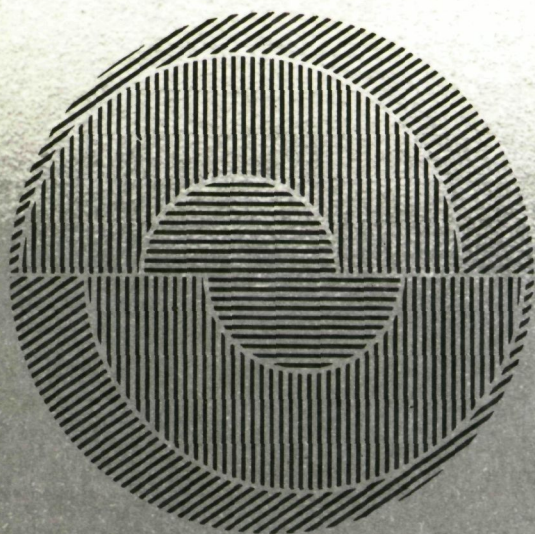


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1991

ANO 28 • NÚMERO 112

La División del Proceso Penal en Dos Fases

(Preguntas desde la Constitución Española)

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal
San Sebastián

SUMARIO

1. Preguntas desde la globalidad. 2. Perspectiva jurídico-penal sustantiva. 3. Perspectiva procesal. 4. Organización judicial et cetera.

1. Preguntas desde la globalidad

Varios especialistas, particularmente el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Enrique Ruiz Vadillo, hablan con frecuencia en sus publicaciones de la *globalidad* del sistema de justicia penal o, en terminología del Consejo de Europa, de las *mallas*, de las *redes*, de la justicia penal. Acertados nos parecen los cuatro elementos que Enrique Ruiz Vadillo (en su ponencia sobre "Relaciones entre organización judicial y Derecho penal" presentada en las *I Jornadas de magistrados, fiscales y profesores de Derecho penal — Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP*, Albacete, mayo 1988)¹ considera necesario integrar armónicamente: el Derecho penal sustantivo, el Derecho procesal penal, el Derecho penitenciario y la organización judicial.

¹ E. RUIZ VADILLO, "Relaciones entre organización judicial y Derecho Penal", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, agosto 1989, pp. 23 ss.

En estas páginas intentamos subrayar la importancia del punto tercero (el Derecho procesal penal) que, para desarrollarse, necesita el apoyo de los otros tres. También se intenta sugerir que sería conveniente introducir la división del proceso penal en dos fases, con todo lo positivo que ello implica de presupuestos y de consecuencias.

Supongo conocida la excelente tradición española en el campo de las instituciones penitenciarias y procedimentales; y en el empeño por encontrar y/o crear el armónico desarrollo de la totalidad y "una cohesión íntima y una gran congruencia entre todas sus partes", conscientes, sin embargo, del "conjunto de incoherencias y contradicciones" que subyacen entre la realidad objetiva y los múltiples aspectos de conocimiento de ella, como escribió, ya en 1902, Dorado Montero (*Bases para un nuevo Derecho penal*, p. 172).

Ello no obsta para cuestionarnos sobre la oportunidad de introducir importantes reformas desde la perspectiva del principio constitucional (artículo 25.2 de la Constitución española), según el cual "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social" del condenado.

2. *Perspectiva jurídico-penal sustantiva*

A la luz de diversos trabajos de penalistas y, en concreto, de la ponencia del Prof. Ruiz Vadiño, surge la pregunta de si los profesores de Derecho penal debíamos hablar más en nuestras cátedras del problema penitenciario y de la división del proceso penal en dos fases, con su incidencia directa en el Derecho penal sustantivo. Surge también la pregunta de si debíamos escribir más sobre el tema y si debíamos *hacer* algo más al respecto.

En algunas Universidades se corre el peligro de que los temas últimos del programa, que suelen ser los dedicados a los problemas penitenciarios, no se expongan con la debida profundidad por falta material de tiempo al final del curso académico. Quizás también, ojeando los índices de las revistas de Derecho penal sustantivo, se deplora el prestar no suficiente atención y espacio al mundo penitenciario y al tema de la división del proceso penal en dos fases de tal manera que, desde el punto de vista sustantivo, se analicen los pros y los contras, así como los modos de llevarla a cabo, en caso de considerar deseable la división, al estilo inglés, norteamericano y escandinavo.

Algunos catedráticos de Derecho penal dudamos si *hacemos* lo suficiente con nuestros alumnos en cuanto a visitas a las instituciones peni-

tenciarias y a los Palacios de Justicia para conocer y resolver las cuestiones relacionadas con la determinación de la pena y de las medidas penales correspondientes.

No pocos penalistas se han preocupado y se siguen preocupando seriamente de las aporías penitenciarias en la teoría e incluso en la práctica, ocupando (en tiempos cercanos y difíciles) puestos de suma responsabilidad en la Dirección General de dichas instituciones y elaborando una ley orgánica penitenciaria (el año 1979) que ha merecido el aplauso general (aunque después su desarrollo reglamentario y fáctico deje bastante que desear).

Conviene insistir en la línea tradicional española que considera como fin principal de las penas "la corrección del delincuente para hacerle mejor si se puede, y para que no vuelva a perjudicar la sociedad... la enmienda del delincuente es un objeto tan importante, que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. Pero ¿cuántas veces por defecto de éstas, en vez de corregirse el delincuente, se hace peor y tal vez incurable hasta el punto de verse la sociedad en precisión de arrojarle de su seno como miembro acangrenado, porque ya no le puede sufrir sin peligro de que inficione a otros con su contagio"?, como escribió Lardizábal, en el cap. III, núm. 4 de su *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* (Madrid, 1782).

3. *Perspectiva procesal*

A los procesalistas quizás se les pueda formular, poco más o menos, las mismas interrogaciones que nos autocuestionábamos en el campo penal. Sus trabajos de investigación y de divulgación en las revistas, su docencia del Derecho procesal en las aulas universitarias, las visitas con sus alumnos a las cárceles y a las Audiencias... no sé si prestan la atención que hoy en día exigen el respeto y el desarrollo de los derechos humanos de los delincuentes y de los inocentes, de los victimarios y de las víctimas.

Aunque mis conocimientos en el sector procesal no alcancen el nivel deseable, me permito abogar en favor de la división del proceso penal en dos fases.

Como resultado de la evolución de las modernas investigaciones criminológicas y de las ciencias del hombre afines al campo penal sustantivo, procesal, penitenciario y de la organización judicial, se impone introducir ciertas reformas radicales en el procedimiento penal tradicional. Quizás estas reformas deban ser más profundas que las pergeñadas generalmente

en los textos de Derecho procesal penal. Con F. Ramos, sentimos una irresistible tentación de cruzar el Rubicón de un siglo de historia. ¿Ha llegado ya el momento para que en España se imite, sin copiar textualmente, las innovaciones introducidas tiempo ha en otros países que dividen en dos fases el enjuiciamiento criminal? Me refiero al juicio ora después de los pasos previos, sumarial e intermedio, que comentan algunos especialistas como Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez en su *Derecho procesal*², y últimamente Francisco Ramos en su documentado y sugerente *El proceso penal. Lectura Constitucional*³.

Dentro del procedimiento que considero oportuno establecer *de lege ferenda*, en el juicio oral corresponde al Juez o al Tribunal determinar primeramente la culpabilidad o la inocencia del acusado, es decir, decidir el *sí* o el *no* a la imputación objetiva y subjetiva del hecho delictivo. Posteriormente el mismo Juez o Tribunal, pero con la colaboración de especialistas de las ciencias del hombre, deberá llevar a cabo otra tarea muy distinta de la anterior, deberá formular en concreto el *qué* y el *cómo* de la sentencia, es decir, determinar las concretas penas y medidas penales correspondientes, tomando científicamente en consideración la personalidad del delincuente, su contexto familiar, social, laboral, etc. Y su relación pasada y futura con la víctima.

En el estadio anterior (la *conviction*) se conocen y se juzgan los hechos probados y su calificación jurídica, imputabilidad, culpabilidad, etc. Después, en esta segunda y última etapa (la *sentencing*), se establece con la ayuda de los especialistas extrajurídicos una prognosis futura para poder formular la sanción concreta (dentro de las varias alternativas que permiten los artículos 650 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que facilitará, en cuanto sea posible, la repersonalización del delincuente y la asistencia debida a la víctima. Esta división del proceso penal en dos fases tiene una incidencia notable no sólo en la posterior ejecución de la sentencia penal sino también, y sobre todo, en la técnica y el método para especificar y cuantificar la sanción concreta que se impone al condenado con miras a su reinserción social, exigida por la norma constitucional.

Quizás de nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal deba actualizarse, entre otros, el artículo 650 cuando dice que "El escrito de

2 V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, J. ALMAGRO NOSETE y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*. Tomo II (Vol. I). El proceso penal (1), Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 468 ss. (Cfr. 3ª edición de 1990, pp. 463 ss.).

3 F. RAMOS, *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 317 ss., 369 ss. (Cfr. 2ª edición de 1991).

calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas: ... 5.^a Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito”, y el art. 653 que permite a las partes presentar “sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa”. También al art. 655, párrafo segundo, cuando determina que el Tribunal “dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada”.

El dictar la sentencia concreta parece hoy mucho más complicado de lo que deja entender el texto de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y algunos de sus comentarios y comentaristas, especialmente si se concede importancia al Juez de Vigilancia Penitenciaria, como indica G. Blau ⁴.

Como desarrolla ampliamente J. Herrmann ⁵, los juristas deben tomar más en serio la urgencia de acomodar el Derecho procesal penal a la evolución actual del derecho penal *de hecho* hacia el derecho penal *de autor* (en el sentido positivo de la expresión, no en el sentido hitleriano), a la luz de las modernas investigaciones sobre la personalidad del delincuente y con mayor atención a los previsibles efectos de las sanciones. Lógicamente, Herrmann propone la división del proceso alemán en dos fases: una para juzgar el hecho delictivo con sus circunstancias fácticas, y otra posterior para decretar y determinar las sanciones individualizadas con la ayuda científica y seria de los especialistas en prognosis personal y social, sin olvidar la atención a (y la participación de) la víctima ⁶.

En este sentido pueden y deben interpretarse los artículos 75, 1.^a; 84,3.^a; 87, 2.^a y 100, 3, de la Propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal, de 1983, que piden informes de carácter criminológico formulados por expertos.

4. *Organización judicial et cetera*

El pasado día 12 de abril, al concluir un acto académico en el interior del Centro Penitenciario de Martutene en San Sebastián, dos altos funcionarios (que han estado de servicio anteriormente en una decena de centros penitenciarios) indicaron que en San Sebastián han constatado por

⁴ G. BLAU, *Die Strafvollstreckungskammer*, en H. D. SCHWIND und G. BLAU, *Strafvollzug in der Praxis*, Walter de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 339 ss.

⁵ J. HERRMANN, *Ein neues Hauptverhandlungsmodell*, en *ZgStW*, 1988, pp. 44 ss., 74 ss., IDEM, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, 1971, pp. 103 ss.

⁶ J. HERMANN, *Ein neues ...*, p. 80.

primera vez que los "operadores" de la administración de la justicia cumplen fielmente los preceptos legales respecto a la frecuencia y manera de visitar las instituciones penitenciarias.

Si ojeamos las revistas especializadas (oficiales y no oficiales) desde el punto de vista de las 30.000 personas que están privadas de libertad en España, quizás se pueda concluir que debía prestarse más atención y espacio a estos problemas carcelarios en relación con la presente y futura organización judicial.

Plausible parece la importancia que la revista del Poder Judicial otorga a algunas cuestiones del sistema y funcionamiento penitenciario.

Por otra parte, es de lamentar que, desde al año 1983-1984, no se haya publicado (según mis noticias) la Memoria que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias solía editar cada año.

Afortunadamente, el hasta hace poco tiempo Defensor del Pueblo, Joaquín Ruiz-Giménez, en su Informe último se ha manifestado con inteligencia y valentía constatando que el respeto de los derechos humanos en las Instituciones Penitenciarias de España deja bastante (mucho, digo yo, aunque menos que en varios países centroeuropeos) que desear por diversos motivos y diversas circunstancias.

Capítulo aparte merecería el tanto de culpa de la Universidad Española en general. Creo que la institución en cuanto tal (no los profesores) está muy por debajo de la altura de Europa⁷. Prueba patente de ello es el escaso aprecio y el escaso lugar que se presta a los Institutos y cátedras (?) de Criminología que a la luz de la ciencia contemporánea parecen indispensables para el normal funcionamiento de las instituciones penitenciarias y la debida actualización del Derecho Penal, y en concreto, para responder a la pregunta de cómo debe determinarse y concretarse individualmente la respuesta penal, la sanción, que *hic et nunc* debe aplicarse a cada condenado con sus peculiaridades y circunstancias tan diversas y diferenciales. La Universidad podría investigar los pros y los contras de la división del proceso penal en dos fases desde la perspectiva interdisciplinar propia de la Criminología y de la Política Criminal.

7 R. LANGE, *Auf dem Wege zur anthropologischen Kriminologie*, en *ZgStW*, 1988, pp. 81 ss.

N.B. Texto levemente actualizado, de la comunicación presentada en las *I Jornadas de magistrados, fiscales y profesores de Derecho Penal — Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP*, celebradas en Albacete (España), en mayo de 1988.