

**LA NECESARIA E INAPLAZABLE REFORMA DE LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE ESPAÑA**

VICENTE GIMENO SENDRA

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** ¿Dónde estamos?: la LECrim de 1882. 1. La consagración del acusatorio en la LECrim de 1882. 2. Las reformas habidas en el actual sistema democrático. A. El fortalecimiento del derecho de defensa. B. La celeridad y eficacia. 3. El estado actual de nuestra justicia penal. **III.** ¿Hacia dónde debemos ir?: la derogación de la LECrim y su sustitución por un nuevo Código Procesal Penal. 1. Principios generales. 2. Medidas de reforma. A. En la instrucción: el MF Director de la investigación sumarial. B. La reforma de las medidas cautelares y la *humanización* del proceso. C. En los actos instructorios: incremento del principio de eficacia. D. En la acción civil dimanante del delito. E. La instauración de procedimientos simplificados. F. La reforma del Jurado. G. La segunda instancia.. **IV.** ¿Hasta dónde podemos llegar?

I. INTRODUCCIÓN

Tras la inminente instauración de los juicios rápidos y la anunciada reforma de la prisión provisional, conviene preguntarse si nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal puede soportar más reformas *parciales* o es necesario

abordar la asignatura pendiente de nuestra democracia, cual es la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal, que, aunque sea materialmente imposible su aprobación dentro de esta legislatura, debiera aprovecharse el *Pacto de la Justicia* para que nuestros principales partidos políticos pudieran consensuar, al menos, sus bases de reforma.

Personalmente, soy de la opinión de que nuestra decimonónica LECrim no admite más remiendos, que, como se verá más abajo, a la larga producen resultados contraproducentes. Pero, antes de abordar cualquier reforma total, interesa preguntarnos dónde estamos, cuáles son las conquistas que debemos conservar, hacia dónde debemos ir y hasta dónde podemos llegar.

II. ¿DÓNDE ESTAMOS?: LA LECRIM DE 1882

1. La consagración del acusatorio en la LECrim de 1882

Heredera de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal, la LECrim de 1882 fue uno de los Códigos Procesales Penales, en lo que a la instauración del acusatorio se refiere, más avanzados de Europa. Así, no solo dividió el proceso penal en dos fases, instrucción y juicio oral, confiriéndolas a dos órganos jurisdiccionales distintos, sino que consagró la acusación popular y privada para prevenir los riesgos de *burocratización* del Ministerio Público, fortaleció el derecho de defensa dentro de la instrucción, vinculando su nacimiento con la imputación plasmada en el auto de procesamiento (antiguo art. 318.3) e incluso permitiendo la comunicación del detenido con su abogado (antiguo art. 520 *in fine*), consagró el derecho de todo acusado a ser juzgado en un juicio oral y público (y a partir de 1888 ante el Tribunal del Jurado en los delitos más graves) a través del sistema de la *cross examination* o interrogatorio cruzado entre las partes y estableció su derecho a no ser condenado, sino con arreglo a auténticas pruebas de cargo practicadas bajo la contradicción y publicidad del juicio oral.

2. Las reformas habidas en el actual sistema democrático

Un siglo más tarde, el actual Estado de derecho, que inauguró la Constitución de 1978, no solo ha consolidado el sistema acusatorio y fortalecido el derecho de defensa, sino que también ha acometido todo un conjunto de re-

formas parciales tendentes a dotar de celeridad y eficacia a nuestra justicia penal.

A. El fortalecimiento del derecho de defensa

Debido a la circunstancia de que, durante la vigencia del anterior sistema autocrático, la LECrim fue la *gran olvidada*; es decir, fue inaplicada en todo lo referente al derecho de defensa (y, así la Policía desconocía los derechos del detenido —entre ellos, el plazo de 24 horas de la detención policial establecido por el art. 496—; los jueces no permitían al procesado su derecho de defensa en una instrucción que, para él, permanecía secreta; y los Tribunales pronunciaban su condena fundándola exclusivamente en su confesión policial o en meras diligencias sumariales), el Poder Legislativo, de un lado, y el Tribunal Constitucional, de otro, se vieron obligados a iniciar, a principios de la década de los años ochenta, una *política legislativa tendente, tanto a fortalecer el derecho de defensa dentro de la instrucción, como a consolidar el sistema acusatorio* y, en especial, el derecho del acusado a no ser condenado sino en virtud de auténticas pruebas de cargo practicadas dentro del juicio oral.

a) De esta manera, en una primera etapa legislativa, que cabe situar entre los años 1978 a 1984, el legislador ordinario llevó a cabo las previsiones constitucionales sobre los derechos a la libertad (art. 17 C.E.) y de defensa (art. 24) en orden a garantizar la asistencia efectiva del abogado desde la detención policial, así como a posibilitar su participación efectiva en todas las actuaciones sumariales, que no hubieran sido, mediante resolución motivada, declaradas secretas por el Juez de Instrucción.

En esta línea merecen ser mencionadas las Leyes 53/1978, 14/1983 y 7/1988, en cuya virtud se abolieron los tres clásicos estadios de la intervención del defensor, propios del modelo liberal (esto es, la defensa *prohibida* en la detención, *permitida* en la instrucción y *obligatoria* en el juicio oral), para refundirlos en uno solo: la *defensa necesaria* a partir de la detención o desde el primer acto de imputación judicial y hasta la obtención de una resolución definitiva y firme.

Sin duda alguna, tales reformas, junto con la instauración del derecho al Hábeas Corpus, efectuada por la L.O. 6/1984, y el establecimiento de plazos a la prisión provisional (L.O. 9/1984), han permitido situar al ordenamiento procesal penal español entre los más avanzados en Europa en lo que a la protección de los derechos a la libertad y de defensa se refiere.

b) Asimismo, y dentro de esta misma línea de fortalecimiento del sistema acusatorio, ha de encuadrarse también la doctrina del Tribunal Constitucional, nacida con ocasión de la interpretación de la presunción de inocencia y del derecho al juez legal imparcial (art. 24.2 C.E.).

De este modo, desde la célebre STC 31/1981 del 28 de julio (en la que el TC declaró que el *atestado* policial posee un mero valor de denuncia y que, por lo tanto, nunca se puede condenar al acusado con su sola declaración prestada ante la Policía) hasta esta fecha, el TC ha creado toda una depurada doctrina sobre la *prueba prohibida* que ha pasado a impostarse en el art. 11. 1.º de la LOPJ de 1985 (en cuya virtud «[...] no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente —nótese que el precepto recoge la teoría “refleja” de la prueba prohibida—, violentando los derechos o libertades fundamentales») y cuya finalidad consiste, no solo en erradicar del proceso dicha prueba de valoración prohibida, sino también en obligar, en primer lugar, a la Policía a ser respetuosa con los derechos fundamentales del detenido y, en segundo, a los juzgados y Tribunales penales a acotar su ámbito cognoscitivo a la prueba practicada en el juicio oral, de tal suerte que la prueba transcurra bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación del tribunal sentenciador. Como podrá observarse, esta doctrina no hizo otra cosa, sino redescubrir lo que ya estaba proclamado en la LECrim de 1882.

Pero, en donde más ha incidido la jurisprudencia del TC en la reforma de la justicia penal española ha sido en su doctrina sobre el juez legal *imparcial*, establecida en la STC 145/1988 y en la que, haciéndose eco de la doctrina del TEDH (casos Piersack y De Cubber) y a través de la declaración de inconstitucionalidad de un solo precepto (el del art. 2.2. de la derogada L.O. 10/1980), obligó al legislador a derogar nada menos que tres procedimientos ordinarios (en los que el Juez de Instrucción había acumulado, durante el franquismo, funciones de enjuiciamiento y de decisión) y a promulgar, en su lugar, mediante la L.O. 7/1988, un nuevo procedimiento penal ordinario, el denominado *proceso penal abreviado*, del que, como es sabido, conocen los Jueces de Instrucción las fases instructora e intermedia, en tanto que la de juicio oral es conferida, según la gravedad de la pena, bien a los nuevos *Juzgados de lo Penal*, bien a las tradicionales Audiencias Provinciales.

B. La celeridad y eficacia

Asimismo, y como consecuencia de la sobrecarga de trabajo de los juzgados de instrucción, ligada al notable incremento de la criminalidad *menor* (así, los delitos contra la seguridad del tráfico vial y contra la propiedad), el Poder Legislativo español se ha visto obligado a efectuar toda una serie de reformas *parciales* a la LECrim dirigidas a obtener una mayor eficacia y agilidad de nuestra justicia penal.

Diversas han sido las medidas adoptadas en esta última dirección, las cuales pueden ser sistematizadas en materiales, orgánicas y procesales.

a) Materiales: dentro del campo de las medidas sustantivas de agilización de la justicia penal merece destacarse la Ley 3/1989 de *descriminalización* de determinadas infracciones leves que, al convertir, sobre todo, los delitos y faltas culposos con resultado de daños en meros ilícitos administrativos, sancionables al amparo de la Ley 339/1990 de seguridad vial contribuyeron notablemente a descongestionar la actividad de los juzgados de instrucción, si bien incrementaron notablemente la carga de trabajo de los juzgados contencioso-administrativos, a la par obligaron al ciudadano a abrir dos frentes contenciosos: el civil (juicio verbal) para obtener la reparación del daño y el contencioso-administrativo para impugnar la sanción.

En esta misma política legislativa de descongestión de la justicia penal cabe encuadrar también el *incremento de delitos semipúblicos* efectuado por el nuevo Código Penal de 1995 (así, los nuevos arts. 191, 228, 215.1, 267, 287, 201.1, 162.2, 620.2.II, 621.6, 624) y, de entre ellos, el de daños (art. 267.2), que, al condicionar el ejercicio de la acción penal a la previa denuncia del ofendido, ha contribuido a evitar la entrada en los juzgados de instrucción de estos delitos *bagatela*.

b) Orgánicas: pero ha sido, quizá, en el ámbito del derecho judicial orgánico en donde el Estado español ha dedicado mayores esfuerzos para dotar de la infraestructura necesaria a una justicia penal que se encontraba en una situación de penuria y abandono por la ausencia práctica de inversiones a la que se vio sometida durante el anterior régimen autocrático.

Así, como consecuencia de la promulgación de las Leyes 6/1985, Orgánica del Poder Judicial, y 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial, se triplicó el número de jueces y magistrados, se duplicó el de efectivos del Ministerio Público y se transformaron los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en *policía judicial* (L.O. 2/1986 y RD 769/1987).

Asimismo, se efectuó una cierta especialización de los órganos jurisdiccionales penales y del Ministerio Fiscal en el tratamiento, tanto de determinadas modalidades de grave delincuencia, cual es el caso de la criminalidad organizada (terrorismo y narcotráfico), lucha contra la corrupción política o contra la más importante delincuencia económica (materias todas ellas que pasaron al conocimiento de la polémica Audiencia Nacional), como el de la pequeña delincuencia, cuyo conocimiento fue conferido a órganos jurisdiccionales unipersonales: los jueces de instrucción para el conocimiento de las faltas y los Juzgados de lo Penal para el de los delitos leves.

c) Procesales: dentro del capítulo de las medidas procesales tendentes a obtener una mayor celeridad de nuestra justicia penal merece ser destacada la reforma operada por la L.O. 7/1988 creadora del denominado *proceso penal abreviado*, que intentó obtener dicha rapidez mediante la potenciación de la investigación del Ministerio Fiscal (intento fallido, ya que los arts. 789.1.º y 785 bis.3.º limitan seriamente dicha posibilidad), el estímulo de la *conformidad* (cuyos arts. 791.3.º y 793.3.º la aproximan al *plea bargaining*) y la agilización de la instrucción (cfr. el art. 789.3 que pretende obviarla), sobre todo a través de la injustificada supresión del *auto de procesamiento* y de la impugnación devolutiva de las resoluciones interlocutorias. El resultado de todo ello es que poco se ha ganado en economía procesal y, por el contrario, la pérdida de garantías ha propiciado la aparición de las *inquisiciones generales* y de la figura del *Juez de Instrucción-estrella*.

La anterior política de aceleración se cierra con la promulgación de la polémica Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que instauró un procedimiento especial, el denominado proceso *abreviadísimo*, de escasa utilización en la práctica forense y que, en la misma línea de agilización de la instrucción, pretendía obviarla en el enjuiciamiento de determinados delitos flagrantes. La realidad, sin embargo, ha confirmado que el escaso desarrollo normativo, unido a la existencia de una infraestructura suficiente, ha impedido su aplicación fuera de algunas ciudades, como es el caso de Barcelona, Madrid, Sevilla o Alicante y, de aquí, que se encuentre en trance de aprobación por las Cortes la proposición de la ley sobre *juicios rápidos*.

III. EL ESTADO ACTUAL DE NUESTRA JUSTICIA PENAL

No obstante los anteriores intentos del legislador español por fortalecer el acusatorio y agilizar el funcionamiento de nuestra justicia penal, lo cierto es que todavía queda un largo camino por recorrer, si se repara en que nuestro proceso penal, en la práctica, *no solo no ha abandonado sus tildes inquisitivas dentro de la fase instructora, sino que sigue caracterizándose también por su extremada lentitud e ineficacia.*

III. ¿HACIA DÓNDE DEBEMOS IR?: LA DEROGACIÓN DE LA LECRIM Y SU SUSTITUCIÓN POR UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El estado actual de nuestra justicia penal pone de relieve la exigencia de *abandonar la política de reformas 'parciales' a la LECrim y de promulgar un nuevo Código Procesal Penal* que responda a nuestra Constitución y a las nuevas exigencias de la sociedad democrática contemporánea.

No es posible profundizar en la política de reforma parcial, porque tales *parches legislativos* obtienen en la práctica resultados contraproducentes. Piénsese, a este respecto y a título de ejemplo, que nuestro sistema procesal cuenta ya con más de cuatro procesos ordinarios (el sumario ordinario, la instrucción especial de la Ley del Jurado, las Diligencias Previas del abreviado y del abreviadísimo, la atípica instrucción del juicio de faltas y ahora las *diligencias urgentes* de los juicios *rápidos*), lo que obliga al juez a efectuar, dentro de la instrucción y con el consiguiente retardo, no pocas calificaciones de la *notitia criminis*; repárese que, dentro de ellos, coexisten múltiples tipos de conformidad (las dos del sumario ordinario, tres en el abreviado, dos en el procedimiento ante el Jurado y una innovadora en los juicios rápidos); o que el sistema de medios de impugnación es, en garantías, inverso al de la gravedad de la pena (recurso ordinario de apelación para las faltas y abreviado de la competencia de los Juzgados de lo Penal, dos recursos extraordinarios en el procedimiento ante el Jurado y solo recurso de casación para los demás delitos graves). Sin duda, esta multiplicidad de procedimientos ordinarios y de actos procesales diversos, en nada favorece la anhelada agilidad de la justicia penal.

1. Principios generales

Pero es que, además —y esto se revela como lo más importante—, nuestro proceso penal no puede acometer los fines que ha de cumplir en una sociedad moderna y democrática, cuales son la *rápida actuación del ius puniendi*, el *puntual restablecimiento del derecho a la libertad del inocente*, la *reinserción social del imputado* y la *pronta reparación de la víctima*.

En particular, el cumplimiento de estas últimas finalidades del proceso penal no es posible abordarlo en una LECrim, como la vigente de 1882 que respondió a las doctrinas retribucionistas imperantes en la época. Para la LECrim solo la actuación del *derecho de penar* del Estado se erige en finalidad exclusiva o absoluta del proceso penal («De todo delito nace acción para el castigo del culpable», reza el art. 100 LECrim). Sin embargo, en el derecho comparado, y por citar solo un ejemplo, han surgido medidas, tales como las de *control judicial* (circunscritas, en la introducción efectuada por la L.O. 14/1999 del art. 544 bis a la LECrim, a la violencia doméstica) o el sobreseimiento bajo condición de cumplimiento, por el imputado, de prestaciones sociales y de inmediata reparación a la víctima, que permiten el logro de aquellos fines del proceso penal, así como solucionar rápidamente, tanto el conflicto social existente entre el Estado y el delincuente, como el individual que vincula al agresor con su víctima.

Y es que la actuación (tardía) del derecho penal sustantivo no puede erigirse hoy en la única finalidad del proceso penal. Antes al contrario, lo importante ha de ser, en la línea preconizada por la L.O. 5/2000 Penal y Procesal del Menor, *solucionar dichos conflictos, social e intersubjetivo, mediante la rápida actuación del derecho penal y civil de daños*, pues, tanto los fines de prevención (general y especial) de la pena, como el derecho a la tutela del perjudicado se malogran si la definitiva aplicación del derecho se efectúa en un período excesivamente dilatado de tiempo.

La promulgación de un nuevo Código Procesal Penal tiene que hacerse eco, pues, de las profundas reformas procesales penales habidas en Europa en estas últimas décadas, de entre las que cabe destacar la *gran reforma* del proceso penal alemán de 1975 o los nuevos códigos procesales penales portugués de 1987 e italiano de 1988.

Pero la entrada del derecho comparado no puede realizarse de una manera indiscriminada ni arbitraria, importando instituciones que, como es el caso del Jurado anglosajón (instaurado por la L.O. 5 /1995), nada tienen

que ver con el espacio judicial de la Europa continental en el que estamos inmersos. Tampoco la elaboración de un Código Procesal Penal puede arrumbar las conquistas adquiridas, tanto por la LECrim (así, la acusación popular o la contradicción de nuestro juicio oral), como por sus sucesivas reformas, habidas, sobre todo, en materia de derecho de defensa. *La reforma procesal penal ha de ser, pues, conservadora en el mantenimiento de las conquistas habidas en materia del derecho de defensa, pero innovadora en todo lo referente a la obtención de la rapidez en la actuación del 'ius puniendi', en la consolidación del sistema acusatorio, en la rehabilitación del imputado y en la protección de la víctima.*

2. Medidas de reforma

Para el logro de tales objetivos, sería necesario acometer, en la anunciada línea instaurada por los códigos procesales penales alemán, portugués e italiano y apuntada por nuestra Ley Penal del Menor, determinadas reformas en las siguientes actuaciones procesales:

A. En la instrucción: el MF Director de la Investigación sumarial

La primera y más importante reforma consistiría en, previo el necesario incremento de plantillas, su desconcentración y adscripción a todos los juzgados de instrucción, otorgar al Ministerio Público español la dirección de la investigación sumarial, con lo que se incrementarían notablemente, tanto el principio acusatorio, como la celeridad de la fase instructora, que es en donde se concentran la mayoría de las *dilaciones indebidas*.

a) La consolidación del principio acusatorio: La consolidación del principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada a cabo por el Ministerio Fiscal y ello fundamentalmente porque, aun cuando sea un *órgano colaborador de la Jurisdicción*, es, al propio tiempo, una parte desprovista de independencia judicial y, por lo tanto, de capacidad para generar (salvo supuestos de urgencia) actos de prueba sumarial anticipada. A diferencia del vigente proceso penal, en el que muchas de las sentencias de condena se fundan en diligencias sumariales, en el nuevo modelo, al no poder el MF producir estos actos de prueba sumarial (así, las declaraciones testimoniales o del propio imputado ante el MF), se potenciaría el principio de que la prueba ha de surgir en el juicio oral bajo la inmediación del tribunal sentenciador.

Ello no significa, sin embargo, y como es sabido, que hayan de desaparecer ni el Juez de Instrucción ni los actos de prueba anticipada. Una de las funciones, en el nuevo modelo, del Juez de Instrucción, junto con la clásica consistente en adoptar resoluciones limitativas de derechos fundamentales, estriba precisamente en generar actos de prueba instructora anticipada y preconstituida, de tal suerte que, cuando el MF, en los supuestos que el CPP determine, desee generar tales actos de prueba, habrá de instar la preceptiva intervención judicial e introducir estos actos de prueba en el juicio oral a través de un procedimiento similar al *fascicolo di dibattimento* en el que se han inspirado los *testimonios* de la Ley del Jurado (art. 34 L.O. 5/1995).

Por esta razón, y con independencia de acentuar la autonomía del MF para fortalecer la tutela del principio de legalidad, no parece aconsejable potenciar la independencia absoluta del MF frente al Poder Ejecutivo. Si el MF español (y en la línea preconizada por el CdiPP italiano) ostentara las mismas garantías de la *independencia judicial*, abstracción hecha de que esta supuesta reforma podría ser inconstitucional (a la luz del art. 124.4 y, sobre todo, del art. 117.1 C.E. que reserva esta garantía a los jueces y magistrados), se prestaría un flaco favor a la reforma, pues al permitir que el MF pueda generar actos instructorios de prueba, un celo excesivo por su parte lo podría llevar a ser exhaustivo en la instrucción a fin de llegar al juicio oral con la totalidad de la prueba de cargo ya realizada. Quizá sea esta la razón fundamental, por la que en Italia poco se haya avanzado, tras la promulgación del nuevo *Codice di Procedure Penale*, en la consolidación del sistema acusatorio y en la obtención de la necesaria rapidez de la fase instructora.

b) La rapidez de la instrucción: en segundo lugar, la instauración del MF Director de la Investigación produciría una mayor rapidez en la conclusión de la fase instructora. Como es sabido, y frente a la histórica dicción del art. 324 LEC, que obliga a los jueces de instrucción a concluir el sumario en el plazo de un mes, el mayor mal de nuestra justicia penal reside en la excesiva e injustificada dilación de la fase instructora, lo que suele acontecer siempre que en la causa exista un acusador particular. Si ello es así, es debido, no solo a la escasa preparación investigadora de nuestros jueces (la Policía en tres días hace mucho más trabajo que los jueces en meses e incluso años), sino, sobre todo, a la existencia de la independencia judicial que impide que se le pueda al juez someter a apremios o a correcciones disciplinarias por dilaciones indebidas, que, a la larga, podrían atentar contra su independencia.

Debido a la circunstancia de que el MF aunque ‘imparcial’ (superior aquí a la de los jueces, pues se trata de una imparcialidad colectivamente reflexionada) no es independiente, pueden puntualmente sus dilaciones ser corregidas mediante el establecimiento de un conjunto de plazos (por ejemplo tres, seis o doce meses en función de la gravedad y complejidad del delito), cuyo incumplimiento permitiría, con independencia de la determinación de la oportuna responsabilidad disciplinaria, la interposición por la parte gravada de un recurso, del que conocería el Juez de Instrucción, tal y como acontece en los ordenamientos portugués e italiano.

El establecimiento, con una preclusión elástica y un efectivo régimen de responsabilidad disciplinaria, de plazos a la instrucción, se manifiesta superior a los vigentes de la prisión provisional, por cuanto obliga al MF a comprobar con rapidez su presupuesto, la imputación, evitando simultáneamente, tanto los *celos de cumplimiento* de los presos preventivos, como las dilaciones indebidas en el propio proceso penal.

c) La solución de los conflictos leves: la asunción, por otra parte, de la instrucción por el MF y *la concesión a él de un limitado poder de archivo*, sometido al principio de oportunidad reglada (por ejemplo delitos sin autor conocido o leves no violentos y con imputado sin antecedentes), permitiría, dentro de las diligencias de prevención y, en su caso, previa audiencia de la defensa y de la víctima, alcanzar *mediaciones penales* —en la línea de las últimas reformas habidas en el CPP francés (de *transacción penal*, se habla en el país vecino)—, que solucionaran definitivamente, tanto el conflicto social, como el intersubjetivo. Sin duda, esta nueva *función del MF como ‘mediador penal’*, instaurada por la L.O. 5/2000, del Menor, con la necesaria homologación judicial, contribuiría notablemente a descongestionar nuestros juzgados de instrucción de *delitos-bagatela*.

d) La rehabilitación del imputado y la tutela de la víctima: tratándose de delitos menos graves y previa observancia de los presupuestos y requisitos de la Recomendación de 1987 del Consejo de Europa sobre procedimientos simplificados (esto es, consentimiento expreso del abogado defensor, de su patrocinado y de la víctima) *podría el MF*, tras los estudios pertinentes sobre la personalidad del imputado no reincidente, *proponer al Juez de Instrucción un sobreseimiento por razones de oportunidad* y bajo la promesa de cumplir el imputado determinadas prestaciones sociales y de reparar inmediatamente a todos los perjudicados.

B. La reforma de las medidas cautelares y la humanización del proceso

Tal y como el Tribunal Constitucional viene declarando en múltiples y recientes resoluciones (llegándose a plantear incluso una autocuestión de inconstitucionalidad) los presupuestos vigentes de la prisión provisional (en particular, la gravedad del hecho) no se adecuan a lo dispuesto en el art. 17 C.E. Por tal razón, debe urgentemente reformarse, en consonancia con la doctrina constitucional, la prisión provisional y, en general, la totalidad de las medidas cautelares penales; pero, debiera también aprovecharse la ocasión para *establecer todo un conjunto de medidas de 'control judicial'* (tal y como efectúan minuciosamente, por ejemplo, los arts. 138-143 del CPP francés), que, inspiradas en la *probation*, aseguren la efectiva comparecencia del imputado al juicio oral, pero, al propio tiempo, eviten su ineludible entrada (y consiguiente *contagio criminal*) en un centro penitenciario.

C. En los actos instructorios: incremento del principio de eficacia

Una futura reforma procesal debiera incrementar la eficacia procesal sin merma del acusatorio. A tal efecto, debiera acentuarse la distinción entre actos de investigación y de prueba con el objeto de erradicar la posibilidad de que la sentencia pueda fundamentarse en meras diligencias sumariales. Para ello, se hace preciso, *tanto actualizar los supuestos de prueba sumarial anticipada* (por ejemplo incluyendo en ella las declaraciones de testigos expuestos a coacciones en la línea del art. 392. 1.b. del CdiPP italiano) y, en general, perfeccionar su procedimiento de entrada en el juicio oral a través de la lectura de documentos, *como incorporar nuevos actos de investigación* en la lucha contra la criminalidad organizada (así, las reformas a la StPO habidas en esta última o la regulación en la LECrim de las *consecuencias accesorias* que ha introducido el CP de 1995) y, en general, los que no pudieron ser tomados en consideración por el legislador decimonónico (perfeccionar el sistema de *escuchas telefónicas*, introducir las *inspecciones e intervenciones corporales*, la consagración del principio de *proporcionalidad*, etc.).

D. En la acción civil dimanante del delito

Debiera reflexionarse sobre las ventajas e inconvenientes de la acumulación de la acción civil al proceso penal. Aunque es cierto que nuestro sistema (francés) es más económico, tampoco lo es menos que contribuye, mediante el planteamiento de querellas chantajistas que solo persiguen el pago

del deudor, a una innecesaria sobrecarga de trabajo en los juzgados de instrucción. Por otra parte, la aparición de delitos-masa, como defraudaciones a consumidores (caso de la *colza*) o estragos (hundimiento de la presa de *Tous*) obliga a los particulares a dirigir, en ocasiones, infundadamente la acción penal contra un funcionario con la, en muchas ocasiones, vana esperanza de obtener la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Pero, aun cuando la LEC 1/2000 haya situado a nuestro proceso civil a la altura de Europa, lo que permitiría suscribir el sistema alemán de estricta separación de la acción civil de la penal, tampoco cabe desconocer que durante algunos años los juzgados de primera instancia permanecerán sobresaturados. De aquí la conveniencia, en un régimen transitorio, de *separar únicamente la acción civil en aquellos procesos por delitos-masa* en los que lo único que la acusación particular pretende es *empapelar* a un funcionario con la pretensión de que cobren los perjudicados.

En materia de responsabilidad civil dimanante de los accidentes de tráfico, por el contrario, quizá *cabría replantearse si el sistema de despenalización*, que inauguró la L.O. 3/1989, resulta, en la actualidad, acertado, ante la sobrecarga, de un lado, de la justicia administrativa —paliada circunstancialmente por la instauración de los juzgados de lo contencioso administrativo (pues, antes, existía indefensión material)— y, de otro, de los juzgados de primera instancia como consecuencia de las múltiples pretensiones resarcitorias que diariamente se interponen en materia de tráfico. Dicho en menos palabras: lo que antes se solucionaba en una mañana en un juicio de faltas, ahora obliga al ciudadano a utilizar dos frentes judiciales, el civil y el administrativo.

E. La instauración de procedimientos simplificados

A fin de dotar a la justicia penal de la necesaria rapidez y agilidad en el tratamiento de la pequeña delincuencia, en la línea iniciada por la instauración de los *juicios rápidos* y de modo similar a lo que ha hecho la nueva LEC con la creación del proceso civil monitorio, parece conveniente la instauración de un *proceso penal monitorio* en el que la Policía Judicial y, en especial, los agentes de tráfico podrían imponer directamente la sanción con información a su destinatario de que está autorizado, en un plazo determinado, a recurrirla ante el Juez de Instrucción, quien, tras el pertinente juicio de faltas podrá recorrer la pena sobre ese hecho en toda su extensión (podrá absolverle, pero también podrá imponerle un *quantum* de pena supe-

rior a la inicial sanción). Si el imputado se aquieta a la sanción, ni siquiera se levantaría el oportuno atestado. Naturalmente, la instauración de este proceso sumario exige igualmente el replanteamiento de la despenalización de las faltas de daños y lesiones leves, tal y como se ha indicado más arriba (2.B.d). Si no hay revisión de la despenalización, se podrían crear procedimientos administrativos simplificados con posibilidad de autocomposición administrativa, prevista ya, pero no estimulada, en la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común.

F. La reforma del Jurado

De la LOTJ (L.O. 25/1995) vigente, no se justifica, en primer lugar, ni su competencia en materia de delitos leves ni la existencia de una instrucción especial que, como la actual, es innecesariamente complicada, con comparencias superfluas y que desequilibra, a través de un injustificado sistema escalonado de proposición de prueba, el principio de igualdad de armas en exclusivo favor de la defensa; en segundo, tampoco se comprende la instauración de un jurado anglosajón, cuya historia en España y en Europa ha mostrado no pocas deficiencias prácticas, sobre todo en la necesidad de motivación del veredicto (lo que ha provocado ya decenas de sentencias de casación de la Sala 2.^a del TS), por lo que su evolución debiera ser la misma que la que han experimentado otros países con mayor tradición juradista (Francia, Italia, Alemania o Portugal): su *transformación en escabinado*.

G. La segunda instancia

Finalmente, y como consecuencia de la vigencia de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 2.1.º del protocolo n.º 7 al CEDH y en el art. 14.5 del PIDCP de Nueva York), que han provocado ya, en diciembre de 2000, un informe adverso por parte de la Comisión de la ONU, así como de la doctrina del TC sobre el derecho a los recursos, *es necesario introducir en todos los delitos 'el derecho del condenado a la segunda instancia'*. Para ello, hay que instaurar el recurso de apelación incluso contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, cuyo conocimiento podría conferirse a las Salas de lo Penal de los TSJ.

Mediante la instauración de dicha reforma, podría suprimirse el motivo de casación de «[...] error de hecho en la apreciación de la prueba» (art. 849.2), convirtiendo al TS en un auténtico Tribunal de Casación. Pero los

presupuestos, resoluciones recurribles y fase de admisión han de ser también reformadas en la línea ya establecida por la nueva LEC de *equilibrio entre la suma de gravamen y el interés casacional* a fin de que, de un lado, el TS pueda liberarse de su sobrecarga y, de otro, pueda cumplir con su función esencial de *crear doctrina legal en todos los delitos* y no, como sucede en el momento actual, en el que la inmensa mayoría (incluidos tipos penales muy relevantes, tales como los relacionados con la delincuencia económica) no tienen acceso a la casación, lo que ocasiona inseguridad jurídica y la vulneración por las AP del principio de *igualdad en la aplicación de la ley*.

IV. ¿HASTA DÓNDE PODEMOS LLEGAR?

De todas las enunciadas reformas, que se acaban de apuntar, sin duda la más problemática consiste en la instauración del modelo del Ministerio Fiscal-Director de la Investigación y ello debido al escaso número de miembros del Ministerio Público (unos 1.300 en toda España), su práctica concentración en las capitales de provincia (no obstante la creación de *destacamentos*) y su sobrecarga de trabajo como consecuencia de la asunción de nuevas competencias recientemente adquiridas (así, la instrucción en la Ley Procesal del Menor).

A todas estas dificultades se añade su escasa preparación en las funciones de investigación, su tradicional pasividad en la instrucción (que ha permitido calificarlo como un *burócrata de la acusación*) y el temor por parte de un cierto sector de la doctrina de que el incremento de sus funciones pueda ocasionar un detrimento del principio de legalidad en beneficio de su modelo dialéctico, el de oportunidad, todavía entendido por algunos como *arbitrariedad*.

Pero, sin olvidar el importante papel que ha de desempeñar el Centro de Estudios Jurídicos en la formación de los nuevos fiscales y de la existencia, en nuestro país, de la acusación popular y privada (que se erige, como ya dijo en el siglo XIX Silvela, en la más importante garantía frente a una burocratización del MF en el ejercicio de la acción penal), no parece que pueda incrementarse la rapidez y agilidad de la instrucción sin incrementar su competencia.

Por ello, y a fin de prevenir estas carencias de infraestructura, podría resultar conveniente secundar alguna de estas dos alternativas:

1. Establecer un sistema intermedio en el que, de modo similar al CPP francés, se le otorgue al MF una investigación preliminar o previa a la instrucción judicial, en el que el MF calificaría la *notitia criminis* y le daría el curso a seguir y en el que podría asumir, en los delitos leves, facultades de mediación en orden a la rápida satisfacción de las pretensiones, penales y civiles, en conflicto.
2. Instaurar plenamente el modelo del MF instructor, pero con una larga vacación de la Ley de Reforma (cuatro o cinco años) que permitiera al Ministerio de Justicia dotar convenientemente a la Fiscalía de efectivos suficientes y capacitados.