

JUECES *para la* DEMOCRACIA

UNA PRIMERA (Y PARCIAL) APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE TEXTO ARTICULADO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. Introducción.

Un nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal está en nuestras manos. Nadie discute que nuestro maltratado sistema procesal necesita una nueva regulación, sin embargo es imprescindible que la misma sea fruto de un consenso razonable y estable, pues la regulación del proceso penal tiene un papel decisivo en nuestra esfera de libertad. Así se ha dicho que tenemos libertades civiles pues el gobierno protege nuestra esfera de libertad frente a las injerencias de los demás en ella, y tenemos libertades constitucionales porque -salvo supuestos excepcionales en los que se requiere el ejercicio del poder punitivo frente a éste- la Constitución garantiza nuestra esfera de libertad frente a las injerencias ilegítimas del gobierno. Por ello, ese consenso razonable y estable sería la primera exigencia que cabría hacer a los responsables políticos.

En cualquier caso, la necesidad de afrontar la tarea de elaborar y aprobar una nueva ley procesal penal no parece ser objeto de discusión. Aunque hay quienes sostienen que el modelo actual, con todas sus carencias y contradicciones, es sostenible, las deficiencias que presenta son manifiestas: las dilaciones, la imprevisibilidad en la respuesta judicial, la discutible permanencia del Juez de Instrucción, la ausencia de adecuación del procedimiento a las nuevas tecnologías y a una oficina judicial eficiente, la manifiesta insuficiencia de la regulación de las medidas de investigación ingerentes en derechos fundamentales de los investigados, la ineficiencia del proceso vigente para afrontar causas penales complejas, la crisis del sistema de recursos contra sentencias, la falta de regulación de la fase de ejecución...son, sin ánimo de agotamiento, algunos de los problemas que presenta el proceso penal vigente. Cierto es que algunos de ellos tienen causas no directamente atribuibles a la L.e.crim. Pero

también lo es que una Ley de 1882, que a través de tantas modificaciones, remiendos y parches ha perdido coherencia dogmática y no ha podido adaptarse suficientemente a las necesidades de lo que debe ser un proceso penal en una sociedad democrática, debe ser sustituida, cuanto antes.

No podemos, como asociación, dar la espalda a una necesidad cuya atención entronca con la calidad democrática de nuestro modelo de convivencia. Reglas precisas sobre la obtención de las fuentes de prueba; reglas que garanticen la presunción de inocencia, la imparcialidad de Jueces y Tribunales penales, la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Reglas, en definitiva, que garanticen que la privación de derechos como consecuencia de la comisión de delitos sólo pueda alcanzarse tras un proceso justo.

Ahora bien, tampoco podemos aplaudir cualquier proyecto, aun cuando pueda ofrecer novedades que satisfagan las necesidades de mejora apuntadas, si no puede garantizarse, a priori, no sólo que podrá ser puesto en marcha sin grandes disfunciones, sino que no provocará mayores cuotas de desconfianza en el único Poder que aparece –con todos sus defectos- como capaz de reequilibrar el cada vez mayor desequilibrio entre, por un lado, quienes utilizan el sistema en beneficio propio y de sus próximos y, por otro, el resto de los ciudadanos.

2. Las novedades más relevantes.

2.1. El Fiscal investigador.

Sin lugar a dudas, la atribución de la función de investigación en el proceso penal al Ministerio Fiscal constituye la novedad más llamativa y estructuralmente más relevante en la concepción del proceso.

Así pues, desaparece en el anteproyecto la figura del “juez instructor”. En realidad, conceptualmente la dirección y realización de la investigación oficial de los delitos y faltas no puede atribuirse a un juez, por lo tanto o se deja en manos de las autoridades

policiales o se encomienda al Ministerio Público. De este modo se supone que el gobierno democrático puede disponer de un brazo ejecutor de su política criminal (que no dependería necesariamente de la actuación de centenares de jueces independientes) de la que debería rendir cuentas a los ciudadanos (cuestión distinta es si ello se produce en la realidad y este es otro factor a tener en cuenta en el análisis de la regulación).

Sin embargo, hay que ser cuidadoso; los abogados pueden ver como crece el poder de su “enemigo natural” y se desequilibra aún más un proceso penal de por sí desequilibrado aunque, por el contrario, de ese modo al Ministerio Fiscal se le podría privar de la posición de privilegio que ocupa ante los Tribunales (en los que se le considera una especie de instituto auxiliar del Juez) y reducirlo a ser una parte más, por mucho que represente lo que la Constitución llama interés público o social, además no debería hacer falta otorgarle más potestades procesales, por ello la norma debe ser examinada cuidadosamente en este punto.

La dirección de la investigación no debería modificar la exigencia del Ministerio Fiscal de ser objetivo. Es cierto que la principal objeción es su dependencia del Ejecutivo y su propia dependencia jerárquica, pero la dependencia del ejecutivo, difícil de soslayar en el esquema de división constitucional de poderes, puede revestir formas que no comprometan, al menos, en la generalidad de los casos, ni la imparcialidad, ni la aplicación de la Ley, en la zona donde pudieran existir conflictos deben establecerse formulas para evitarlos, en términos similares cabe pronunciarse sobre la dependencia interna.

Así pues, son conocidos los pros y los contras del cambio de modelo. Desde un punto de vista dogmático parecen difícilmente rebatibles las bondades de aquél por el que opta el Proyecto. Garantiza que las decisiones sobre la procedencia en la adopción de medidas cautelares ingerentes en derechos fundamentales durante la investigación de hechos delictivos se adopta por un Juez –Tribunal de Garantías- no involucrado, no interesado en la investigación. Garantiza –a priori- que sus decisiones no están afectadas por intereses funcionalistas. También garantiza que decisión tan relevante

como la de abrir juicio oral no va a adoptarse por quien ha investigado los hechos. El modelo del CPP –Proyecto de texto articulado de Código Procesal Penal- es similar en la fase intermedia del proceso al vigente desde 1882 para el sumario ordinario, con la relevante salvedad de que la decisión de apertura de juicio oral no la adoptará el órgano unipersonal o colegiado que va a encargarse del enjuiciamiento.

La atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal siempre ha encontrado como argumento de peso entre los opuestos a su instauración, la posibilidad de que el Ejecutivo pudiera intervenir e interferir en las decisiones de ejercicio de la acción penal de una manera que ahora no está a su alcance. Posibilidad que, dado el contexto socio-político y económico en el que nos encontramos, debe, tal como se indicaba, encontrar instrumentos procesales y orgánicos que la dificulten grandemente y con los que actualmente no podemos decir que contemos en la medida necesaria.

2.2. Las limitaciones al ejercicio de la acción popular.

El ejercicio de la acción popular a través de las acusaciones populares despierta “sentimientos encontrados”; instrumento del que se ha hecho y se hace uso con fines espúreos –v.gr. el acusador aparente que, en realidad, interviene para torpedear el procedimiento y/o para coadyuvar a las tácticas o estrategias de alguna defensa; o el acusador cuya personación busca, ante todo poder acceder a la información que ofrece el proceso...-.

El CPP –arts. 69 y ss- limita la legitimación para el ejercicio de la acción popular y excluye de la posibilidad de su ejercicio a partidos políticos, sindicatos o cualesquiera persona jurídica pública o privada, excepto personas jurídicas constituidas para la defensa de víctimas de terrorismo. Y limita también el ámbito de los delitos por los que cabe el ejercicio de la acción popular. Llama poderosamente la atención que en el contexto en el que nos encontramos, se excluyan los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico o los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Por lo demás, el CPP parece ofrecer previsiones contradictorias en relación a la legitimación de personas jurídicas y asociaciones para el ejercicio de la acción penal –

restrictiva en el art. 70 al detallar quienes pueden constituirse en acusación popular y amplia en el art. 67 al extender el concepto de acusación particular a asociaciones y personas jurídicas entre cuyos fines esté la protección de víctimas-.

Más allá de algunas bondades de la nueva regulación –v.gr. impedir que las personas jurídicas públicas puedan intervenir como acusadores populares-, limitar el ejercicio de la acción penal en un momento en el que determinados procesos con trascendencia mediática y relevancia institucional se siguen a instancia de personas jurídico privadas se presenta como una restricción injustificada de los mecanismos colectivos de impulsar el ejercicio de la acción penal y como una traba para la depuración de responsabilidades penales de personas que están o han estado muy vinculadas al poder político y económico o a instituciones del Estado. Y hacerlo al tiempo que se atribuye la investigación o instrucción al Ministerio Fiscal aparenta una estrategia política destinada si no a impedir, si a dificultar la investigación y persecución de delitos vinculados a la corrupción económica, política e institucional.

2.3. Nueva organización judicial.

Extramuros del nuevo proceso penal pero necesariamente imbricado al mismo, están las medidas orgánicas necesarias para poder acometer una reforma de calado que conlleva la creación de los Tribunales de Instancia, de las Salas de Apelación –al llevarse a término la previsión orgánica hasta ahora no desarrollada, de generalización del recurso de apelación para todas las sentencias- y, obviamente, la reorganización de la Planta Judicial y profundos cambios en las Carreras Judicial y Fiscal.

También prevé el CPP que la Policía Judicial pasará a depender no sólo funcional sino orgánicamente del Ministerio Fiscal. Llama la atención que se haya esperado a atribuir al Ministerio Fiscal la instrucción para poner a la Policía Judicial bajo el mando orgánico que funcionalmente le corresponde. El legislador de 1986 –LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad- lo evitó, manifestando su evidente desconfianza en los Jueces y su voluntad de no renunciar a espacios de control en la organización de la investigación de los delitos.

No podemos defender ningún nuevo texto procesal penal que no lleve aparejadas leyes de acompañamiento y memoria económica que permitan o garanticen una implantación eficiente y racional del nuevo modelo.

3. Cuestiones preocupantes.

3.1. El derecho de defensa.

La atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal encuentra la impugnación –art. 128CPP- como posibilidad de respuesta de las partes ante la inactividad o rechazo de actividades investigadoras suscitadas o propuestas por las partes; impugnación que también puede hacerse valer frente al decreto de archivo o de conclusión –arts. 420 y 423.1 CPP-. En tal sentido debemos tomar en cuenta que las decisiones más relevantes del Ministerio Fiscal en fase de instrucción son expresamente impugnables –art. 128 CPP- .

El modelo procesal recogido en el CPP permite que si el Ministerio Fiscal, finalizada la investigación, considera procedente acusar, solicitará la apertura de juicio oral y será ese el momento en el que el Tribunal de Garantías decidirá si accede a dicha petición o acuerda el sobreseimiento –art. 429 CPP-. Así, no existen instrumentos intermedios de control de prosperabilidad o plausibilidad de la imputación o del “encausamiento”, más allá del inicial control que tiene el Tribunal de Garantías cuando recibe el decreto de incoación de la instrucción por parte del Ministerio Fiscal, momento en el que puede acordar –art. 258 CPP- el archivo de las actuaciones –hechos no constitutivos de delito, inverosímiles, no perseguibles -.

3.2. Los plazos del Ministerio Fiscal.

Una novedad trascendente es la sumisión de la investigación a plazos. Esta es una antigua reivindicación que encuentra su plasmación en el art. 127 CPP. El problema que obviamente presenta dicha previsión es el riesgo cierto de que las diligencias de

investigación tengan que finalizar precipitadamente, en perjuicio –obviamente- de la adecuada instrucción de causas complejas –algo así como lo que denuncian los inspectores de Hacienda en relación a la caducidad y la prescripción en la investigación de defraudaciones fiscales de mucha complejidad-.

3.3. La conformidad y el proceso de aceptación por decreto.

Debemos partir de que cuando se priva indebidamente a una persona de un derecho fundamental, por ejemplo, cuando no se respeta la presunción de inocencia en un proceso penal se debilita la *dignidad* de los ciudadanos (no solo de los condenados o perseguidos, sino de todos) y que no se puede llegar a una sentencia penal sin respetar las garantías del art 24.2 CE. Por otra parte “juicio público y sentencia pública” se hallen recogidos en el corazón de los textos básicos que fundamentan nuestra estructura política, pues afectan a la legitimación de las propias instituciones que componen esa estructura y son imprescindibles tanto desde una perspectiva política como epistemológica.

Se efectúa una regulación más extensa de la conformidad que se halla principalmente en los artículos 102 y ss. Si bien existe un principio general de publicidad finalizada la fase de investigación (art. 129), hubiera sido conveniente que expresamente se recogiera que la conformidad deberá de prestarse en un acto público -solo se dice que la sentencia se dictará oralmente-. También se echa en falta que en el artículo 105 no se recoja expresamente que antes de prestar su conformidad el acusado deba de ser informado de sus derechos constitucionales -no solo de las consecuencias de la conformidad-, pues esa manifestación, y la consiguiente admisión de hechos, es la que permitirá destruir la presunción constitucional de inocencia, además de otras cuestiones (proceso de aceptación por decreto etc.) debería suprimirse la posibilidad de que esa “comparecencia” pueda ser válida solo con la presencia del encausado y de su Letrado, pues independientemente de que es un factor de inoperatividad (impide que se efectúen en ese acto correcciones menores, algo por otra parte habitual) lo cierto es que estructuralmente no parecen aconsejables esa clase de privilegios para

una de las partes (el Ministerio Fiscal), si es que se pretende que continúe siendo una parte.

Finalmente hubiera sido conveniente un aumento de las posibilidades del Tribunal de ordenar la continuación del juicio (art 108.4).

3.4. El principio de oportunidad reglado.

El CPP introduce la posibilidad de que el Ministerio Fiscal renuncie en los casos previstos en el art. 91 al ejercicio de la acción penal aun cuando la investigación haya permitido la averiguación de hechos con caracteres de delito atribuible a personas concretas.

También prevé la suspensión por plazo determinado del procedimiento en su fase de instrucción, condicionada al cumplimiento por parte del encausado acepte determinadas condiciones –art. 92-.

Como regla general no es incompatible con el principio de legalidad. Legalidad y retribución son cosas distintas, aún cuando la retribución se entienda en términos estrictamente jurídicos¹. El principio de legalidad, concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, aunque pueda ser inútil o contraproducente.

En nuestra Constitución el artículo 25 recoge:

“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El

¹ Informe CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP de 1992.

condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

Como podemos ver, el artículo 25 establece una prohibición, y es que “Nadie puede ser condenado o sancionado...”, pues tal como se expresaba antes, el principio de legalidad es la base de la libertad. Pero no establece ninguna obligación del tenor siguiente:

“Todos los que cometan acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento serán condenados....”.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional alemán en la Sentencia de la Segunda Sala, del 3 de julio, 1962 señaló:

“1. De conformidad con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, un hecho sólo puede ser penalizado cuando la sanción se encuentra determinada en una ley y con anterioridad a la comisión del hecho. En forma similar al Art. 116 de la Constitución de Weimar, y el §2, párrafo 1 del Código Penal, el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental contempla el principio de legalidad en el derecho penal. Con la prohibición de fundamentar la sanción con base en la interpretación analógica, la aplicación del derecho consuetudinario o de la retroactividad, se agota el significado del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.”

Como podemos ver, se trata también de una formulación negativa.

Por ejemplo, en Alemania Jescheck-Weigend señalan que en un gran número de casos la Ley prevé la posibilidad de que el tribunal declare la culpabilidad del autor pero le remite la pena. Con el instituto jurídico de la remisión de la pena se rompe la vinculación entre la comisión de un delito y el castigo de un autor: el principio “nulla poena sine culpa” no admite inversión. A primera vista ello parece paradójico: si las normas penales han sido creadas porque el comportamiento antisocial en ellas descrito está necesitado de pena, en realidad su castigo no debería omitirse si se comprueba la existencia de un comportamiento culpable. Sin embargo se han formulado objeciones de dos clases distintas: por un lado en el caso concreto el injusto típico puede situarse por debajo de la “medida normal”; por otro, también la ejecución penal y la declaración formal de culpabilidad suponen una palpable reacción del Estado frente al hecho; aún cuando se le remita la pena; al autor “le ha sucedido algo”. Por ello en un sistema de sanciones diferenciador la remisión de la pena ha encontrado un espacio completamente razonable; marca el límite inferior de la actividad sancionadora en los casos en los que el injusto o la culpabilidad aparecen fuertemente reducidos o en los que por razones especiales, falta la necesidad de una sanción para el rechazo simbólico de la infracción de la norma o para influir sobre la persona del autor. Típico para una situación de esa naturaleza es el caso reglado en el § 60 en el que el autor, a través de las consecuencias del *hecho* que él mismo ha sufrido, ya se encuentra “suficientemente castigado”. Asimismo, la necesidad de imponer una pena por razones preventivas puede decaer si el autor ya ha *reparado* las consecuencias del hecho. Finalmente la parte especial del StGB contiene abundantes casos concretos en los que es posible la remisión de la pena, éstos se deben a ideas fundamentalmente diversas.

También se creó la posibilidad de remitir la pena o de atenuarla conforme al § 49 I, cuando el autor se esfuerza en reconciliarse con la víctima, cuando ha reparado la mayoría o la totalidad del perjuicio causado o, al menos, ha pretendido esto último seriamente (§ 46a núm.1). Asimismo, puede remitirse la pena o ser atenuada si el autor, a través de una “prestación personalísima” o una “renuncia” del mismo carácter ha compensado en todo o en parte a la víctima (§ 46 a núm. 2)

Por lo tanto, como se puede ver, es un planteamiento que no es desconocido en el derecho comparado.

Y es que como indica el Tribunal Constitucional español (STC 141/2006) no existe “un principio de legalidad invertido”, que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), del mismo modo que tampoco existe una especie de “derecho a la presunción de inocencia invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas.

Por ello la obligación positiva se halla en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, básicamente en su artículo 105, no tiene rango constitucional, por ello podría ser modificada mediante otra ley por ser un principio legal y no constitucional.

Pues no se alcanza a comprender por que se puede suspender una pena después de sentencia, y en un marco lo suficientemente garantista no hacerse antes. La *oportunidad*, se entendería como un principio que concretaría exigencias de justicia, no meramente tácticas. El fundamento de ese principio legal se halla en la concepción retributiva de la pena, por lo tanto, si se abandona esta concepción dicho principio carece de base. Y es que el derecho penal nunca debería ser utilizado como un mecanismo para saldar cuentas morales en las que la maldad es compensada por cuotas adecuadas de dolor.

No parece que desde la doctrina constitucional puedan presentarse objeciones a una modificación legislativa de esa índole y por ello el principio de legalidad como límite del “*ius puniendi*” no como deber de castigar, lo cual también puede tener una gran importancia en el momento en que se establezcan mecanismos de mediación penal.

Cuestión distinta son los *problemas* de esta clase de proceder con la criminalidad, que residen principalmente en el ámbito jurídico-procesal (reserva judicial, suposición de inculpabilidad, protección frente a una autodeclaración de culpabilidad forzada, garantías procesales). Desde la perspectiva del derecho penal la integración del espectro de reacciones oficiales en delitos leves por variantes menos perjudiciales es

siempre bienvenida. No obstante se debe atender aquí al peligro del “*ner widening*”, esto es, la extensión del castigo informal a personas que, sin la existencia de tales posibilidades, habrían obtenido un archivo del proceso sin consecuencias o incluso un pronunciamiento absolutorio, junto con la necesidad de efectuar una cuidadosa evaluación de las posibilidades procesales de la regulación que se proponen para evitar la arbitrariedad.

3.5. El principio de publicidad.

La publicidad de las actuaciones se recoge en los artículos 129 y ss. La regulación recoge prácticas habituales de los tribunales y previsiones novedosas, como por ejemplo las prohibiciones de revelación, sin embargo no fija las consecuencias de los incumplimientos más allá de una previsión genérica (art 132.5).

3.6. La mediación.

La mediación (“justicia restauradora” en la Directiva 2012/19UE) no es un sistema que actualmente esté contemplado en el diseño de la justicia penal en España salvo, curiosamente, para prohibirla, así el art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG), añade el art 87 ter a la Ley Orgánica del Poder Judicial: “ 5. En todos estos casos está vedada la mediación.”, por tanto se prohíbe una mediación que en el ámbito penal no existe y que estamos obligados a instaurar en el proceso penal español (Decisión Marco 15.3.2001 del Consejo de Europa y Directiva 2012/29/UE).

La mediación penal en el CPP se halla en los artículos 143 y ss y es manifiestamente insuficiente: no establece el papel de los letrados, ni precauciones en el acceso de información al proceso (obtenida en una mediación que no llega a un buen fin por quien luego es acusación particular), es insuficiente respecto de los mediadores (por ejemplo previsión para el caso de conocimiento de otros hechos delictivos en la mediación) etc.

De hecho, no parece cubrir los aspectos mínimos recogidos en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 que en su artículo 12 indica:

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;

b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;

c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;

d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

3.7. El trato de los discapacitados psíquicos.

Aunque aparenta una mejora frente a la anomia actual, las previsiones de los arts. 49 y 50 del CPP legalizarían una situación difícilmente compatible con las condiciones exigibles para considerar que una persona psíquicamente discapaz ve respetados sus derechos procesales básicos. Regulan cómo cabe completar la capacidad procesal del discapaz psíquico que padezca limitaciones que le impidan entender el significado, alcance y efectos del proceso, para que el proceso pueda desarrollarse respecto del mismo, en calidad de encausado, en aquéllos casos en los que la discapacidad era anterior a la comisión del delito. Para los supuestos en los que la discapacidad, el trastorno, la enfermedad... surge tras la comisión del delito, lo que se prevé –art. 50- es el archivo de la causa –artículo que reproduce en esencia lo previsto en el art. 383 L.e.crim.-.

Se trata de una regulación muy criticable. Permitiría la celebración de juicios con encausados impedidos para conocer el significado, alcance y efectos del proceso. Y sólo prevé la intervención de representantes o personas que integren la capacidad legal del discapaz o del enfermo cuando esté impedido en los términos anteriores –lo que parece excluir supuestos de impedimento parcial-.

Por último, parece limitar la intervención en el proceso del representante en aquéllos supuestos en los que la persona que sufre la enfermedad, trastorno o alteración impeditiva, va a ser encausado –no entendiéndose por qué no debe estar representado o asistido el que no va a ser encausado, al menos hasta el momento en que se adoptara la decisión de archivo-.

3.8. Las medidas neutralizadoras de la peligrosidad.

La Sección 4ª de su Capítulo VII –arts. 195 a 198- está destinada a tales medidas; medidas que en algún caso adelantan, en franca contradicción con el principio de presunción de inocencia, la adopción de medidas de seguridad, a un momento anterior a la existencia de sentencia firme –v.gr. participación en programas educativos o

formativos-. Además, con técnica cuestionable, nomina alguna de esas medidas con términos que sólo son propios de sentencia –así, v.gr. la inhabilitación para ejercicio de profesión, función, derecho-. .

3.9. El Jurado.

El CPP consagra la posición antijuradistas y limita el ámbito objetivo de enjuiciamiento del Tribunal del Jurado a las causas por delitos de homicidio y asesinato consumados que no sean cometidas por personas integradas en organizaciones o grupos criminales.

Simplifica el objeto del veredicto y amplía las posibilidades para evitar la disolución del jurado cuando éste no alcance, tras una tercera devolución del objeto del veredicto, las mayorías cualificadas necesarias para decidir –mediante la integración en la deliberación del Jurado de los dos suplentes –art. 540 CPP-.

3.10. Jurisprudencia vinculante.

El art. 602 CPP recoge la tradicional reivindicación de vinculación de los Tribunales a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dentro de esa tendencia a la jerarquización orgánica que parece pretender el proyecto de reforma de la LOPJ, este precepto pretende la vinculación vertical en el ámbito decisorio, algo que sorprende cuando nada señala el CPP sobre técnicas de argumentación o vinculación al precedente o de apartamiento del precedente. Los riesgos de esclerotización jurisprudencial quizás no sean tan graves si tomamos en cuenta que tan pretencioso precepto no va acompañado –afortunadamente- de sanción para la resolución incumplidora –que a veces podría ser del propio Alto Tribunal-, que no sea la casación de la sentencia.

No es que haya que desmerecer la previsibilidad de la respuesta judicial asociada a la adhesión de los Tribunales a líneas argumentativas y de interpretación similares; pero, obviamente, una cosa es la adhesión generada por la mejor argumentación y una muy distinta la imposición del criterio por razones de jerarquía nominal o institucional.

En cualquier caso no cabe desconocer que en nuestra Constitución la preocupación inicial era la independencia judicial (por ello ni tan solo se menciona la imparcialidad respecto de los jueces), se pensaba que frente a los excesos de la dictadura bastaba gobierno democrático, leyes bien hechas y jueces independientes. Pero el gobierno de la mayoría no garantiza nada frente a los abusos de esa mayoría, las leyes cada vez son técnicamente peores y la independencia es un requisito de la imparcialidad pero, por sí sola no garantiza la seguridad, pues para que haya regla es necesaria una interpretación estable, pues si se deja totalmente a la libre interpretación de los que tienen que aplicarla, entonces todo puede hacerse concordar o discordar con ella y, por lo tanto, la regla como tal desaparece, por ello, un sistema de *stare decisis* parece necesario. Cuestión distinta es el cuidado con que hay que establecerlo tal como se señala al inicio.

3.11. Habeas corpus.

El proyecto desaprovecha la ocasión para efectuar una redefinición del Habeas Corpus en el punto habitualmente más controvertido y en el que el Tribunal Constitucional ha encontrado infracciones de manera reiterada: decisiones de inadmisión por razones de fondo.

3.12. Otras cuestiones:

- No hay una regulación detallada del procedimiento a seguir para los casos –previstos- de detención de peritos y testigos;
- No hay previsión de audiencia ordenadora de la prueba en juicio, para justificar la prueba propuesta y decidir sobre pertinencia y modo de práctica.
- No se contempla la grabación de las diligencias de reconocimiento en rueda –arts. 274- 276 CPP.

- Se contempla como diligencia de instrucción el reconocimiento fotográfico –art. 278
CPP-

José Manuel Ortega

Salvador Camarena