce con gran amplitud (arts. 101, 270 y 280).

Los abusos de la acción popular son abundantes, y sin perjuicio de que puedan frenarse los actuales ejercicios temerarios y con mala fe mediante una «civilización» de las costas penales en el sentido antes indicado, no estaría de más establecer constitucionalmente límites en función de los bienes jurídicos protegidos y, en todo caso, circunscribir la fianza a las satisfacción de las costas, pudiendo solicitar su mejora a lo largo del proceso si resultara insuficiente y existiera un *fumus boni iuris* de temeridad.

### III. DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES

Después de las décadas de vigencias del art. 24 CE, los tribunales internacionales (especialmente el TEDH), el TC, la Sala 2.<sup>a</sup> del TS y la doctrina han interpretado los derechos fundamentales de carácter procesal, y partiendo de esta interpretación es el momento de una reformulación constitucional de tales derechos para una más efectiva y real vigencia, constitucionalizando también la ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, en las que resulte condenada España.

#### 1. Ejecución de las sentencias del TEDH y de la CIJ (ONU)

El art. 10.2 CE consagra la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, como criterio interpretativo de los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución. Recientemente la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal supremo, en un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 21 de octubre de 2014, ha dispuesto que, en tanto no exista un instrumento legal que permita anular las sentencias que hayan sido objeto de estimación de recursos ante tribunales internacionales por violación de derechos fundamentales, el cauce adecuado será el recurso de revisión, aun cuando el supuesto no figure en el art. 954 LECrim. Sin perjuicio de aplaudir esta aplicación de la analogía *in bonam partem*, hasta este momento la doctrina era la contraria (7), considerando inaplicable la anulación de la sentencia estimada por el Tribunal internacional como conculcatoria de derechos fundamentales.

Para mayor garantía del cumplimiento de esta exigencia constitucional, como mandato al legislador, este precepto debería contar con una cláusula de cierre que estableciera la ejecutoriedad en España de las



sentencias dictadas por los tribunales internacionales de derechos humanos, que afecten a las reclamaciones de los españoles, al tiempo que explicita la sumisión de los tribunales a dicha doctrina jurisprudencial internacional.

## 2. La reducción a 24 horas del plazo de detención policial

Todas las constituciones históricas españolas que se pronunciaron al respecto (8) establecían el límite de duración de la detención policial en veinticuatro horas, con la excepción del Fuero de los Españoles —si pudiera considerarse una constitución— y la vigente, y en este contexto de las constituciones históricas es en el que se puede seguir entendiendo el vigente art. 496 LECrim. En igual o parecido sentido se pronuncia el Derecho comparado (9). Con las excepciones que se determinen en la futura ley procesal penal, el art. 17 CE española debe poner el límite máximo de detención no judicial en este plazo de un día, abandonado las setenta y dos horas del citado Fuero de los Españoles. La objeción de que la policía necesite más tiempo para sus investigaciones se disipa convirtiendo la detención policial en judicial, que no hay inconveniente en mantener su duración en las actuales setenta y dos horas.

Para colmo de holladura del derecho a la libertad del detenido y, en particular, a su puesta a disposición judicial, en algunos supuestos como en el Caso Malaya el Juez de instrucción ha interpretado abusivamente (y así lo estimó la STC 180/2011 de 21 de noviembre, si bien el TSJ Andalucía no consideró *a limine* que el titular del Juzgado de instrucción que cometió dicho abuso pudiera haber incurrido en delito de detención ilegal) los arts. 17 CE y 494, 496 y 497 LECrim., elevando el plazo de detención ¡hasta 144 horas!, tres días de detención policial y otros tres de detención judicial, cuando la detención era judicial —por orden del juez— y además se consideraba que era una medida de presión —tortura psicológica— para forzar la confesión del detenido.

Esta irregularidad fue interpretada por el Tribunal sentenciador como merecedora de una circunstancia atenuante analógica.

Al igual que en los supuestos de prisión preventiva con posterior absolución o sobreseimiento, la detención contraria a la Constitución y a las leyes deberá generar responsabilidad patrimonial del Estado, tal como se prevé por ejemplo de modo expreso en el art. 27.5 de la Constitución portuguesa.

## 3. Especificación más completa del derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión

El vigente art. 24 CE ha supuesto un notable avance en la defensa de los derechos procesales de los ciudadanos justiciables al convertirlos en derechos fundamentales, si bien la estrechez del recurso de amparo, especialmente tras la última reforma de la LOTC, ha mermado en la práctica su eficacia al restringir el trámite de admisión con kafkianos requisitos formales. Ahora se centra la atención en los que corresponden al orden jurisdiccional penal, extensibles lógicamente también a los demás órdenes.

Los derechos fundamentales procesales pueden clasificarse en dos grandes grupos o géneros: el derecho a la tutela judicial efectiva, por una parte, y los derechos de defensa por otra, aun cuando ambos se agrupan en el conjunto más amplio del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como polos de un mismo eje de una esfera, pues no hay tutela judicial efectiva sin un efectivo derecho de defensa, y no habrá un efectivo derecho de defensa sin una tutela judicial efectiva.

En el primer subconjunto se pueden incluir el derecho a la legalidad procesal y a la analogía *in bonam partem*, al juez imparcial e independiente, a la publicidad con excepciones, a la oralidad, inmediatez, contradicción e igualdad de armas, motivación de las resoluciones, ineficacia de la prueba prohibida, doble instancia, ausencia de dilaciones indebidas y extensión a otros ámbitos sancionadores de estos derechos. Y

en el segundo, en torno al derecho de defensa, los derechos a la dignidad, información, intervención, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, a guardar silencio y a la protección de la víctima.

#### A) Los derechos a la tutela judicial efectiva

El primer subconjunto de derechos se puede agrupar, como se ha dicho, en torno a la tutela judicial efectiva. En la actualidad el art. 24 CE incluye como derechos fundamentales vinculables a este apartado el derecho «al juez ordinario predeterminado por la ley», y «... a un proceso público con todas las garantías y sin dilaciones indebidas...», pero se han considerado implícitos en estos conceptos, en una interpretación sistemática con otros preceptos constitucionales (arts. 117 y 120 CE), el principio de legalidad procesal, el derecho a un juez imparcial, el derecho a la oralidad, intermediación, contradicción e igualdad de armas, a la motivación de las resoluciones, a la doble instancia, a la prohibición de la prueba ilícitamente obtenida y a la extensión a otros ámbitos sancionadores de estos derechos.

##### a) El principio de legalidad procesal y la analogía *in bonam partem*

El principio de legalidad procesal penal se incluye en el derecho «a un proceso público con todas las garantías» al sobreentenderse que se trata de garantías legales. Forma parte del que se podría denominar el principio de legalidad general del orden jurídico penal, que comprende las cuatro garantías: criminal, penal, procesal y penitenciaria (STS de 20 de mayo de 1997). El art. 1 LECrim. lo establece de modo expreso, y debería explicitarse más en el art. 24 CE.

Recientemente, como se ha puesto de manifiesto en el presente apartado III, epígrafe 1 mencionando, el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.ª del TS ha creado una norma por analogía *in bonam partem* al introducir por vía interpretativa un nuevo supuesto de recurso de revisión en el art. 954 LECrim., para dar ejecutoriedad a las sentencias del TEDH. También la CE debería recoger esta facultad jurisdiccional, para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales incluso en supuestos de laguna legal que afecte al desarrollo efectivo y real de estos derechos.

##### b) Derecho al juez imparcial e independiente, al principio acusatorio, a la motivación de las resoluciones y a la publicidad controlada

La imparcialidad del juez es un aspecto más de su independencia (art. 117.1 CE). Algunos autores italianos llaman «populismo judicial» a la eclosión de los asuntos penales en los medios de comunicación, con la consiguiente publicidad de los procesos judiciales queridos o no queridos por los jueces pero, en definitiva, sintiéndose vigilados al emitir sus resoluciones.

Esta excesiva publicidad del proceso (algo más que el calificativo de «público») es un peligro para la independencia judicial, que consciente o inconscientemente acaba exigiendo a la justicia, no ya la ceguera derivada de los ojos tapados, sino la bizquera al mirar con un ojo a la ley y con otro a la opinión publicada.

Conviene también alguna referencia constitucional para evitar esta contaminación de la Administración de Justicia, que no es ya la injerencia del Poder ejecutivo, sino la presión de los medios, especialmente en la fase de instrucción o sumarial que requiere un secreto externo y a veces interno.

Para el logro de un juez imparcial durante la instrucción no hay más remedio que insistir en la necesidad de abolir el actual juez de instrucción, que tiene que cumplir un papel procesal imposible: ser a la vez parcial —instructor— e imparcial —juez—. Y para garantizar la imparcialidad judicial en todas las fases del proceso, también es necesario aludir al principio acusatorio, que como reza el Borrador de anteproyecto de Código procesal penal (BACPP) (10) significa que «La adopción de medidas restrictivas de derechos con fines de investigación o cautelares por el Tribunal, el enjuiciamiento y la condena requieren petición previa

de la acusación. La retirada de la solicitud por todas las acusaciones impedirá al Tribunal mantener la restricción del derecho, realizar el enjuiciamiento o dictar sentencia condenatoria».

Y en cuanto a la motivación de las resoluciones, para evitar la arbitrariedad y permitir el ejercicio del derecho de defensa y a los recursos, también es conveniente reformar el actual art. 120.3 CE, extendiendo la obligación de motivar a los autos.

#### c) Oralidad, intermediación, contradicción e igualdad de armas

Siguiendo el hilo del epígrafe anterior, la actual figura del juez instructor aliado con el fiscal, invirtiendo el papel de vigilante del juez que le corresponde por ley (art. 306 LECrim.) cuando es el denunciante o querellante de los hechos objeto del procedimiento, también propicia la desigualdad de armas de las defensas de los imputados respecto al fiscal, por la coincidencia de sus intereses inquisitivos con los del juez.

En esta tesitura las garantías derivadas de la oralidad, la intermediación y la contradicción resultan inútiles, al ser parcial el árbitro. Y, en fin, no pocas veces esta naturaleza centáurica del juez de instrucción imprime carácter y los jueces y magistrados siguen manteniendo esa actitud, al pasar a desempeñar funciones de enjuiciamiento.

#### d) Ineficacia de la prueba prohibida

Las pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales no pueden surtir efectos según dispone el art. 11 LOPJ, pero tal disposición que carece de fundamento expreso constitucional, merece su presencia entre los derechos fundamentales procesales descritos en la CE, reforzando su vigencia que viene limitándose progresivamente en la praxis judicial. El citado BACPP formulaba este principio del siguiente modo: «1.— No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida. 2.— Como excepción a la disposición establecida en el apartado anterior, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, favorables al encausado sin estar conectadas con un acto de tortura, sean: consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llegue a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas. 3.— La declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula. 4.— En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba».

Si se desarrolla luego de este modo o de otro este principio será una opción del legislador, pero la CE debe enunciarlo escuetamente como derecho fundamental.

#### e) Doble instancia

La doble instancia, al menos para las sentencias condenatorias, es un derecho reconocido en el Convenio europeo de derechos humanos (11), también en teoría previsto en la LOPJ reformada (12), pero pendiente de instaurar en la LECrim. para las sentencias dictadas por las audiencias provinciales sin Tribunal de

jurados, si bien por acuerdo del Consejo de Ministros del día 5 de diciembre de 2014, que aprobó el «Anteproyecto de Ley orgánica de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la Justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigaciones tecnológicas» ya se inicia el iter legislativo de dicha implementación.

También su reconocimiento constitucional parece conveniente.

#### f) Resolución en un tiempo razonable

La erradicación de las dilaciones indebidas en el proceso o, como dicen los textos internacionales en términos positivos, la realización del mismo «en un tiempo razonable» (13), merece también figurar en el art. 24 con esta formulación más favorable al ciudadano.

#### g) Extensión a otros ámbitos sancionadores de estos derechos

La jurisprudencia contencioso-administrativa e incluso la civil (14) viene reconociendo que estos principios y derechos constitucionales del ámbito sancionador penal deben extenderse también a estos otros ámbitos sancionadores. Al orden administrativo primero y contencioso después de un modo más directo y completo, mientras que al orden civil se viene aplicando de un modo más genérico. En cualquier caso conviene explicitar también estos extremos, en los términos que se describen en las subsiguientes conclusiones.

### B) Derechos derivados del derecho de defensa

Se agrupan en este conjunto una serie de derechos más vinculados al llamado derecho de defensa, aquí considerado más un género que una especie, y que son los derechos a la dignidad, la información e intervención en el procedimiento, la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, guardar silencio y, en relación con el derecho de defensa del sujeto pasivo del delito, la protección de la víctima.

En términos menos extensivos, pero incluyendo algunos de los derechos específicos de defensa a los que se alude a continuación, se pronuncia el BACPP: «1.—Se garantiza el derecho de defensa del encausado, el cual se ejercerá sin más limitaciones que las legalmente previstas de forma expresa, desde la atribución del hecho investigado hasta la extinción de la pena. 2.—El derecho de defensa comprende el derecho a conocer las actuaciones, formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas e impugnar las resoluciones desfavorables. 3.—Sin perjuicio del derecho del encausado a intervenir en los actos procesales en los que la ley no excluya su presencia, la defensa comprende el derecho a la asistencia letrada mediante la libre designación de un Abogado de confianza o, en su defecto, la obtención de la asistencia de un Abogado de oficio.- El encausado tiene derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la prestada ante la policía y a la presencia de su Abogado durante la declaración. 4.—El derecho de defensa incluye el derecho a la interpretación gratuita a un idioma que entienda el encausado de toda comunicación que se produzca durante la práctica de las diligencias en las que intervenga y en las actuaciones procesales orales, incluida la asistencia de intérprete en el acto del juicio oral y en las entrevistas reservadas con su

Abogado cuando sea de oficio. El encausado con sordera tiene derecho a la interpretación al lenguaje textual con idéntico contenido. El derecho de defensa también comprende el derecho a la traducción gratuita de los autos y resoluciones de la causa que resulten esenciales para la defensa. Al menos serán objeto de traducción los autos en lo que se acuerden medidas cautelares personales, el escrito de acusación, el auto de apertura del juicio oral y las sentencias».

#### a) Derecho a la dignidad

Debe también aludirse al derecho a la dignidad que, como punto de partida de los derechos de defensa de todas las partes, debe respetarse en los términos del ya citado BACPP: «El encausado, la víctima y todas las personas intervinientes en el proceso tienen derecho a ser tratados con todo respeto a su dignidad, en especial en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral».

#### b) Derecho a la información e intervención en el procedimiento con asistencia letrada

Desde que sea detenida o se dirija el procedimiento contra una persona o sujeto determinado se comunicarán al encausado los hechos que se le imputan y su calificación jurídica provisional, todo ello en un lenguaje o idioma que perciba y comprenda.

Si se ha declarado secreta la investigación, la comunicación prevista en el párrafo anterior podrá ser retrasada si resulta perjudicial para la finalidad perseguida con la declaración del secreto. No obstante, sin la realización de dicha comunicación no podrá tomarse declaración al encausado.

El detenido o encausado será informado sin dilación, oralmente y por escrito, de los derechos que le asisten en un lenguaje o idioma que perciba y comprenda.

#### c) Derecho a la presunción de inocencia

Igualmente ha de recoger el art. 24 CE el enunciado de los derechos a la presunción de inocencia y al *in dubio pro reo*, sintetizando

lo declarado al respecto en el mencionado BACPP: «1.—Toda persona debe ser considerada inocente y tratada como tal hasta que sea condenada en sentencia firme debidamente motivada, dictada por el Tribunal competente en un proceso con todas las garantías en el cual la culpabilidad haya quedado probada más allá de cualquier duda razonable. 2.—La carga de la prueba la ostenta la acusación y se proyecta sobre

la totalidad de los elementos constitutivos del delito, tanto de carácter objetivo como subjetivo. 3.—Las pruebas serán libremente valoradas por el Tribunal, conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y las máximas de la experiencia. 4.—Cualquier duda razonable sobre los hechos debatidos que sean penalmente relevantes debe resolverse a favor del encausado».

#### d) Derecho a guardar silencio

Como decía el BACPP, «el detenido o encausado tiene derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.- Al silencio o negativa a declarar no podrá atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate». Una sinopsis de este derecho debe también explicitarse en la CE.

#### e) Protección de la víctima

El tan citado BACPP declaraba: «La tutela judicial de la víctima es una de finalidades del proceso penal. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Tribunal informarán a los ofendidos y perjudicados por el delito de los derechos que les asisten, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables». También este extremo debe incluirse en la CE.

#### 4. Reducción de los aforamientos

Los aforamientos, inclusive los relativos a los parlamentarios nacionales (art. 71.3), deben en su mayoría abolirse por lo que tienen de atentatorio contra el derecho a la igualdad declarado en el art. 14 CE, aun cuando no carezca de algunas desventajas para el aforado esta condición. En el caso de los miembros del Congreso y del Senado, por ejemplo, es praxis consagrada que las faltas no merecen aforamiento y los acusados de haber cometido alguna de estas infracciones penales leves vienen siendo juzgados por los correspondientes jueces de instrucción, como si de un ciudadano cualquiera se tratara, y no se produce ningún conflicto político por tal práctica.

Deben pues reducirse al máximo los aforamientos previstos en la CE, para que se tome luego buen ejemplo en los estatutos de autonomía.

#### IV. DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS

El vigente art. 25 CE declara derechos fundamentales relativos al Derecho penal sustantivo y, en general, a todo el Derecho sancionador, en el ámbito del principio de legalidad de los delitos y de las penas, al tiempo que establece la finalidad primordial de las privativas de libertad y algunas características de las mismas, al tiempo que las veta como posible sanción administrativa. En su revisión constitucional deberían explicitarse algunos extremos para su permanente e indiscutible vigencia, aun cuando en su mayor parte ya hayan sido incluidos por la jurisprudencia constitucional y jurisdiccional en su ámbito.

##### 1. Principio de legalidad penal

El principio de legalidad penal, entendido este término complejo en un sentido amplio, se entiende como es sabido a las llamadas garantías criminales, penales, procesales y penitenciarias (15). Las garantías procesales las incluye la CE en su art. 24, mientras que las tres restantes se agrupan en el art. 25. Pues bien, en este contexto las pretensiones *de Constitutio ferenda* se centran, en primer lugar, en la inclusión expresa de la taxatividad, *analogía in bonam partem*, proporcionalidad y *non bis in ídem* en el ámbito de este principio, y en segundo lugar, explicitar también la necesaria presencia del principio de culpabilidad en el Derecho penal y, por extensión, en el sancionador en general, así como la prescripción como límite del *ius puniendi statalis*.

##### A) Inclusión expresa de los principios de taxatividad, *analogía in bonam partem*, proporcionalidad y *non bis in ídem*

Para que se cumpla el principio de legalidad de los delitos —la garantía criminal— es preciso que la descripción de la conducta prohibida por la ley penal sea *taxativa*, es decir, clara, precisa y suficientemente expresiva para que los ciudadanos puedan distinguir lo típico de lo atípico, como ha repetido la jurisprudencia internacional de derechos humanos, del TC y del TS (16). Para mayor garantía debería incluirse este adjetivo en el art. 25.1 CE en los términos que se indican en las conclusiones.

Existen discrepancias doctrinales respecto a si la *analogía in bonam partem* es o no compatible con este principio de legalidad de los delitos, sin necesidad de admisión expresa por la ley, en el mismo sentido que se planteó en relación con el principio de legalidad procesal penal en el epígrafe III, 3, A), a). Es evidente la incompatibilidad con dicho principio de la *analogía in malam partem* así como de la cualquier interpretación extensiva de una norma penal incriminatoria (arts. 4.2 CC y 4.1 CP), pero tal prohibición no parece extenderse a los supuestos en los que la analogía favorezca al imputado, máxime en un ordenamiento jurídico en el que la libertad es el primer principio superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), y así como el mencionado art. 4 CP prohíbe a los tribunales la aplicación de las leyes penales (se entiende por su contexto que son las leyes que establecen delitos y penas) a otros supuestos no previstos



en las mismas, no se extiende dicha prohibición a la interpretación extensiva y creación de normas por analogía que puedan beneficiar al reo, en supuestos de claras lagunas legales y al amparo de algún derecho fundamental o principio superior del ordenamiento jurídico.

En efecto, el título preliminar del CC, cuyas disposiciones «en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación...tendrán aplicación general y directa en toda España», prevé en el art. 1.4 que «los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», esto es, para rellenar lagunas legales como en el presente caso, y entre tales principios generales están, sin duda, por una parte «la libertad» y «la justicia» como «valores superiores del ordenamiento» (art. 1 CE) y, por otra, «la dignidad de la persona» y «los derechos inviolables que les son inherentes» por ser «fundamento del orden político y de la paz social» (arts. 10.1, 25 y 53 CE y 7 LOPJ); y en fin, también hay que tener en cuenta que las disposiciones del Código civil «se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes» (art.4.3 CC).

Un adecuado desarrollo de los derechos fundamentales implicados en el proceso penal y en la aplicación de las normas penales, a la hora de colmar lagunas legales ante situaciones de ausencia de expresa regulación legal que afecte a alguno de los mencionados derechos, exige esta posible creación de normas jurídicas por vía interpretativa, entre tanto el legislador no «deseque» esas lagunas, con expreso respaldo constitucional.

### *B) Explicitación del principio de culpabilidad*

El TC ha declarado que la culpabilidad es una de las columnas del sistema penal (17), que el Código consagra en su art. 5. Esta expulsión de la responsabilidad objetiva, acorde con las exigencias de una concepción del castigo fundado en la posibilidad de que su sujeto pasivo pudiera haber actuado de manera distinta, bien por ser consciente de lo que hacía y de su significado antijurídico —dolo—, bien por no haber previsto lo previsible y/o evitado lo evitable quebrantando un deber de cuidado —imprudencia—.

Esta conquista de la civilización debe también formar parte de la declaración constitucional, en el sentido de dar contenido material al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

### *C) Referencia a la prescripción como límite del ius puniendi estatal*

Y, en fin, la explicitación constitucional del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como límite del ejercicio del *ius puniendi* estatal, exige también una referencia a la prescripción de los delitos y de las penas.

El TC también ha extendido su competencia a esta institución (18), que por su naturaleza mixta sustantiva —causa de extinción de la responsabilidad— y procesal —extinción de la acción— afecta tanto al art. 24 como al art. 25 CE. Se trataría pues, simplemente, de explicitar también en el texto constitucional esta derivada del principio de legalidad tradicionalmente expresado con la fórmula *nullum crimen, nulla pena sine previa lege*.

## **2. Conciliación y prevalencia entre los fines de la pena**

El vigente art. 25.2 CE consagra como fin principal de la pena la reinserción social o, si se prefiere el término técnico, la prevención especial, es decir, que el condenado a una pena no vuelva a delinquir. Junto a este fin primordial el TC ha recordado que también existen otros fines que no resultan anulados por el ya mencionado (19), y que es la prevención general en su doble vertiente negativa (evitar que los potenciales delincuentes delincan, ante el temor de que se les imponga la pena prevista en la ley) y positiva (tranquilizar a la población al comprobar que «quien la hace la paga»). Y, en fin, todas estas finalidades pivotan sobre una pena proporcional, cuya magnitud deriva de la mayor o menor gravedad que el

legislador otorgue a la conducta penalmente prohibida. Conciliar todas estas variables (gravedad de la pena, reinserción social, ejemplaridad y consuelo de la sociedad) no es fácil, y requiere en lo atinente a las penas privativas de libertad que el legislador, primero, los jueces después y, finalmente, la institución penitenciaria, «balanceen» todos estos factores.

En las actuales circunstancias se ha anulado en la práctica esta prevalencia de la prevención especial, con la disculpa de cobrar protagonismo la necesidad de la prevención general tanto la negativa como la positiva.

La disculpa tiene su base en la que se llamó «alarma social» y en realidad es la tónica «opinión publicada en los medios de comunicación» que no real opinión pública, alarma social expulsada de la LECrim. en la reforma de 2003, por sus connotaciones transpersonalistas procedentes de la Alemania nazi.

Debe pues reforzarse la prevalencia de esta finalidad principal de la pena privativa de libertad, en la CE reformada, para que por ejemplo no se deniegue la suspensión de ejecución de una pena de esta naturaleza a la que se tiene legalmente derecho, por razón de la mencionada alarma social.

### 3. Extensión a otros ámbitos sancionadores

Lo manifestado anteriormente a este mismo respecto, sobre los derechos fundamentales procesales, se debe dar por reproducido en cuanto a los derechos sustantivos, confirmando el carácter inspirador del CP y de las normas constitucionales en él influyentes, de todo el derecho sancionador, extensible a los regímenes disciplinarios civiles (asociaciones y demás entidades de derecho privado), inclusive declarando excepcional la responsabilidad objetiva por la vigencia del principio de culpabilidad.

## V. CONCLUSIONES

Después de estas reflexiones se proponen a continuación concretas reformas de los artículos de la CE necesitados de mejora, para una vigencia más real y efectiva de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales. No se aborda la temática de la organización territorial del Estado pues, aunque de modo indirecto afecte a la organización de la Administración de Justicia, no es objeto de estas líneas ni su autor tiene legitimación para tratar dicha materia, más allá de algunas reflexiones desde la perspectiva elegida para estas consideraciones.

### 1. Reformas relativas a la Administración de Justicia

Se proponen las siguientes reformulaciones de los correspondientes artículos relacionados con la Administración de Justicia en general y, por ende, también con el orden jurisdiccional penal:

Art. 117.1: «La justicia emana del pueblo y se administra *en su nombre*...».

Art. 121: «1. *En los términos establecidos por la ley, los ciudadanos tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que sea consecuencia del normal o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. 2. Las lesiones derivadas del ejercicio abusivo de acciones por los particulares, en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, serán compensadas por los actores*».

Art. 122.3: «El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años, que *serán elegidos en la misma proporción por el Congreso y por el Senado por mayoría de tres quintos de sus miembros en los términos que establezca una ley orgánica, diez entre Jueces y Magistrados, y diez entre abogados y otros juristas que no hayan desempeñado cargos públicos en representación de partidos*

*políticos, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión, avalados por miembros en activo de los correspondientes estamentos profesionales».*

Art. 122 bis: «1. *La abogacía es una profesión libre e independiente que tiene la Justicia como fin supremo buscando su efectividad y la de los derechos y libertades fundamentales, defendiendo los intereses legítimos públicos y privados.*

2. *Una ley orgánica reguladora del derecho de defensa establecerá los principios básicos del ejercicio de esta profesión así como su derecho disciplinario, que desarrollara con autonomía su organización colegial».*

Art. 125: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular *en aquellos delitos y del modo que la ley determine, así como administrar justicia mediante arbitrajes y en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».*

Art. 127.1: «Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos». (Se suprime la prohibición de pertenecer a partidos políticos, así como la referencia sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales).

Respecto a las competencias estatales y autonómicas, resaltar que de momento existe unidad jurisdiccional, siendo competencia estatal exclusiva «La Administración de Justicia» (art. 149.1.5.ª). Si una reforma constitucional de la organización territorial del Estado afectara a dicha unidad, habría que replantear esta previsión actual dibujando un nuevo mapa competencial en la materia; si se optara por un Estado federal, es de esperar que siguiera el modelo alemán y no el norteamericano, manteniendo un CP y una LECrim. común a todos los estados federados, sin necesidad de diferencia una justicia federal de otra federada. En cualquier caso sería el momento de coordinar al máximo la actual concurrencia de competencias autonómicas, con las del CGPJ y la Administración central.

## 2. Modificaciones atinentes a los derechos fundamentales procesales

Se proponen las siguientes modificaciones de los artículos de la CE relativos a derecho fundamentales procesales (arts. 10.2, 17, 24 y 120.3 CE), que comprendería la efectiva vigencia de los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, según la interpretación de los correspondientes tribunales internacionales de derechos humanos, cuyas sentencias tendrán que ejecutarse por los órganos jurisdiccionales nacionales; la reducción del plazo máximo de detención a 24 horas y previsión de indemnización por detención o prisión provisional indebidas, así como la enumeración más completa de los derechos procesales fundamentales especialmente los derechos de defensa y tutela judicial efectiva (legalidad procesal y *analogía in bonam partem*, dignidad, información, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, guardar silencio, contradicción, igualdad de armas, oralidad, publicidad con excepciones, intermediación, motivación de las resoluciones, doble instancia, prueba prohibida, tiempo razonable del procedimiento), la tutela de la víctima y su extensión a otros ámbitos sancionadores.

Art. 10: «3. *Las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos vincularán a los tribunales españoles, revisándose las resoluciones por ellos dictadas cuando se declaren contrarias a los correspondientes convenios».*

Art. 17.2: «La detención preventiva no podrá durar... y, en todo caso, en el plazo máximo de *veinticuatro horas*, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición *de la fiscalía o de la autoridad judicial, conforme a las normas procesales».*

Art. 24: «2. *Igualmente todos tienen derecho: a) al correspondiente procedimiento previsto por la ley y, en su caso, a las normas supletorias analógicas que les favorezcan; b) al juez imparcial predeterminado por la ley y a la vigencia del principio acusatorio; c) a que se respete su dignidad; d) a que se les informe*

suficientemente y de modo comprensible de las imputaciones, a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable; d) a la presunción de inocencia y a la resolución de las dudas a su favor; e) a ser oído y a intervenir en igualdad de armas en el proceso y asistido de letrado de su elección o de oficio; f) a presentar para su defensa las pruebas pertinentes lícitamente obtenidas; g) a la inmediación, la oralidad y a la publicidad a salvo de las excepciones legales; h) a obtener resoluciones motivadas; i) a los recursos, a la doble instancia en las causas penales y a que se resuelvan sus pretensiones en un tiempo razonable; y j) a la ejecución de las resoluciones judiciales.

3. Las víctimas, de un modo particular las más vulnerables, tienen derecho a una especial protección, recibiendo para ello información completa de sus derechos y adoptándose frente a los agresores las pertinentes medidas personales y reales tanto cautelares como definitivas.

4. Los principios inspiradores de estos derechos se respetarán en todos los procedimientos que apliquen normas sancionadoras».

Art. 71.3: «En las causas contra los *Presidentes del Congreso de los diputados y del Senado* será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».

Art. 120.3: «Los *autos* y las sentencias serán siempre motivadas, pronunciándose éstas en audiencia pública».

### 3. Reformas de los derechos sustantivos

Se propone la inclusión en el vigente art. 25 CE, para explicitar derechos que en su mayoría ya ha reconocido el TC como incluidos en el mismo, como la taxatividad, el *non bis in ídem*, el principio de culpabilidad erradicando la responsabilidad objetiva, la analogía *in bonam partem*, la prescripción de los delitos y de las penas como límite del *ius puniendi* estatal, el reforzamiento de la reinserción social como fin primordial de la pena privativa de libertad y la extensión de estos principios a todo el derecho sancionador. En consecuencia, el art. 25 CE debería tener la siguiente redacción:

«1. Nadie... vigente en aquel momento, en un texto taxativo en la descripción de las acciones u omisiones prohibidas. Toda persona tendrá además derecho a no ser castigado dos veces por los mismos hechos, a la interpretación más favorable en caso de duda y a la suplencia de las normas mediante la analogía cuando le favorezca, así como a la interdicción de la responsabilidad objetiva y al reconocimiento en su caso de la prescripción de la infracción o de la sanción.

2. Las penas y las sanciones administrativas serán proporcionadas a la gravedad de la infracción y su ejecución estará siempre sometida a las previsiones legales. Las penas y medidas de seguridad privativas de libertad estarán orientadas, especialmente en su fase de ejecución, a la reinserción social de su destinatario. El condenado a pena de prisión... y al desarrollo integral de su personalidad. (...)

4. Los principios de este precepto se aplicarán en todos los regímenes jurídicos sancionadores.»

### 4. Posterior implementación de estas reformas

Como se advierte al principio de estas líneas, para que las presentes reformas constitucionales terminen significando un salto real y efectivo de la Justicia del siglo XVIII a la del XXI en un Estado europeo, es necesario implementarlas con una reorganización de la Administración de justicia desde una perspectiva empresarial de economía y eficiencia, multiplicando al menos por dos el número de jueces, elevando el nivel de selección de la abogacía con filtros posgrado más exigentes y estableciendo un régimen de condena en costas con el criterio básico del vencimiento, como en el orden jurisdiccional civil, y en relación con el Ministerio fiscal querulante y la responsabilidad patrimonial del Estado Juez en general, sería precisa

una modificación profunda y extensa de los actuales arts. 292 y ss. LOPJ, en los términos antes mencionados.

También sería precisa una nueva LECrim. —Ley de enjuiciamiento penal— y, posiblemente, un nuevo CP más coordinado con la potestad sancionadora de las administraciones públicas y con las previsiones civiles, mercantiles y laborales de control de las actividades de tal carácter que hoy pueden llegar a tener trascendencia penal. Carece de sentido que no existan fronteras claras entre las conductas contenidas en las normas definitorias de las infracciones administrativas y las tipificadas en el Código penal sobre la misma materia, al menos de un modo análogo a la frontera cuantitativa establecida entre el delito contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, por una parte, y las infracciones administrativas contenidas en la normativa del sector; en este sentido resulta funcional la praxis legislativa francesa que, en la misma ley en que se regula la materia administrativa correspondiente —sobre urbanismo, por ejemplo—, finalmente se incluyen primero las infracciones administrativas y después las penales, optando por el principio de especialidad en detrimento del de codificación.

Amén.

## NOTAS.-

(1) El autor de estas páginas ya ha publicado tres artículos en Diario LA LEY, en los que se trataban temas que reclamaban una reforma constitucional: «La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El Ancien Régime aún persiste en el siglo XXI», núm. 7835, 11 de abril de 2012. «Irresponsabilidad patrimonial del Estado Juzgador. Anacronismos absolutistas o totalitarios a erradicar», núm. 8196, 21 de noviembre 2013. «“Malversaciones” endémicas en la justicia penal.

Necesaria «civilización» de la condena en costas y de la responsabilidad patrimonial del Estado- Juez», núm. 8256, 21 de febrero de 2014.

(2) A. NIETO, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid 2010, págs. 161 y ss.

(3) Ver los artículos citados en la nota 1 escritos por el autor de estas páginas.

(4) A. NIETO, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid 2005, pág. 74.

(5) D. IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, *El fracaso del autogobierno judicial*, Fundación Alonso Martín Escudero y Thomson/Civitas, Madrid 2008, especialmente págs. 467 y ss., y su abundante bibliografía.

(6) En este sentido se pronunciaba, por ejemplo, SERRANO ALBERCA, «Art. 121», *Comentarios a la Constitución*, varios autores el principal GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid 1985, pág.1736.

(7) STC 245/1991 de 16 de diciembre —con dos votos particulares—, STS, Sala 5.ª, de 27 de enero de 2000 y AATS, Sala 2.ª, de 27 de julio de 2000 y 29 de abril de 2004. El TC consideró, sin embargo, que si permanecía la lesión de derecho fundamental reconocida en la STEDH, debían declararse nulas las sentencias de las que trajera causa tal lesión, repitiendo el juicio oral.

(8) Constituciones de 1812 (art. 290), de 1869 (art. 3), de 1876 (art. 4), de 1931 (art. 29).

(9) En Alemania y en Francia 24 horas, y en Portugal y en Italia 48.

(10) En el reciente «Anteproyecto de Ley orgánica de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la Justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigaciones tecnológicas», aprobado por el Consejo de Ministros del día 5 de diciembre de 2014, se pretende introducir en la LECrim. algunos aspectos concretos de este borrador, cuya Comisión redactora estuvo presidida por los Magistrados Marchena Gómez, Del Moral García y López Barja de Quiroga, por los fiscales Bravo Sanestanislaos y Moreno Verdejo, los abogados y catedráticos González-Cuellar Serrano y el autor de esta líneas, y como secretario el magistrado Requena Juliani.

(11) Art. 14.5 PIDCP de Nueva York de 1966 y 2 del Protocolo 7 de 1984 del CEDH y sentencias condenando a España de ambos tribunales.

(12) LO 19/2003 de 23 de diciembre reformando el art. 73 LOPJ.

(13) Art. 6 CEDH y art. 14.3.c PIDCP.

(14) SSTC 218/1988 de 22 de noviembre y 96/1994, de 21 de marzo. SSTS, Sala 1.ª, de 17 de diciembre de 1990; de 8 de julio de 1992;

220/2005, de 31 de marzo; y 654/2006, de 23 de junio. SSTS, Sala 3.ª, Secc. 3.ª de 11 de mayo de 2011 y de 11 de marzo de 2013. STS, Sala 5.ª, de 2 de febrero de 2007. SAP Navarra, Secc. 3.ª, de 18 de abril de 2002, SAP Alicante, Secc. 6.ª, de 1 de diciembre de 2004 y AP Valencia, Secc. 6.ª, 366/2006, de 9 de junio.

(15) L. RODRÍGUEZ RAMOS y otros, *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley/Rodríguez Ramos Abogados, Madrid, 2011 (actualizado en la edición digital), pág. 124 (Comentario al art. 1 CP).

(16) L. RODRÍGUEZ RAMOS y otros, *ob. cit.*, págs. 125 y 126 (Comentario al art. 1 CP).

(17) La STC 59/2008 de 14 de mayo [FJ 11 b)] considera «el rango de principio estructural del Derecho penal» de la culpabilidad «como derivación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad», declarados en el art. 10.1 CE. Reiteran esta doctrina las SSTC 45 y 127/2009, de 15 de febrero y de 26 de mayo y 41/2010, de 22 de julio, y entre otras la STS 133/2013, de 6 de febrero.

(18) L. RODRÍGUEZ RAMOS y otros, *ob. cit.*, págs. 621 y 622 (Comentario al art. 132 CP).

(19) SSTC 28/1988, de 23 de febrero; 25/2000, de 31 de enero; 8/2001, de 15 de enero y 163/2002, de 16 de septiembre, entre otras.