

El horizonte de sucesos de la justicia penal

Oscar Morales García



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Acadèmia Europea de Doctors
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914



OSCAR MORALES GARCÍA Licenciado en Derecho por la Universidad de Cantabria en 1993, alcanzó el grado de Doctor en Derecho en 1998 por la Universidad Autónoma de Barcelona, obteniendo la máxima calificación “*Cum Laude*” por unanimidad. Ha sido *Visiting scholar* en la Albert Ludwig Universität (Freiburg im Breisgau, Alemania).

Durante cerca de un lustro fue Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, Posteriormente se incorporó al Despacho Uría Menéndez, implementando en la oficina de Barcelona la práctica penal. Fue socio de la firma durante 13 años, hasta que en enero de 2022 estableció una alianza con Fermín Morales bajo la firma Morales Abogados penalistas. Durante quince años ha sido reconocido por el prestigioso Directorio Chambers & Partners (Europe Edition) como uno de los mejores abogados penalistas del país. En 2019, obtuvo la medalla al mérito profesional, con motivo de su incorporación al Consejo Superior Europeo de Doctores.

Es autor de varios libros y decenas de artículos jurídicos en gran parte producto de los Proyectos de I+D nacionales y europeos en los que ha participado o dirigido. En 2021 publicó su primera novela, “Errores invencibles”.

Ha sido profesor en las Universidades de Cantabria, Autónoma de Barcelona, Oberta de Catalunya y Rovira Virgili de Tarragona, en las que ha dirigido cursos de doctorado, licenciatura y grado o master. Desde 2001 es Profesor visitante de la *Università degli Studio di Trento* con el curso “*Diritto penale dell’informatica*”. Es, además, profesor adjunto de la Universidad Ramon Llull (ESADE), con la que colabora desde el año 1999. Ha pronunciado centenares de conferencias en España, y también en otros países como Italia, Colombia o Cuba.

El horizonte de sucesos de la justicia penal

Excmo. Sr. Dr. Oscar Morales García

El horizonte de sucesos de la justicia penal

Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como
Académico de Número, en el acto de su recepción
el 15 de mayo de 2023

por

Excmo. Sr. Dr. Oscar Morales García
Doctor en Derecho

y contestación del Académico Numerario

Excmo. Sr. Dr. Fermín Morales Prats
Doctor en Derecho

COLECCIÓN REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA · 1914

www.raed.academy

© Oscar Morales García

© Real Academia Europea de Doctores

La Real Academia Europea de Doctores, respetando como criterio de autor las opiniones expuestas en sus publicaciones, no se hace ni responsable ni solidaria.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamos públicos.

Producción Gráfica: Ediciones Gráficas Rey, S.L.

Impreso en papel offset blanco Superior por la Real Academia Europea de Doctores.

ISBN: 978-84-09-50733-7

D.L: B-10021-2023

Impreso en España –Printed in Spain- Barcelona

Fecha de publicación: mayo 2023

A Manuel Álvarez Feijoo, Manu.

Los grandes ideales, amén de los ideales pequeños, tuvieron siempre trazas sospechosas de devaneo, cuando no de locura, y solo a las horas del triunfo, que revelaron y acreditaron su verdad, se patentizó valedera la razón de quienes los concibieron o los llevaron adelante. El triunfo equivale a la razón. Ningún vencido tuvo razón para cosa alguna que no fuese su vencimiento. Perdida o no lograda, la elegancia suprema de la victoria, el desaire de la derrota o del fracaso descubre y publica la sinrazón de las ambiciones, y vienen a parar en harapos de ensueño las actividades malogradas, y en categoría de locura los consumados sacrificios. Son cuerdos los que nada intentan, porque en su no hacer se acomoda holgado su egoísmo, lo cual no les cohibe, la oportunidad llegada, para utilizar en su pro los beneficios de la ajena locura.

Alfonso Pons y Umbert
El ideal de Justicia de Don Quijote de la Mancha
Discurso de recepción como Académico de mérito de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

❖ I. AGRADECIMIENTOS

Creo que no me equivoco si afirmo que a lo largo de mi vida he sido razonablemente fiel a la idea del cumplimiento espontáneo del Derecho. Es, seguramente, uno de los pilares de la convivencia. Eso sí, cuando se trata de dar paso a la emoción, tengo más dificultades para alinearme con la norma. El capítulo agradecimientos abre en canal las emociones, de manera que comenzaré por vulnerar, una vez más, la prohibición de regreso.

Cada cual nace y muere donde puede. Si sobre lo segundo aún tenemos alguna pequeña capacidad de decisión, no así sobre lo primero. Yo vine al mundo en una familia humilde de una ciudad pequeña del norte del España. Varias décadas después aún no consigo comprender del todo cómo aquella mujer menuda que fundó una familia claramente matriarcal multiplicó las sobras para sacar adelante a tres hijos. Sin su tesón, su entrega, su compromiso y su constancia, cualquier vida habría sido posible, excepto la maravillosa vida que poseo. La que he vivido y disfrutado, el conocimiento adquirido, la curiosidad, el descubrimiento, la libertad -incluso a veces contra sus miedos-, todo eso se lo debo a mi madre. *Causa causae est causa causatio*. Claro que toda familia matriarcal es deudora de un hombre trabajador. Mi padre, devoto de su madre, abandonó toda esperanza de estudiar cuando le fue encontrado un trabajo con apenas catorce años. Cómo llegó aquel niño a convertirse en analista químico y a dominar un idioma muerto como el esperanto, amén de consumir la biblioteca Menéndez Pelayo de Santander constituye una de las grandes paradojas de las que he alimentado mi curiosidad académica desde bien temprano.

Gracias, papá y mamá, porque cualquier retorno de cariño será siempre miserable en relación con lo recibido sin condiciones.

Es deber de un hijo contrastar en algún momento, sin embargo, lo recibido con lo venidero. En 1991 conocí al Profesor Fermín Morales, mientras aún era un jovencísimo estudiante de Derecho en la Universidad de Cantabria. Aquél también jovencísimo Catedrático de Derecho penal desafió todas mis costumbres y abrió una puerta esencial en mi vida: la de la comprensión y aceptación de uno mismo. Un acto de generosidad mayor vendría poco después, cuando puso en mi camino al aún más joven Profesor, José Manuel Valle Muñiz, también Catedrático de Derecho penal. Los años siguientes, con mi pequeña familia en formación fueron determinantes para conformar un modo de mirar el mundo, inconformista, lleno de dudas e interrogantes, tempranamente teñido de nihilismo con la pérdida insoportable de nuestro querido Jose. A los amigos de Jose, mi familia, les debo sin paliativos su cariño y cuidado cuando todo se hizo líquido.

De mis maestros, Fermín Morales y José Manuel Valle heredé el concreto modo en que todo sucedió desde que mis padres cumplieran con su propósito de garantizarme una educación universitaria. El estudio, la pasión por la escritura y por el debate, el modo magistral en que el Profesor Morales era capaz de ver el desarrollo íntegro de una problemática y anticipar su solución o la envidiable capacidad del Profesor Valle de hacer comprensibles los conceptos más complejos de las categorías dogmáticas. Esa pluralidad y riqueza son todo cuanto he querido ser intelectualmente. Mi sincero agradecimiento por su desinteresada preocupación por potenciar cualquier cualidad que creyeron ver en mí.

Pero el camino hacia una meta está siempre, además, sembrado de faros, que indican el camino sin concesiones a la resignación. Gracias, Cristina y Pablo por mantener eterno el combustible de vuestra estrella iluminando mis días. Gracias también a Rosa, su madre, por acompañarlos siempre en esa tarea.

Todo lo aprendido y obtenido de aquellos a quienes agradezco hoy poder estar aquí se desborda desde la presencia de Ariadna, de sus lecturas, de sus vivencias y contrastes, de su fabuloso funcionalismo utilitarista. Con ella camino, espero muy lentamente, hacia la difuminación, mientras pensamos en la justicia penal, pero también en tantas otras cosas...



ÍNDICE

I. AGRADECIMIENTOS	11
DISCURSO DE INGRESO	17
II.- INTRODUCCIÓN	17
III. EL NEORETRIBUCIONISMO PENAL, INSTITUCIONAL Y PROCESAL PENAL COMO FUENTE DE ALIMENTACIÓN DEL COLAPSO DEL SISTEMA	27
1. Aportaciones al colapso desde el Derecho penal sustantivo	34
i. Aumento significativo de los marcos penales.....	34
ii. Creación de grupos de delitos extraordinariamente abiertos.....	42
iii. Ampliación desmesurada de los delitos de peligro, alcanzando incluso la imprudencia en algunos casos (317).....	49
iv. Deformación de los principales ingredientes del principio de legalidad	51
v. Incorporación como núcleo de desvalor en las descripciones típicas de las estrategias de defensa forense.....	56
vi. Perversión del concepto, naturaleza y función de las penas y anticipación de éstas	58
vii. Supresión de la prejudicialidad penal.....	58
viii. Incorporación de un nuevo sujeto del proceso penal: la persona jurídica	60
2. Desde la perspectiva institucional	63
i. El rol del Ministerio Público.....	63
ii. La instrucción del procedimiento penal abreviado	80
iii. La devaluación del Tribunal Constitucional	86
3. La aceleración procesal hacia el horizonte de sucesos	91
i. El régimen de las conformidades como ejercicio de normalización..	92
ii. La desvalorización del ejercicio de derechos fundamentales.....	93
iii. La perversión centenaria de la liturgia.....	99

iv. Las investigaciones prospectivas, las macrocausas y las burbujas judiciales.....	104
v. La <i>policialización</i> (o subcontratación) de las causas penales.....	108
vi. La confluencia de intereses en el sector público.....	110
IV. CONCLUSIONES	113
V. BIBLIOGRAFÍA	117
DISCURSO DE CONTESTACIÓN	127
Publicaciones de la Real Academia Europea de Doctores	157



⊗ II.- INTRODUCCIÓN

“El horizonte de sucesos es una superficie imaginaria de forma esférica que rodea a un agujero negro, en la cual la velocidad de escape necesaria para alejarse del mismo coincide con la velocidad de la luz. Por ello, ninguna cosa dentro de él, incluyendo los fotones, puede escapar debido a la atracción de un campo gravitatorio extremadamente intenso.

Las partículas del exterior que caen dentro de esta región nunca vuelven a salir, ya que para hacerlo necesitarían una velocidad de escape superior a la de la luz y, hasta el momento, la teoría indica que nada puede alcanzarla¹”

En las últimas décadas, la atenta mirada del observador jurídico ha ido perfilando la existencia de un *horizonte de sucesos* de la justicia penal: una zona imaginaria del sistema penal en su conjunto, del Universo penal, podríamos decir, compuesto por el derecho sustantivo, las normas procesales y la dinámica de actuación de Fiscales, Jueces y Tribunales, con la complicidad nacida de la renuncia de los Colegios profesionales y sus miembros, en la cual la velocidad de escape necesaria para alejarse del agujero negro que delimita coincide con el concepto mismo de Justicia penal. Por ello, nada que se acerque a él, incluyendo

¹ El horizonte de sucesos, como lugar en el que la intensidad gravitatoria provocada por el colapso de una estrella impediría escapar incluso a la luz, fue enunciado por **MICHELL, J.**, *Astronomical observations of the merging of two stars*, en Philosophical Transactions of the Royal Society of London, 1784. Casi doscientos años después, el concepto sería acuñado por **WHEELER, J.**, *Geons, Black Holes and Quantum Foam*, en “Review of Modern Physics”, 1967.

La descripción efectuada en el texto se corresponde con la reducción popular de Wikipedia. https://es.wikipedia.org/wiki/Horizonte_de_sucesos

obviamente al justiciable, puede escapar debido a la atracción de un campo de anti-garantías extremadamente intenso.

Todo lo que desde el exterior cae dentro de esta región nunca vuelve a salir, ya que para hacerlo necesitaría de una velocidad de escape equivalente al ideal mismo de Justicia penal. Hasta el momento, la comprobación empírica señala que nada puede aproximarse siquiera ya a dicho concepto.

Tal como sucede con el concepto físico el horizonte de sucesos del sistema penal es imaginario, pero con efectos reales producto de la observación empírica. Imaginario, porque no tiene una forma física determinada: el honor existe y como intangible que es, su representación gráfica responde a la imaginación y no puede negarse a Calderón de la Barca la habilidad para plasmar una perenne idea “calderoniana” de honor en el imaginario colectivo. También real, y continuando con el símil del honor, es fácil comprobar cómo su desarrollo conceptual ha generado en la comunidad jurídica el consenso intersubjetivo necesario sobre la importancia de la autoestima o la fama en las relaciones sociales².

Afirmo que determinados tipos penales, sometidos a determinadas normas procesales, ante determinados órganos jurisdiccionales en los que operan determinados agentes de policía y fiscalía precipitan un horizonte de sucesos de la justicia penal del que es, simplemente, imposible escapar.

Los principios de la física no son aplicables más allá del horizonte de sucesos³. La gravedad es tan inmensa, que los presu-

2 Sobre la importancia de los órdenes imaginarios en la comprensión de la historia de la humanidad, véase, **YUVAL HARARI, N.**, *Sapiens. De animales a dioses. Una breve historia de la humanidad*, 8ª ed., 2016, p. 153 y ss.

3 **HAWKING, S./MLODINOW, L.**, *Brevísima historia del tiempo*, traducción de David Jou, Ed. Crítica, Barcelona, 2ª edición, 2005, pp. 97 y ss.

puestos básicos de las leyes generales de la física no pueden operar allí. La ciencia se tiñe de ficción para especular qué podría suceder con la materia que traspasa la frontera del horizonte de sucesos; y así, películas como “Interstellar” se asesoran con físicos teóricos como Kip Thorne para teorizar lo que podría estar sucediendo en su interior⁴.

La física se encuentra mucho más avanzada que el Derecho, básicamente porque los atajos y las trampas no son posibles en un mundo de exactitud algebraico y aritmético⁵. Toda hipótesis debe ser objeto de desarrollo; toda teoría en desarrollo de una hipótesis, sometida a acreditación de pares; toda teoría acreditada debe ser, además, objeto de certificación empírica. Por esa razón, la física ya teoriza con lo que sucede una vez franqueado el horizonte de sucesos, aunque sea ayudándose, hoy, de la ficción. En el mundo de la Justicia penal, aún debemos teorizar las razones por las que existe un horizonte de sucesos y cuáles son los motivos de su creación.

Tomemos para ello la teorización del horizonte de sucesos de un agujero negro. Sabemos que más allá de esa frontera nada escapa ya a la gravedad cuasi infinita del agujero. Y sabemos cómo se forma un agujero negro, al menos cómo se forman algunos de los agujeros negros que llevamos décadas observando. La muerte de una estrella supermasiva, al agotar su combustible, genera una enana blanca, una estrella sin energía que comienza a sucumbir a su propia gravedad. La presión es de tal magnitud, que los espacios entre átomos son cada vez menores, formando así el menor objeto posible supermasivo, de tal potencia gravitatoria que curva el espacio tiempo a su alrededor,

4 THORNE, K., *The Science of interstellar*, New York Times Editions, 2014, *passim*.

5 Quizá por eso proclamaba Von KIRCHMAN el carácter acientífico del Derecho. Así, en su obra *La jurisprudencia no es ciencia*, 1949, *passim*.

absorbiendo todo lo que se acerca a ese momento gravitacional llamado horizonte de sucesos.

¿Cuál es la causa del colapso del sistema penal, qué lleva a la formación de un agujero negro en torno al cual se sitúa un horizonte de sucesos al que todo concepto dogmático, toda garantía de derechos y con ello, cualquier aproximación al concepto de justicia penal queda derogado? ¿Es algo que necesariamente será así, dada la naturaleza de las cosas o por el contrario es consecuencia de una determinada pulsión organizativa de nuestra comunidad o de determinadas comunidades?

No es una pregunta de fácil respuesta. En primer lugar, estoy dando por sentado la existencia de un lugar idéntico o similar al del horizonte de sucesos físico en torno a un agujero negro. Ello implica que, en lugar de una aproximación teórica al fenómeno que pueda ser luego empíricamente contrastada, el sistema de trabajo es el inverso: sostengo la existencia de ese horizonte de sucesos de la justicia penal con base en una observación empírica que debe ser después teorizada. Este es, pues, un trabajo de observación empírica y no de teorización, sin perjuicio de que me atreveré, como suelo hacerlo quizá más a menudo de lo deseable, a trazar algunas líneas básicas que pudieran explicar el fenómeno observado.

Lo cierto es que no son pocos quienes se han acercado a él.

El profesor Alejandro NIETO ha descrito descarnadamente la desilusión de la certeza que supone desnudar la leyenda de la justicia y el Derecho, sin necesidad aún de adentrarse en el ámbito de lo penal: *“Se trata, en definitiva, de poner de manifiesto que la Justicia y la Ley vividas tienen muy poco -quizás nada- que ver con lo que nos pintan la mayoría de los profesores, casi todos los jueces y los ministros y dignatarios sin excepción.*

Una indagación inevitablemente dolorosa, puesto que resulta muy amargo comprobar que estamos creyendo en dioses falsos y que vivimos rodeados de fantasmas que se esfuman dejando un cierto olor a incienso (o a azufre, según los casos) cuando les llega el sol de la sinceridad”⁶.

En el ámbito penal en nuestro país, la obra el Profesor Silva, formulaba hace unos años una brillante tesis sobre la deformación que en los últimos tiempos sufren las categorías dogmáticas, es decir, las estructuras sistemáticas de pensamiento tendentes a la seguridad jurídica⁷. El título de esta obra, evoca igualmente una teoría astrofísica -la expansión del Universo- impulsada por las observaciones de Edwin Powell Hubble, cuyo nombre recordamos hoy gracias al más famoso telescopio espacial de todos los tiempos.

Así como la expansión del Universo nada tiene que ver con la formación de agujeros negros y fronteras del espacio tiempo en sus aledaños, mucho me temo que la expansión del Derecho penal está íntimamente ligada a la deformación del concepto de Justicia penal en la que, como la deformación del espacio tiempo con los agujeros negros, deriva el colapso del sistema. Porque expansión, en el sistema penal, significa acumulación, superposición, ultraregulación, asfixia, hipertrofia... y colapso. La acentuación normativa penal, junto con la desfiguración de categorías son al sistema penal lo que la consumición del combustible nuclear a una estrella supermasiva: el germen de la hipergravedad que genera el colapso y la formación de un horizonte de sucesos más allá del cual nada escapa a la atracción.

6 NIETO, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 12 y 13

7 SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, 2011, *passim*.

Entre los indicadores del colapso que el Profesor Silva señalaba en la obra antes citada, los tres siguientes ocupan un lugar estratégico: (i) la pérdida de la causalidad natural como referencia en los procesos de imputación, incluso en los más fáciles, como los delitos de resultado. Nos conformamos con la teorización de reglas de probabilidad; (ii) la comisión por omisión, de clara vocación restrictiva por cuanto impone un único comportamiento posible o un ramillete limitado de posibles comportamientos lícitos, se extiende al ámbito económico, incluyendo estructuras imprudentes y de peligro (317 CP); (iii) difuminación de las categorías de autoría y participación ya en la propia descripción típica: tráfico de drogas y blanqueo como ejemplos.

A ellos podrían añadirse otros que se desarrollarán más adelante: a) creación de estructuras típicas desligadas de las exigencias clásicas del principio de taxatividad; b) aumento significativo de las penas; c) reformismo penal sucesivo; d) transposición literal de la normativa supranacional (directivas y tratados); e) cesión de soberanía penal en condiciones equivalentes a los de sistemas penales ajenos a nuestra tradición jurídica; y, f), un neopositivismo ajeno a las reglas dogmáticas que trata de someter a pena cualquier comportamiento que los medios de comunicación socialicen como inadecuado o merecedor de tutela.

Recuerda ROXIN cómo la famosa expresión de Franz von Listz: “*El Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal*”, materializaba tendencias contradictorias: “*En la política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación*”

del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviathan” del Estado”⁸.

La tensión entre el funcionalismo y el utilitarismo, por un lado, enderezados a alcanzar los fines de la política criminal⁹ y el garantismo¹⁰, estructuralmente pensado para limitar el poder del Estado en la persecución de los legítimos fines del Derecho penal se saldó a finales de los noventa con una clara imposición funcionalista que maximizaba los intereses de la política criminal.

En esa tensión¹¹, durante los primeros años ochenta y hasta mediados de los noventa, el garantismo llegó a ser una corriente jurídica de proporciones colosales, en el orden teórico. Se infiltró en los fundamentos del Derecho penal, cuestionando la prevención general, particularmente la positiva, como sistema para justificar adecuadamente la necesidad de pena al no garantizar suficientemente la vigencia constitucional del sistema de derechos y libertades y en concreto al no generar límites satisfactorios al *ius puniendi*; no, desde luego, límites basados en el sistema neopersonalista que dibuja el entramado constitucio-

8 **ROXIN, C.**, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 16.

9 Paradigmático de esta corriente, **JESCHECK, H.-H.**, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, en Santiago Mir Puig director y editor, “La Reforma del Derecho penal”, Bellaterra, 1980, pp. 9 y ss., apelando al prevencionismo como fórmula para articular las nuevas exigencias de la política criminal.

10 Sin duda, la referencia aquí, **FERRAJOLI, L.**, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, ed Laterza, Roma, 1989, passim.

11 Aunque al autor claramente se decantaba por el funcionalismo, pocas síntesis de esta tensión están tan bien expresadas como en la frase del Profesor **MIR PUIG, S.**, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 29: “*El ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede arruinar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero al mismo tiempo debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá de las meras garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos*”.

nal. En el centro de la diana, la difuminación del principio de culpabilidad desde el prevencionismo, necesitado de referencias psicosociales para conseguir un efecto estabilizador de la conciencia jurídica colectiva¹². A tal efecto, si el garantismo no fue una herramienta útil para explicar la necesidad del sistema penal, desde luego fue esencial en la crítica al retribucionismo y al funcionalismo puro.

Pero obsérvese que hay fuerzas en el universo penal que no pueden ser contrarrestadas. La sociología como herramienta de medición de las necesidades preventivas estaba condenada a ganar la batalla al garantismo desde el momento mismo en que los paquetes de información comenzaron a viajar por las redes bajo el protocolo de Internet. Podríamos decir que ese caldo de cultivo, la Sociedad de la Información, la globalización, consumió el combustible del sistema penal en que consistía el garantismo, si no como fundamento, sí como límite de dicho sistema. Y no olvidemos que una estrella supermasiva comienza su potencial colapso con el agotamiento de su combustible.

En ese caldo de cultivo creado por un proceso de homogeneización generalizada, de información inmediata que permite observar las exigencias del público más cercano y satisfacer las exigencias más primarias de la reacción inmediata, es decir, no suficientemente ponderada, comienza la reacción en cadena que ha conformado el actual agujero negro existente en el centro de nuestro sistema penal. Al igual que sucede con el existente en el centro de nuestra galaxia, o el recientemente

12 Así, claramente, **JESCHECK, H.-H.**, *Rasgos*, cit. p. 10: “*El derecho penal debe atender, pues, de forma especial, al fortalecimiento de esta conciencia jurídica fundamental. En otras palabras, la investigación de la cifra oscura pone también de manifiesto la necesidad de la prevención general*”.

fotografiado por vez primera en la historia de la astronomía¹³, deberíamos confiar en que su capacidad de absorción de materia es una amenaza para la galaxia pero no compromete su existencia a largo plazo, ni siquiera entendiendo ese largo plazo en términos astronómicos.

Alimentado el neoretribucionismo, prevencionista antes, populista ahora, por la lógica de la globalización que ha consumido cualquier idea de garantismo, ni siquiera como límite ya, la reacción en cadena no se hace esperar y el proceso de colapso gravitatorio y la génesis de su horizonte de sucesos no se hace esperar. Mi tesis es que el agujero negro es de naturaleza sustantiva, institucional y procesal. Y su horizonte de sucesos viene definido por la práctica forense, irremediabilmente unida a ambas tanto por imperativo legal como por tratarse de una consecuencia natural, fluida del colapso.

En este discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores quiero centrarme fundamentalmente en el horizonte de sucesos como lugar del cual nada escapa ya a la fuerza del nuevo neoretribucionismo. El neoretribucionismo es la consecuencia del agotamiento del garantismo como combustible del sistema penal. Está compuesto por una ingente actividad “legiferante” penal y procesal penal que desborda categorías y marcos punitivos generando un objeto supermasivo, el sistema penal, que atrapa toda la materia a su paso. El horizonte de sucesos se alcanza, como se ha advertido, a través de la práctica forense: una vez en ella, es imposible sustraerse a la succión garantista que en ella se produce. El Profesor Silva alertaba del fenómeno expansivo; el Profesor Fermín Morales ha alertado de las consecuencias del colapso del sistema: la vuelta a un sistema

13 El 10 de abril de 2019, la Nasa consiguió, en efecto, mostrar el aspecto fotográfico de un agujero negro. Puede verse en:
https://www.nasa.gov/mission_pages/chandra/news/black-hole-image-makes-history

penal medieval, ajeno al ser humano como centro de la controversia que debe ser resuelta e instalado en un institucionalismo carente de todo rastro de humanidad¹⁴.

A continuación se desarrollarán los elementos esenciales del colapso expansivo (el horizonte de sucesos) y sus consecuencias.



¹⁴ MORALES PRATS., F., *La utopía garantista del Derecho penal en la nueva "Edad Media"*, Real Academia Europea de Doctores, 2015, *passim*, sin perjuicio de las citas específicas que se efectuarán a lo largo del texto.

III. EL NEORETRIBUCIONISMO PENAL, INSTITUCIONAL Y PROCESAL PENAL COMO FUENTE DE ALIMENTACIÓN DEL COLAPSO DEL SISTEMA

“¿Hay unos tiempos propicios para las declaraciones de derechos?”, se interrogaba MARTÍN-RETORTILLO en la presentación de la enigmática Declaración de Derechos del Hombre anterior a las Cortes de Cádiz¹⁵. La Constitución española de 1978 seguramente aglutinó un conjunto de fuerzas de diversa índole, donde el consenso no fue la menor de ellas, como para reconocer un vasto elenco de derechos en el “rico Título I, suma de Derechos fundamentales a los que se dota de fuerza y de instrumentos para hacerlos efectivos”¹⁶.

Durante los siguientes diez, quizá quince años posteriores al reconocimiento de los derechos fundamentales de la Carta Magna, el desarrollo institucional y sustantivo de esos derechos fue excepcional, construyendo una idea garantista de la relación entre el individuo y el poder que superaba cualquier expectativa del liberalismo clásico.

Como se ha apuntado anteriormente, sin embargo, el garantismo inició una secuencia de colapso cuyas causas son proteicas:

15 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Presentación*, en “Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas republicanas y un discurso preliminar dirigido a los americanos”, Civitas, 2011 p.9. Se trata de un texto apócrifo con diversas plumas aspirantes a su atribución, confeccionado en cualquier caso con carácter previo incluso a la independencia de las últimas colonias españolas en centro y sur américa.

16 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Presentación*, cit., p. 10.

abuso de un concepto/idea aún en gestación, incompatibilidad con una sociedad cultivada en la disciplina y la polarización o, simplemente, como denuncia GIROUX, porque “*hay integrado en el sistema una especie de violencia orgánica que está destruyendo el planeta, toda noción de bien público y de democracia y que ya no se controla a sí misma mediante ideología, sino mediante el ascenso de un Estado castigador en el que todo está cada vez más criminalizado porque representa una amenaza para la élite financiera y para el control que esta ejerce sobre el país*”¹⁷.

No importa si el garantismo se agota o no se alimenta suficientemente¹⁸. Una lectura neopersonalista de la Carta Magna, exige una vuelta al garantismo y al antropocentrismo; una lectura cuyo eje dogmático radica en la declaración contenida en el artículo 10.1 CE, según el cual “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. La trascendencia del precepto reproducido, que podría explicarse ya desde un prisma historicista (como manifestación del deseo inapelable de retorno a un sistema de garantías sobre el desarrollo de los derechos y libertades individuales), puede aprehenderse en su completud no sólo en función de la configuración objetiva del concepto dignidad sino, además, de la ubicación sistemática en que se encuentra, como pórtico del catálogo de derechos y libertades fundamentales. Es decir, supone “*la positivación de una concepción que centra el sistema en torno a la supremacía de la persona y funcionaliza el orden político y social al servicio de una visión humanista, que sanciona el principio personalístico como eje vital de funcionamiento de los poderes públicos, de deter-*

17 **GIROUX, H.**, *The system has to be stopped: on State terror and collective rebellion*, entrevista disponible en: <https://thisishell.com/interviews/1179-henry-giroux>.

18 Sobre la posibilidad de recuperación del camino hacia la utopía garantista, **MORALES PRATS, F.**, *La utopía*, cit., pp.147 y ss.

minación de objetivos y de praxis social” o, lo que es lo mismo, “*la supeditación del Estado al individuo*”¹⁹. Con ello se pretende la localización del individuo, y del ejercicio de los derechos y libertades que posibilitan el libre desarrollo de la personalidad, en el centro del sistema jurídico, en torno a lo cual ha de pivotar el ejercicio del poder punitivo como instrumento de *tutela y garantía*. El modelo de Estado constituido en el artículo 1.1 CE, así como los valores superiores del ordenamiento en que se desenvuelven, adquieren entonces su fundamento en el conjunto normativo integrado en el artículo 10.1 del mismo texto²⁰.

19 **GARCÍA HERRERA, M. A.**, *Principios generales de tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*, en RFDUCM, monográfico nº 2, 1979, p. 101. La visión garantista del Estado social y democrático de Derecho instaurado en la Constitución, constituye hoy doctrina mayoritaria en sede constitucional, si bien con diferentes matices cuyo fundamento y repercusión dogmática no constituyen el objeto de este trabajo. En la dirección del texto, pueden verse, entre otros los trabajos de **GARCÍA HERRERA, M. A.**, *Estado democrático y libertad de expresión*, en RFDUCM, 1982, nº 64, p. 151; **LUCAS VERDÚ, P.**, *Constitución española*, 1979, pp. 39 y ss.; **EL MISMO**, *Los Títulos Preliminar y I de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, RFDUCM, monográfico nº 2, 1979, pp. 11 y ss.; **RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, J.**, *Comentario al artículo 10 de la Constitución*, en “Comentarios a las Leyes Políticas”, dir. Oscar Alzaga, Villaamil, 1984, pp. 100 y ss.; **SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.**, *La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos fundamentales*, en REDC, nº 32, 1991, pp.73 y ss.; **DE ESTEBAN J./GONZÁLEZ TREVIJANO P. J.**, *Curso de Derecho Constitucional español*, II, 1993, pp. 25 y ss.; lo mismo puede predicarse de otras disciplinas, en cuyo seno pueden consultarse las obras de **PECES BARBA, G.**, *Los valores superiores*, 1986, p. 85; **ROBLES MORCHÓN, G.**, *EL libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE)*, en VVAA “El libre desarrollo de la personalidad”, coordinado por Luis García San Miguel, 1995, p. 46.

Obsérvese que todas las citas aquí empleadas se refieren a pensadores coetáneos al pacto social. No es una elección caprichosa.

20 Vid, **PECES BARBA, G.**, *Los valores*, op. cit., p. 124, quien afirma que “*puede decirse, sin temor a error, que en el artículo 10.1 CE se encuentra la clave misma, el suelo axiológico, y por tanto, el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material (su parte dogmática)*”. No obstante, el autor endereza su tesis, al hilo de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional alemán, en una dirección de relaciones recíprocas entre sociedad e individuo cuya arquitectura, si bien matizada por la afirmación de sustantividad propia en el individuo al margen del proceso social en que se desarrolla, entiende incompatible con el perfil personalista defendido en el texto. En idéntico sentido puede consultarse, **BENDA, E.**, *Dignidad humana y derechos de la perso-*

La posibilidad de trasladar al ámbito penal el esquema de relaciones descrito, fundamentando (y por lo tanto limitando) el ejercicio del ius puniendi a través de una interpretación “*ciementada en una ideología personalista y garantista, que encuentra asiento en el principio de dignidad humana y en las garantías constitucionales que se enderezan a su salvaguarda*”, fue tempranamente advertida en nuestra doctrina por el Profesor Fermín MORALES²¹, como réplica a la expansión del modelo estático de Estado patrocinando desde sustentáculos preventivo generales. Consecuencia directa de esta cosmovisión será, como indicó VALLE MUÑIZ, que la actuación de los poderes públicos

nalidad, en VVAA, “Manual de Derecho Constitucional”, trad. de Ernesto López Pina, 1996, pp. 119/5 y ss. No obstante, la tesis de la interacción individuo-sociedad, como síntesis del desarrollo del primero en el seno de la colectividad con el necesario respeto a los mismos parámetros de garantía normativa que recubren a cada semejante, no debería suponer -a salvo la defensa del “*in dubio pro libertate*” realizada desde sectores próximos al individualismo garantista-, un distanciamiento excesivo entre ambas posiciones, siempre que la clave de bóveda del sistema, esto es, el individuo y su propia subjetividad como fin en sí mismo, no queden supeditados a la existencia de modelos de socialidad. En todo caso, la referencia al individuo mantenida incluso bajo la vigencia del Estado social, implica el reconocimiento no del exacerbamiento de la libertad individual, tópico del Estado liberal democrático, sino del intervencionismo estatal en sectores sociales como método de maximización de libertad y consiguiente plenitud de desarrollo de la personalidad (al respecto, **CARBONELL MATEU, J.C.**, *Breves reflexiones, sobre la tutela de los llamados intereses difusos*, en “Intereses difusos y Derecho Penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXXVI, 1994, p.16). Sobre ello, no obstante, cfr. **JAKOBS, G** *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, 1996, especialmente pp.31, 33 y 34, para quien la comunicación derivada del proceso de relación social constituiría el fundamento de la subjetividad y la existencia de sujetos libres.

21 Así se pronuncia ya en la primera edición de QUINTERO OLIVARES, G., *El problema penal y la idea de Derecho Penal mínimo* en Derecho Penal. Parte General, 1986, p. 109. En parecidos términos puede apreciarse también en su trabajo, *La tutela penal de la intimidación: privacy e informática*, Barcelona, 1986, pp. 97-98. También, **DEL MISMO**, *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, CPC, nº 36, 1988, pp. 293 y ss. Igualmente encaminado en esta línea, **VALLE MUÑIZ, J. M.**, *Relevancia jurídico penal de la eutanasia*, en CPC, nº 37, 1989, pp. 166 y ss. y **DEL MISMO**, *Fundamento alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*, ADPCP, II, 1992, p. 598-599, n. 91 También, **CARBONELL MATEU, J.C.**, *Breves op. cit.*, pp. 11 y ss.

debe ir encaminada, por tanto, a maximizar el valor de la libertad en el sistema social, esencialmente mediante el respeto y desarrollo de los derechos fundamentales del individuo, entendidos como dotación instrumental de la dignidad humana para alcanzar la finalidad de posibilitar el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano”,²² pudiéndose considerar entonces las condiciones del ejercicio de esas libertades, como bienes jurídicos susceptibles de garantía jurídica. Pues, como ha indicado CARBONELL, “*el paradigma todo lo que no está expresamente prohibido está permitido y se tiene derecho a hacerlo, consecuencia del principio de legalidad al que hace referencia el artículo 25.1 de la Constitución, ha de ser completado con el de “tan sólo puede prohibirse aquello que resulte trascendente para las libertades ajenas”*”²³, limitándose así al poder legislativo “*por la necesidad de que las normas penales supongan la mínima restricción posible de las libertades para asegurar dichas libertades*”²⁴

El injustamente denominado como “régimen” del 78 es una obra de ingeniería jurídico constitucional admirada en el paisaje del Derecho comparado. Una obra luego plasmada en un modelo que prioriza al ciudadano como eje del funcionamiento del sistema.

Ese modelo encuentra su lugar más destacado en la ecuación que agrupa al Estado, el poder punitivo entregado por el ciudadano en el pacto social, la llamada constitución negativa, es decir, el Código penal, las normas constitucionales que atribuyen

22 VALLE MUÑIZ, J.M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, 1994, p. 26. Subrayado en el original. V., también, VALLE MUÑIZ, J. M., *Fundamento*, cit.1992, p. 598-599, n. 91.

23 CARBONELL MATEU, J. C., *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*, en CPC, nº 45, 1992, p. 662.

24 CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª edición, 1996, pp. 82 y 192.

derechos procesales y las normas legales que articulan el proceso penal. Es decir, en el sistema de justicia penal, auténtico campo de pruebas del respeto institucional por los ciudadanos que han creado el entramado institucional mismo con su alianza.

Varios titanes del Derecho penal podrían dialogar aquí:

ROXIN se interrogaba en 1966 por el sentido y límites de la pena estatal: “¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?”²⁵.

Y, a tal efecto, recuerda HASSEMER, en qué se traduce lo anterior: “En Derecho penal no solo se trata de condenar a una persona a una pena o medida de seguridad, sino también de un “juicio social negativo”, que se expresa claramente en el estilo aparentemente paternal que utilizan los Tribunales de Justicia. En una condena penal se formulan importantes reproches normativos y se constatan infracciones culpables de intereses fundamentales que llamamos bienes jurídicos, como la vida, la salud, la libertad...”²⁶.

Por esa razón, recordaba GIMBERNAT que “el principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de si es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social.”²⁷

25 **ROXIN, C.**, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1976, p. 11.

26 **HASSEMER, W.**, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, trad. Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, ed. Tirant, Valencia, 2016, p. 104.

27 **GIMBERNAT ORDEIG, E.**, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, en *Estudios de Derecho penal*, ed. Civitas, Madrid, 1976, p. 69.

En definitiva, el sentido de la pena como mecanismo de control social, con el inmenso poder que conlleva, reclama necesariamente un centro de gravedad antropocéntrico. En palabras de STELLA: “*Se trata de asumir una decisión fundamental sobre el tipo de sociedad en la que pretendemos vivir. En particular, se trata de establecer si las dos posiciones extremas -por una parte el Estado vigilante, por otra, una sociedad libre hasta el punto de renunciar al Derecho penal- pueden ser orientadas a una suerte de compromiso*”.²⁸

Mas, el sistema de justicia penal continental, pero desde luego también el de nuestro país, ha visto diluidas gran parte de las categorías construidas durante décadas al abrigo del garantismo. Garantías que fueron cediendo al denominado Derecho penal del enemigo, que comenzó como una reacción frente a determinadas amenazas colectivas²⁹ y que ha acabado filtrando a los tipos penales comunes, relajando las categorías y creando una presión punitiva irrespirable³⁰. El Derecho penal y me atrevería a decir el sistema de justicia penal en su conjunto, ha cedido a la ultraexposición, se ha hecho permanente, perennemente presente y visible pues, como con precisión alerta HAN: “*lo invisible no existe, porque no engendra ningún valor de exposición, ninguna atención*”³¹. Quiebra así el equilibrio entre poder y ejercicio del poder “*que ha de poder considerarse autorizado por*

28 STELLA, F., *La giustizia e le ingiustizie*, ed. Il Mulino, Bologna, 2006, p. 224.

29 Puede verse una génesis de la “Diferenciación” a efectos de crear estructuras penales diversas en función del tipo de amenaza en STELLA, F., *La tutela penale de la società*, en VVAA “Diritto penale in trasformazione”, Giuffrè, a cura di Gioglio Marinucci y Emilio Dolcini, 1985, pp. 75 y ss., especialmente 81 y ss.

30 LÜDERSSEN, K., *Il declino del Diritto penale*, Milan, 2005, p. 104. “*El buen “viejo” Derecho penal ha dejado irresueltos todos los problemas que han llevado a la expansión del Derecho penal moderno*”.

31 BYUNG-CHUL HAN, *La sociedad de la transparencia*, traducción de Raúl Gabás, ed. Herder, Barcelona, 2103, p. 31.

*la norma jurídica como condición de dignidad de una convivencia social pacificada*³²”.

Veamos estas cuestiones diferenciando entre los elementos de aporte al colapso desde el Derecho sustantivo y adjetivo, respectivamente.

1. Aportaciones al colapso desde el Derecho penal sustantivo

Sin ánimo de exhaustividad, en el ámbito sustantivo pueden apreciarse los siguientes indicadores:

i. Aumento significativo de los marcos penales

El Código penal de 1995 ha sido sometido a una cincuentena de reformas en los últimos veintiocho años. Ninguna de ellas tenía como meta la supresión de tipos penales o la rebaja de las penas privativas de libertad asociadas a los existentes. En todos los casos, las reformas implicaban bien la introducción de supuestas nuevas modalidades delictivas no previstas en el orden penal, bien el aumento de los marcos penales.

Resulta verdaderamente descorazonador que las únicas rebajas penológicas que se conocen en los últimos años sean consecuencia no de una política criminal de corte preventivo especial (resocializador), o incluso preventivo general (ausencia de necesidad en abstracto de pena, o de esa dimensión de pena), sino producto de: (i) un error insoportable que perdurará en la historia del Derecho penal; (ii) una decisión estrictamente po-

32 JIMÉNEZ REDONDO, M., *Estudio preliminar*, en VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant, Valencia, 1996, p. 97.

lítica tendente a obtener los votos necesarios para la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado³³.

La primera de ellas, en efecto, ha tenido lugar con la aprobación mediante LO 10/2022, de 6 de septiembre, de protección integral de la libertad sexual. La unificación de tipos penales diversos (abuso y agresión) bajo una misma infracción penal ha creado un marco penal inferior para ambas categorías que es a su vez inferior al de las agresiones sexuales previas a la reforma, lo que obliga a la revisión de condenas previas a la entrada en vigor de la reforma. Esta cuestión, indeseada en la *mens legislatoris*, ha tratado de paliarse mediante el uso espurio de la Fiscalía General del Estado que, sin sorpresa, se alineó con el Gobierno, impulsor de la reforma, dictando el Decreto para la unificación de criterios de actuación tras la entrada en vigor de la LO 10/2022; “criterios de actuación” que coinciden con el deseo del Gobierno de que el inmenso error de confección de la norma pasara desapercibido. Ha sido el Tribunal Supremo quien a través de la **Sentencia 930/2022, de 30 de noviembre** ha cerrado el debate afirmando la retroactividad de la nueva norma como más favorable. Incluso esta garantía ha sido puesta en entredicho desde el ejecutivo con la única esperanza de salir de un error. El propio Gobierno informó de su intención de modificar la modificación, desconociendo con ello que la ley intermedia seguiría siendo aplicable si fuere más beneficiosa a todos aquellos que hubieran cometido el delito bajo su vigencia.

La segunda modificación penológica a la baja ha tenido lugar aún más recientemente, a través de la aprobación de la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Se reducen así las penas del delito de malversación aumentadas en 2015 como cénit de

33 *In extenso*, DE LAS HERAS, L., *Estado actual del derecho penal y la política criminal española*, Discurso de Ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, Colección RAED, 2023, pp. 75 y ss.

un conjunto de medidas tendentes a prevenir la corrupción institucional instalada en el funcionariado de los múltiples sistemas de gobierno ejecutivo de nuestro país. Así como en 2015 el aumento se hallaba en línea de continuidad político criminal con otros refuerzos del sistema de control en la gestión del dinero público, en 2022 la única razón de la rebaja no se debe a que el aumento resulte especialmente incisivo en el sistema de libertades y garantías constitucionales, sino que a dicha rebaja permitirá a un conjunto nominado de condenados por delitos de malversación recuperar el derecho de sufragio pasivo, lo que le garantizará al Gobierno los apoyos necesarios para la aprobación de otros proyectos legislativos de alto calado electoral.

Con estos impúdicos precedentes en mente, debe reiterarse que las reformas penales han servido para engrosar la factura penal de los delitos de la parte especial. Algunas de ellas de forma especialmente relevante.

a) la prisión permanente revisable como paradigma

La cadena perpetua es un actor conocido del sistema de penas, que ha estado presente también en no pocos de los proyectos de reforma que ha afrontado nuestro país³⁴. La legitimación de la pena privativa de mayor duración genera debates enconados que están sin duda enraizados en presupuestos ideológicos de partida. Pero a los efectos de lo que aquí nos trae, la pregunta es si es posible esa legitimación sin aproximar el sistema a su punto de colapso. El artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo en nuestro sistema la prisión permanente

³⁴ En **MORALES GARCÍA, O.** *Cuestiones sobre la constitucionalidad del cumplimiento íntegro de las penas en el Proyecto de nuevo Código penal*, en *Actualidad y Derecho*, Tomo I, 1993, p. D-195, ya me planteé la inconstitucionalidad de someter las penas a un cumplimiento íntegro que dejase sin efecto el mandato resolcializador.

revisable, una pena de duración incierta cuyo desarrollo final estaría ligado al comportamiento del penado³⁵.

35 El artículo 92 del Código penal, en relación con la prisión permanente revisable, dispone:

“1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo. b) Que se encuentre clasificado en tercer grado. c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos. El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91. El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas. Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada. 4. Extinguida la

Con la introducción de esta pena como exponente de severidad para los comportamientos más graves, el legislador realiza todo un viaje por las teorías de la pena clásicas, a mi juicio devastando a su paso el edificio de garantías constitucionales asociadas a los fines de la pena.

La prisión permanente revisable es, ante todo, una cadena perpetua, una posibilidad de encerrar perennemente a un sujeto, aunque con la posibilidad de suspender la ejecución de la pena (la permanencia) por períodos de tiempo determinados y siempre que se cumplan determinados requisitos. Un ejercicio de eclecticismo en la construcción de la pena a caballo entre las construcciones de Schmidhauser (teoría diferenciadora)³⁶ y de Roxin (teoría ecléctica de la unión)³⁷: una construcción preventivo general sometida al retribucionismo puro (prisión permanente), alejado de cualquier idea de proporcionalidad o de limitación con base en el principio de culpabilidad, atemperada después en el ciclo de ejecución de la pena sobre postulados preventivo-especiales.

Sobre esta última cuestión, el objetivo resocializador anejo a postulados preventivo-especiales supone una notable injerencia en la autonomía moral del delincuente. La reacción punitiva supone siempre una irrupción en la esfera de autonomía moral, es una consecuencia o un coste políticamente inevitable de la intervención penal. Mas, lo que se quiere destacar aquí es que el objetivo resocializador suscita especiales problemas

parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad.”

36 SCHMIDHAUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ED., Tübingen, 1975, pp. 53 y 61.

37 ROXIN, C., *Problemas*, cit. pp. 20-33.

en cuanto al mantenimiento de los límites al “*ius puniendi*”³⁸, que es de lo que trata este discurso. Se ha distinguido por ello, un programa “máximo” y “mínimo” de resocialización. Como ya subrayara GARCIA PABLOS³⁹, si se opta por un programa máximo se corre el peligro “...*de una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social, lo que choca con los principios de una sociedad pluralista*”, pues se persigue la consecución de un acatamiento interno de las normas. De optarse, en cambio, por un mero acatamiento externo (programa “mínimo”) de las normas, el programa resocializador se convierte en un objetivo inestable e ineficaz.

A lo anterior debe añadirse que el tratamiento preventivo-especial es sometido a críticas. La aceptación o colaboración del condenado en el programa se mueve en una contradicción irresoluble: si se erige en un presupuesto imprescindible, el objetivo resocializador se niega a sí mismo cuando el recluso rechace el tratamiento; si se prescinde de la colaboración del condenado, el tratamiento se convierte en una agresión a la libertad y dignidad del sujeto⁴⁰.

Tal es la dimensión del problema, que el Tribunal Constitucional se vio llamado a resolver la cuestión del encaje en nuestro sistema de garantías de esta medida. En la STC 169/2021⁴¹, el Tribunal de garantías establece que la prisión permanente revisable es constitucional siempre que se cumplan una serie de

38 Vid., ROXIN, C., *Problemas*, cit., pp.15-16; HAFFKE, *Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes*, en “*Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*”, 88 (1976), pp.640 y ss.

39 GARCIA-PABLOS, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, ADPCP, 1979, p.664.

40 Al respecto, ESER, A., *Resozialisierung im der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs*, en Peters - FS, 1974, pp.507 y ss.

41 <https://www.boe.es/boe/dias/2021/11/09/pdfs/BOE-A-2021-18372.pdf>

requisitos. En concreto, la resolución señala que la pena debe ser proporcional al delito cometido, debe respetar los derechos fundamentales del condenado y debe tener una finalidad resocializadora y de prevención de delitos.

Además, el Tribunal establece que la revisión periódica de la pena debe ser efectiva y no meramente formal, y que el juez debe valorar tanto la peligrosidad del condenado como su evolución personal y las posibilidades de reinserción.

En definitiva, la **STC 169/2021** confirma la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, pero establece una serie de requisitos y limitaciones para su aplicación, con el objetivo de garantizar que la pena cumpla con su finalidad resocializadora y de prevención de delitos, y que se respeten los derechos fundamentales del condenado.

Toda sociedad genera conflictos de proporciones severas y su resolución implicará el sacrificio de algunas de las esferas de libertad individual reconocidas en el pacto social suscrito en 1978. Es esa la esencia misma del sistema de solución. No existen derechos absolutos, ni siquiera la vida queda extra muros de la posibilidad de ser sometida a límites en su tutela, como sucede con los no pocas veces enconados debates sobre el aborto o la eutanasia, casi siempre enraizados en otros derechos reconocidos, como la libertad religiosa.

Sin embargo, es difícil sustraerse a la observación de que tanto la Sala Segunda del Tribunal Supremo como el propio Tribunal Constitucional han iniciado hace años ya una senda de convalidación de decisiones legislativas o de tribunales inferiores que desposeen al individuo de algunos de los atributos de libertad de los que viene constitucionalmente revestido y que

le confieren la condición normativa de dignidad, expulsando combustible garantista al exterior del sistema de justicia penal y precipitando con ello la gestación del horizonte de sucesos. Esta resolución a mi juicio es fruto del consenso político -que sin duda es legítimo situar en la base decisoria, pero jamás elevar a *ratio decidendi*- y no de una política criminal respetuosa con la posición del individuo en el centro del sistema.

La decisión del Alto Tribunal de salvaguardar la medida adoptada mediante la modificación del Código penal fía la razonabilidad de una suerte de cadena perpetua al correcto funcionamiento de su aplicación, en un doble sentido: a) que las evaluaciones sean materiales y no meramente formales; y b) a que no sea el mismo juez el que sentencia y después revisa. Nada, pues, nuevo bajo el sol en cuanto a la capacidad de esta medida de lesionar per se uno o varios derechos fundamentales; tan solo un par de recomendaciones sobre su correcta aplicación que obligan al justiciable a residenciar en la práctica forense, además, esta cuestión del correcto funcionamiento.

b) La elevación comparativa de penas en preceptos del Derecho penal económico

No son pocos los lugares del Derecho penal económico en los que puede apreciarse el incremento penológico:

- el delito fiscal cuya pena se incrementó con la reforma de 2012 hasta 6 años.
- los delitos de daños informáticos vieron incrementada su pena hasta los 8 años con la reforma de 2015.

- los delitos contra el mercado de valores pasan de un marco máximo de 2 años a un marco máximo de 6 años (reforma de febrero de 2019) para hechos idénticos.
- los delitos de malversación vieron la pena incrementada hasta 12 años con la reforma penal de 2015⁴².

ii. Creación de grupos de delitos extraordinariamente abiertos

Se trata de tipos aplicables a cualquier situación más allá de la delincuencia organizada. No se incluyen aquí los delitos tradicionalmente enmarcados en lo que se conoce como Derecho penal del enemigo, esto es, las estructuras típicas en las que sin tapujos se admite la necesidad de renunciar a los logros del Derecho penal liberal para combatir no ya las fechorías del ciudadano, sino a auténticos enemigos del Estado. No se hará referencia, pues, aquí, al delito de tráfico de drogas, que ocupa un 75% del repertorio de jurisprudencia y se aplica en un 95% a pequeños actos de tráfico que poco o nada tienen que ver con enemigos del Estado⁴³. Tampoco a los delitos de terrorismo ni a los delitos de organización y grupo criminal, a pesar del abuso policial y judicial en el endoso del delito de organización criminal a cualquier figura delictiva común con más de dos investigados.

Limitaré los ejemplos de esta categoría a los siguientes supuestos:

⁴² Véase el inicio de este epígrafe.

⁴³ Sobre el delito de tráfico de drogas, he dedicado una especial atención a la confusión entre autoría y participación, la degradación del principio de legalidad, la crítica a la punición de los actos preparatorios de los actos preparatorios, etc., desde 1996 hasta 2019, en **MORALES GARCÍA, O.**, *Comentario a los artículos 368 a 378 CP*, en *VVAA*, (José Manuel Valle y Fermín Morales, coordinadores -en las diversas ediciones-) “Comentarios al Código penal”, Ed. Aranzadi, en las sucesivas ediciones y actualizaciones durante ese período.

a) El delito de blanqueo

Sin duda el paradigma del arte expansivo del *ius puniendi*⁴⁴. Una apertura criminal que inundará los procesos penales, en la medida en que cualquier actividad delictiva, en cuanto generadora de cualquier beneficio mínimo, vendrá acompañada del delito de blanqueo de capitales. He aquí las razones.

- a) El delito de blanqueo de capitales no distingue delitos previos. El objeto al que se refiere el delito puede ser cualquier actividad delictiva previa. Este elemento del tipo penal es un exponente mayúsculo del intervencionismo a ultranza del Estado en las esferas de libertad ajena, imponiendo no ya normas prohibitivas, sino modos de comportamiento imperativos bajo la amenaza de la pena. En efecto, la normativa anterior al Código penal de 1995 conceptuaba como blanqueo los actos realizados sobre bienes procedentes de delitos de terrorismo y narcotráfico. La reforma penal de 1995 modificó esta referencia por la de “delitos graves”, que sería objeto de modificación, a su vez, en 2010, por la de “delitos”, que finalmente quedaría consignada con la reforma de 2015 en la referencia a “actividad delictiva”. La cuestión no es baladí, pues al tratarse de un elemento del delito debe ser objeto de prueba. Y, por supuesto, es más fácil probar que determinados activos están vinculados a “actividades delictivas”, concepto normativo y abierto de naturaleza expansiva que tener que circunscribirse a delitos de terrorismo, debiendo probar que el sujeto activo del blanqueo conocía con cierta exactitud que los activos manejados procedían de la comisión específica de un delito de esa naturaleza.

⁴⁴ Alerta del expansionismo de este conjunto de preceptos, **MORALES PRATS, F.**, *La utopía*, cit., p. 108.

Nótese que, con esta forma de abrir el tipo penal se imponen deberes imperativos bajo la amenaza de la pena, condicionando por completo el modelo de negocios permitidos en la sociedad. Pues, al cohabitar la imprudencia con la modalidad dolosa, resulta que la representación previa que debe efectuar el ciudadano sobre la potencial vinculación de los bienes sobre los que actúa con alguna “actividad delictiva”, el número de acciones permitidas alternativas a la prohibida se reduce considerablemente.

- b) todo comportamiento de tentativa o consumación o encubrimiento, cae en el tipo como si fuera consumación: “adquiera, convierta, posea, transmita, oculte...”. La adquisición y la posición son actos preparatorios de la operativa del blanqueo; la conversión y transmisión, en cambio, actos materiales de blanqueo; la ocultación por último, es una modalidad de actuación post consumativa. Es decir, el legislador hace tabla rasa de todos los comportamientos para “normalizarlos” bajo una idéntica modalidad delictiva con identidad también de sanción penal, sin importar la diferente aportación material, todo ello a fin de no sacrificar la eficiencia en el arte de prohibir y castigar. La unificación de criterios jurídico penales creados para la diferenciación (precisamente sobre la creencia de que lo desigual debe ser desigualmente tratado) que hace tabla rasa de la pena que deberá imponerse con independencia de la intensidad de la aportación es una manifestación más de cómo el legislador opera en el sistema penal sin contemplar garantía alguna, haciendo cada vez más pesado el sistema, más difícil escapar de la sinrazón de la ultrapunición.
- c) la imprudencia grave es igualmente punible. Y no solo punible sino, como se advertía en la letra a) anterior, generadora de obligaciones de verificación del contexto en el que se lleva

a cabo el negocio de amplio alcance expansivo. El Tribunal Supremo no tiene dudas al respecto: “*En el estándar que determina la ideal figura del ciudadano medio, **resulta de general conocimiento** que la repetida y periódica imposición de ingresos en una cuenta bancaria, sin justificación o fundamento alguno, para, seguidamente, disponerse de dichos fondos a través de sucesivos reintegros en metálico, carentes también de cualquier fundamento económico justificable, pudiera estar comportando, como aquí sucedió, un proceso de regularización aparente o incorporación censurable al circuito financiero de fondos procedentes de actividades delictivas*”⁴⁵. Un deber general de conocimiento de que ciertas cosas, si no están muy claras para todos los espectadores, quizá es porque son delictivas.

- d) cabe el autoblanqueo. El legislador carece de filtros dogmáticos y su interés coyuntural difícilmente se verá perjudicado por la existencia de criterios hermenéuticos limitadores del poder. La constatación de que determinados hechos podrían no pocas veces aparecer inexcusablemente juntos llevó históricamente a la conclusión de que no debían penarse ambos son pena de incurrir en la prohibición de doble valoración y castigo⁴⁶. La teoría general del concurso de normas, de la que nació un ramillete de principios con cobertura legislativa en el artículo 8 del Código penal impediría sancionar a quien comete un delito y trata de sacar provecho del mismo por ambas cosas, pues una de ellas, el provecho del delito, es por lo general consustancial al mismo y siempre cuando se trata de delitos económicos. *Id quod plerumque accidit* no es, decíamos, límite alguno al legislador en esta materia. Aun cuando lo que (*id quod*)

45 STS 158/2023, de 8 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

46 Véase GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, en especial, pp. 384 y ss.

acaece (*accidit*) frecuentemente (*plerumque*) con la realización de un delito es su aprovechamiento y en tal caso la norma es la consunción en el delito primigenio, el legislador ha encontrado la manera de burlar ese principio, que no es otra que la tipificación expresa de la excepción, como si pudiera realmente entenderse que tal excepción es legítima por el mero hecho de tipificarla. Se trata de extender la criminalización de determinados actos sin contar con más barrera que el propio designio legislativo. Con la connivencia de los Tribunales, que operando con un sexto sentido de la justicia, convalidan el atropello dogmático sin excesivos miramientos, seguramente más centrados en evitar la crítica social que en contribuir a consolidar un modelo jurídico penal antropocéntrico⁴⁷.

Tan necesarias, hoy, las palabras de TOCQUEVILLE: *“Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista, es también de la esencia de ese poder si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella. Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del sobreaño se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí*

47 Es significativo el modo en que la **STS 165/2016, de 2 de marzo** (ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro): *“el legislador ha decidido que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva realizado por el propio autor de la defraudación, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente también penado, debe sin embargo sancionarse autónomamente...”*. Y como lo ha decidido el legislador, parece que ello alcanza la categoría de argumento. El Tribunal parece conformarse con una función descriptiva en lugar de fiscalizadora.

mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes”.⁴⁸

- e) No es necesaria la condena por delito previo ni tampoco una acreditación exhaustiva de éste en el procedimiento por blanqueo. A ello ha contribuido, sin duda, la relajación del “delito previo” anteriormente anunciada. Si el legislador relaja las exigencias del delito de blanqueo para poder condenar en un mayor número de casos a través del aumento de supuestos de delito precedente, la jurisprudencia acabará relajando los mecanismos probatorios de ese delito previo. ¿Hasta dónde debe probarse el término “actividad delictiva” del actual delito de blanqueo? ¿Cuál es el *burden proof* del concepto “actividad delictiva”?
- f) Es punible el blanqueo procedente de delitos cometidos en el extranjero y la VI Directiva de blanqueo propone la supresión del principio de doble incriminación para un conjunto elevado de casos. La ampliación típica del delito de blanqueo, sustituyendo el concepto “delito previo” por actividad delictiva y relajando las necesidades de prueba de dicho elemento del tipo facilitan un paso más hacia la ultrapunición de comportamientos relacionados con el manejo de activos patrimoniales. La actividad delictiva no tiene por qué serlo en nuestro país, sino que podría serlo en cualquier otra parte del mundo, multiplicando las obligaciones del ciudadano de conocer las reglas de comportamiento del planeta en su conjunto, para evitar realizar operaciones con bienes patrimoniales que en cualquier punto del planeta pudieran haberse relacionado con alguna actividad delictiva, aun cuando dicha actividad no fuere considerada como tal en nuestro país.

⁴⁸ TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, 1951, p. 331. Citado por GARCÍA DE ENTTERÍA, E., *La lucha*, cit., pp. 98 y 99.

- g) El delito de blanqueo prácticamente convierte en imprescriptibles los delitos previos, pues el concepto “actividad delictiva” no tiene por qué corresponderse con el de “delito” y mucho menos con la especificación de un concreto delito.
- h) Como en el tráfico de drogas, la participación criminal es punible, así como los actos preparatorios, lo que supone la punición de los actos preparatorios de los actos preparatorios.
- i) Las penas del blanqueo llegan a los 6 años de prisión, lo que implica períodos de prescripción de 10 años. A ello debe sumarse el desvalor proyectable sobre cualquier ciudadano (no enemigo del Estado, sino simple ciudadano) que se proyectará en caso de ser investigado bajo la categoría blanqueo de capitales: el nuevo mantra del *compliance* donde todos deben parecer honrados generará rechazos en entidades bancarias, proveedores, contratistas, etc.

c) Las insolvencias punibles

La reforma de 2015 introdujo un nuevo artículo 259 en el Código penal cuya finalidad no sería otra que la tutela de los acreedores en hipótesis de crisis empresarial. Si la sociedad se encuentra en una situación de tensión económica grave, es decir, de insolvencia actual o inminente, deberá abstenerse de realizar un conjunto de operaciones conocidas en el tráfico jurídico cuyos resultados suelen agravar la crisis o servir, simplemente, para evitar destinar los activos al pago de deudas.

Lejos de crear una tutela penal autónoma, el legislador quebró el principio de subsidiariedad, generando una previsión normativa penal prácticamente idéntica a la de la Ley concursal vigente en aquél momento, lo que significa, pura y simplemente, la criminalización de actos de pura supervivencia económica.

El artículo 259 cierra con una de las confusiones dogmáticas más inquietantes de los últimos tiempos: la comisión dolosa de un delito imprudente.

El número 9º del artículo 259.1 CP castiga a quien: *“Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”*.

La infracción del deber de diligencia es la esencia de la contravención normativa imprudente. Pero el artículo 259.1.9º CP es un delito doloso. Por lo tanto, debe cometerse dolosamente una infracción del deber de diligencia. O lo que es lo mismo, se deber ser deliberadamente descuidado, si es que semejante oxímoron es posible. Se trata, de nuevo, de abrir al máximo tipos penales cuya defensa por el justiciable será, simplemente, imposible. Una utilización del Derecho penal para la resolución de problemas típicos del orden civil (tan cierto es, que se han copiado literalmente de aquella rama del ordenamiento los elementos de lesión del bien jurídico) implica una saturación del orden penal en detrimento de otros sistemas jurídicos. La saturación es sinónimo de colapso, de ultragravedad carente de garantías, de sumidero de cuyo horizonte de sucesos se hace imposible sustraerse.

iii. Ampliación desmesurada de los delitos de peligro, alcanzando incluso la imprudencia en algunos casos (artículo 317 CP)

La construcción de delitos de peligro es una fórmula de adelantamiento de la intervención penal. El legislador se anticipa al desastre para el bien jurídico sancionando conductas idóneas para lesionarlo, con independencia de si lo hacen o no. En esa

vía amplificativa del sistema penal existen diversos grados de pecado: los más graves, el peligro abstracto, aquél que no requiere una relación concreta con el bien jurídico sino un análisis de idoneidad genérico; y los veniales, es decir, los de peligro concreto, que al menos referencian el comportamiento a un concreto bien jurídico que además debe individualizarse en el caso concreto.

La situación se complica cuando el delito de peligro puede ser cometido imprudentemente. La imprudencia sin resultado material es el equivalente de la sanción penal del azar. Un puro desvalor de intención: la norma de cuidado se infringe sin que nada suceda, pero la mera infracción de esa norma es en sí misma suficiente para la punición. La regla de que la imprudencia debía venir siempre seguida de un resultado lesivo para ser objeto de atención del legislador penal se rompe en el delito contra el derecho de los trabajadores, donde el legislador ya había efectuado un esfuerzo por soslayar todas las garantías penales conocidas. El artículo 316 había creado un delito doloso omisivo de peligro, lo que en sí mismo ya es significativamente expansivo: no hace falta un resultado material lesivo para el bien jurídico pero, además, el legislador obliga al sujeto activo a la realización de una concreta conducta (la que prohíbe omitir), cercenando así todas sus opciones de libertad, pues cualquier otro comportamiento entrará de lleno en la prohibición de omisión. Pues bien, a ello debe sumarse ahora la introducción de una omisión imprudente de peligro en el precepto siguiente, el artículo 317 CP. La omisión de un comportamiento específico por simple ignorancia de los deberes de cuidado que no genera un resultado pero podría generarlo será constitutiva de delito. Para un penalista esta es una cuestión de análisis crítico. Para el ciudadano sujeto a responsabilidad penal, en este caso cualquiera de los trabajadores de cualquier empresa que en un determinado momento pasen por alto una determinada medi-

da de seguridad que podría resultar idónea para la evitación de peligros (no de resultados lesivos) puede resultar enigmático que el poder punitivo del Estado se dirija contra él. Pues, lo que ha sucedido, desde un punto de vista social, es nada: el empleado o el empresario no hicieron nada (omitieron) y no pasó nada (no se produjo resultado alguno naturalístico), pero el Estado se dirige contra ellos como autores criminalmente responsables de un delito.

iv. Deformación de los principales ingredientes del principio de legalidad

En su magnífica obra *Introducción al Derecho*, el Profesor Latorre recordaba los elementos básicos del Derecho penal liberal: “*El ciudadano debe estar lo más protegido posible contra todo riesgo de arbitrariedad en este campo. Ha de saber exactamente qué hechos son o no delitos y qué pena llevan aparejados. Rige en este sentido un conjunto de dogmas riguroso: no es delito más que el hecho definido como tal antes de que se haya cometido, y esa definición ha de ser lo bastante precisa para dar una clara idea de su contenido (principio de tipicidad, y de irretroactividad: nullum crimen sine praevia lege penale)*”⁴⁹.

FERRERES ilustra bellísimamente la importancia del principio de legalidad, en concreto de la exigencia de taxatividad en la introducción de su obra sobre la perspectiva constitucional del principio de legalidad: “*Según cuenta JENOFONTE en sus “Recuerdos Socráticos”, cuando se instauró en Atenas la dictadura de los Treinta Tiranos, Sócrates fue llamado a comparecer ante Critias y Caricles, encargados de redactar las leyes del nuevo Régimen. Éstos le mostraron el texto de una ley que prohibía la enseñanza de*

49 LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 5ª ed., 1989, pp. 170-171.

la palabra (techne logon), y en virtud de esa ley le prohibieron que conversara con los jóvenes. “Para que yo vea con seguridad” dijo Sócrates a Caricles, “si me aparto de lo que me es prescrito, indícame hasta qué edad los hombres están en juventud”. “Lo están”, respondió Caricles “mientras no les es permitido entrar en el senado por no haber conseguido aún los conocimientos indispensables”. “Por consiguiente”, añadió, “no hables a los jóvenes de menos de treinta años”. Lo que Sócrates reprochaba a la prohibición inicial de los tiranos era que no estaba formulada con suficiente precisión,⁵⁰ concluye Ferreres.

Tal es la importancia del principio de legalidad y de los elementos que lo componen en nuestra traducción jurídica⁵¹. La determinación precisa de lo prohibido bajo coacción penal deviene una conquista contra la arbitrariedad⁵² que debe ser preservada con rigurosidad.

No son pocos, sin embargo, los subterfugios empleados por el legislador para eludir la prohibición de indeterminación en la creación de normas, que acentúa la velocidad de escape hacia el horizonte de sucesos. Veamos algunos casos:

(i) Sustitución de la prohibición de analogía inherente al principio de legalidad por la tipificación de la analogía. Es, a mi juicio, uno de los más brillantes mecanismos de reafirmación del poder, quizá por el descaro que conlleva. Entre los principios hermenéuticos incontestables en la comunidad jurídica, la prohibición de analogía en la interpretación penal ocupa un lugar

50 **FERRERES COMELLA, V.**, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p. 13.

51 Sobre la manera diferente de articular mandatos y prohibiciones en el sistema anglosajón, véase **FERRERES COMELLA, V.**, *El principio*, cit., pp. 207 y ss.

52 **LATORRE, A.**, *Introducción*, cit., p. 170.

sin duda destacado. No es posible, conforme a ello, tratar de interpretar por aproximación. Así, por seguir con el ejemplo de la prohibición tiránica, no podría decirse que a Sócrates le fuera prohibida la enseñanza del arte de la escritura, por su similitud con el arte de la palabra, pues escritura y palabra podrán tener semejanzas, pero son fenómenos distintos. El mejor modo de eludir esa prohibición consensuada sin fisuras es introducir la analogía en la propia descripción de la prohibición. Así, lo que se prohíbe es algo indeterminado, desconocido, pero autorizado por hallarse en la descripción típica. Se prohíbe a Sócrates, en definitiva, enseñar la palabra “y otras cosas parecidas” y que obviamente no sean la palabra.

Un ejemplo extraordinario lo encontramos en un tipo de aplicación constante: la estafa informática. Dadas las dificultades para determinar lo que es una manipulación informática, dependiente sin duda de la evolución tecnológica, para evitar que determinados comportamientos que quizá ni cumplan los criterios de consenso a los que pudiera llegar la comunidad jurídica sobre esa cuestión (sobre lo que es una manipulación informática), el legislador se asegura el tiro añadiendo un “o artificio semejante”. Sin esa cláusula, tratar de sancionar penalmente un artificio semejante a una manipulación informática como estafa del artículo 248.2 CP devendría un mecanismo proscrito por consenso intersubjetivo de la comunidad jurídica: no es posible la interpretación analógica. Pero si incorporamos la interpretación analógica como parte del tipo penal, pasará a formar parte del principio de legalidad. Es, simplemente, brillante.

A ello podrá aducirse, rápidamente, que semejante técnica incumpliría el mandato de determinación. Pues, ¿qué es un artificio? Y lo que es más importante, ¿cómo establecemos los mecanismos de determinación de la semejanza? De manera que lo que entra por la ventana debería ser, de nuevo, expulsado por

la puerta. Pero lo cierto es que este precepto es de constante aplicación desde su incorporación en 2003 al sistema punitivo. Y no ha habido un solo Tribunal que haya puesto en cuestión la razonabilidad del mecanismo legislativo empleado para maximizar la prohibición e impedir al justiciable, a la postre, su propia defensa. Pues un artificio semejante a una manipulación informática será lo que un Tribunal determine después del delito. Pero nunca con carácter previo a su comisión, pues definir lo que ese concepto signifique será de competencia exclusiva del Tribunal⁵³.

(ii) Utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la construcción de la sistemática de determinados delitos.

Piénsese en la regulación de los delitos de daños informáticos. El legislador se enfrenta a la tarea de resolver qué comportamientos deben ser objeto de punición. Aunque este ejemplo podría perfectamente caer bajo el ordinal (iii) que se acometerá a continuación, lo cierto es que se trata de un supuesto paradigmático de la relajación del mandato de certeza.

Ante el desconcierto del legislador sobre lo que debe ser objeto de sanción, se opta por la incorporación de una cláusula común a todos los tipos, básico y agravados, cuál es el de la gravedad. El delito solo nacerá si el comportamiento típico es grave. Y la pena irá aumentando en función del aumento cuantitativo de esa gravedad. Así, el artículo 264 castiga a quien “de modo gra-

53 El Prof. MUÑOZ CONDE, F., en la Introducción a la obra de ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972, p. 11, alertaba ya de este mismo problema, relacionado con los denominados *pflichdelikte* o delitos de infracción de deber. Decía el profesor de Sevilla que: “*un tal procedimiento* (scil. el de los delitos de infracción de deber), *encierra el peligro de que se atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente nullum crimen sine lege. Pues si estos deberes sociales, que sirven de base a este grupo de delitos, no están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez o el intérprete a su libre arbitrio por medio de la investigación libre del Derecho*”.

ve, borrase, dañase”, datos informáticos, siempre y “cuando el resultado causado fuese grave”. Dañar datos informáticos solo es delito si la acción de dañado es grave y si el resultado de dañado es igualmente grave. La circunstancia segunda del mismo artículo 264 en su apartado 2, aumenta la pena hasta la mitad superior cuando el delito, cuya acción y resultado, recordemos, deben ser graves, hubiera causado daños de especial gravedad. Y la circunstancia quinta del artículo 264.2 aumenta la pena hasta el grado superior para aquellos casos en que el delito de daños hubiere causado daños de extrema gravedad.

La acción de borrado deberá ser grave y causar un daño grave de borrado. La pena podrá aumentarse si los daños son de especial gravedad y se agravará aún más si son de extrema gravedad⁵⁴. ¿es posible para un ciudadano medio poder discernir antes de la comisión del delito, la pena que enfrentará por un delito de daños? ¿No es, en todo caso, esta técnica legislativa, un catalizador del horizonte de sucesos, en la medida en que no existe defensa frente a una decisión sobre lo que está o no prohibido, que siempre será post delictual?

(iii) Abuso de la literalidad en la trasposición de directivas y normas derivadas de la ratificación de tratados internacionales, que impiden o dificultan severamente la comprensión de la norma. Frente a la belleza del homicidio, que en apenas cinco palabras (*el que matare a otro*) ha generado los más formidables debates jurídico penales, otros preceptos se enredan en la ultra-precisión pretendida por las directivas a fin de evitar sanciones por una incorrecta trasposición. Léase el contenido del artí-

54 Tuve ocasión de formular crítica sobre esta cuestión en **MORALES GARCÍA, O.**, *Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas*, en VVAA “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios”, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp-189 y 190.

culo 286 CP como paradigma de lo aquí descrito⁵⁵; pero, sin duda, el actual redactado de los delitos contra el mercado de valores, artículos 284 y 285 CP engrosan esa lista. Allí donde un único precepto condensaba la prohibición, haciéndola accesible, comprensible y, por lo tanto, injustificada la violación, emergen *bises, ters, quaters, quinquies*, multitud de numerales subdividiendo los tipos, etc., siempre como consecuencia del literalismo en la transposición.

v. Incorporación como núcleo de desvalor en las descripciones típicas de las estrategias de defensa forense

A medida que algunas soluciones doctrinales se han abierto paso en favor del individuo en relación con determinadas figuras delictivas, el legislador ha tomado nota saliendo al paso mediante reformas penales que atajaban las ventajas conseguidas con la razón. Dos ejemplos de esta corriente en un mismo delito, las infracciones contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

(i) A finales de los años noventa el derecho de la Administración tributaria para reclamar las deudas al administrado se redujo a cuatro años. Una reducción que provocó un colosal debate doctrinal sobre una concreta cuestión que el legislador pasó por alto: si el delito fiscal prescribe a los cinco años y durante ese

55 Artículo 286 CP

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:

1.º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

2.º La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1.º

tiempo es legalmente posible la regularización fiscal con efectos de exoneración de la responsabilidad criminal, ¿qué sucede si se regulariza durante el quinto año, cuando lo que ha prescrito es el derecho de la administración a reclamar las deudas?

Por supuesto, el divorcio entre doctrina y jurisprudencia fue inmediato. Desde la academia y el foro, todas las soluciones pasaban por afirmar que era posible regularizar sin pago (algo admitido en la Ley que regula el Impuesto sobre la renta de las personas físicas) durante el quinto año, lo que llevaría a la inexcusable conclusión de que, no pagar después la deuda regularizada no podría ser objeto de persecución, ni siquiera administrativa, pues el derecho de la Administración a exigir deudas ya habría prescrito al cuarto año.

Desde la jurisprudencia, todas las soluciones condenatorias, por mucho que ignorasen los más básicos postulados de la hermenéutica, fueron posibles, afirmándose abiertamente que no es posible en vía penal la regularización sin pago, a pesar de estar prevista en la regulación positiva.

Pues bien, el legislador tardó, pero finalmente incorporó un párrafo nuevo en el ámbito de la regularización donde las tesis de defensa que pudieran haberse esgrimido desde la lógica interpretativa quedaban hechas cenizas: *“Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa”*.

(ii) En este mismo orden de infracciones, una de las cartas de mayor poder para el administrado en un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública consistía en la posibilidad de jugar con la cuota tributaria como elemento de negociación. Hasta que llegase el momento de negociar,

el obligado tributario y justiciable en el proceso penal conservaba en su ámbito de dominio el importe de lo reclamado (penalmente) por Hacienda. Pues el proceso administrativo quedaba suspendido por el penal y en éste debía dirimirse la cuestión del *quantum*. Durante un tiempo no despreciable, el justiciable podía llegar a esgrimir sus argumentos en vía penal sin el perjuicio de que la Hacienda Pública ya hubiera ejecutado el cobro de la deuda. Pues ello, como se verá en epígrafes subsiguientes, generaría una atmósfera irremediable de culpabilidad. Al corriente de la situación, pues la Agencia Tributaria es parte del ejecutivo y el ejecutivo parte del legislativo, el legislador español no tuvo reparos en ayudar a las acusaciones (privadas, en este caso, pues la AEAT ejerce la acusación particular en los procesos por delito contra la Hacienda Pública, como cualquier otro agraviado por un hecho), modificando el Código penal y arruinando la cosecha de la defensa: “*La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro...*”.

vi. Perversión del concepto, naturaleza y función de las penas y anticipación de éstas

El comiso del artículo 127 ter cuando no ha recaído sentencia es un claro ejemplo de anticipación del juicio de culpabilidad. La imposición de una medida accesoria idéntica a una pena y derivada de un hecho constitutivo de infracción penal no enjuiciado es un claro ejemplo.

vii. Supresión de la prejudicialidad penal

El poder del Estado muestra toda su dimensión en el ámbito recaudatorio. Los recursos que el poder ejecutivo requiere para

la realización del interés general adquieren tal protagonismo en el ámbito jurídico penal que el legislador no ha dudado en desplazar de nuevo el centro de gravedad desde el individuo hacia el Estado, suprimiendo en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social la prejudicialidad penal (artículos 305.5, párrafo tercero; 307.4; 307 ter.4; y 308.7, todos ellos del Código penal).

“La existencia del procedimiento por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciarse que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.”

El párrafo anterior, con las especificidades correspondientes, se reproduce en los delitos de fraude de subvenciones y contra la Seguridad Social. Se habilita expresamente la posibilidad de que la Administración tributaria continúe con el procedimiento administrativo y, en particular, con la exacción de la cuantía reclamada por el organismo de gestión tributaria. La cuestión no es baladí, por su impacto en el principio de presunción de inocencia, pero también en la prohibición de bis in idem.

La presunción de inocencia, en primer lugar, se desvanece si se tiene en cuenta que, al tiempo en que el investigado defiende su posición en un proceso penal donde la cuestión de la cuantía de lo defraudado deviene esencial, en vía administrativa el organismo de recaudación continuará como una apisonadora el proceso de exacción, enviando al Juzgado de Instrucción un mensaje al que difícilmente podrá sustraerse el instructor: esta

es la cuota que no se discute ya en vía administrativa porque está siendo objeto de exacción, lo que lleva a una quasi presunción fáctica contraria al reo y, en consecuencia también, a la presunción de inocencia.

Lo mismo puede decirse, en segundo término, en relación con el *bis in idem*. Si el proceso penal es el lugar en el que prioritariamente deben fijarse los hechos en hipótesis de doble subsunción potencial, penal y administrativa, que la vía administrativa continúe en la exacción fijando hechos posiblemente contrarios a los que pudiera fijar muchos años después la jurisdicción penal obligaría a un recurso de revisión en vía administrativa. Es decir, a una nueva lucha del administrado contra las inmunidades del poder⁵⁶, pues precisamente la prejudicialidad evita la duplicidad de pronunciamientos sobre idéntico hecho, sujeto y fundamento.

viii. Incorporación de un nuevo sujeto del proceso penal: la persona jurídica

Uno de los actos de mayor intensidad gravitatoria conocidos en la última década es la incorporación de las personas jurídicas como sujeto del proceso penal. De responsables civiles a potenciales responsables criminales. En 2010, fecha de su incorporación al ordenamiento jurídico penal español, rompiendo todas las garantías inherentes al principio de culpabilidad, mediante la idea de transferencia de la responsabilidad penal de la persona física que actuara en su beneficio. Desde la reforma operada en 2015, abundando en la idea de autoresponsabilidad y defecto de organización como fundamento de la punición de este sujeto, lo que en absoluto respeta las garantías del hecho propio, pues siempre será necesaria la actuación de un tercero

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha*, cit., passim.

en nombre y representación de la entequeia a la que llamamos “persona jurídica”.

Y, obviamente, con sucesivas reformas penales tendentes a la amplificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En efecto, prevista esta para los supuestos en que los directivos o empleados sobre los que no se hubiera ejercido el debido control cometieren delitos en beneficio de la empresa, siendo los delitos limitados a un *numerus clausus*, ese número ha ido en aumento exponencial en cada reforma, hasta proyectarse ya sobre el acoso sexual o, recientemente y por reforma operada por Ley Orgánica 3/2023, sobre el maltrato animal. O lo que es lo mismo, ha evolucionado hasta tal extremo que ya se legisla realizando un uso simbólico del Derecho penal en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

En cualquier caso, se trata de un ejercicio expansivo del *ius puniendi*, en el que el poder del Estado frente a la libre organización empresarial se impone sin paliativos. Se trata de la imposición de la ética a través de normas penales. En efecto, mediante la imposición de la obligación de poseer modelos de cumplimiento normativo que prevengan la comisión de delitos en el seno de las empresas, se asentará la idea de que tales modelos solo podrán sobrevivir si se inspiran en códigos éticos que impregnen cada una de las acciones de la compañía llevadas a cabo a través de cada uno de sus directivos o empleados.

La incorporación de la responsabilidad de la persona jurídica en el sistema penal ha dotado al proceso penal de una masa tendente a infinito. Si el colapso del sistema era evidente con la masa generada con la responsabilidad penal de los ciudadanos (y enemigos), la incorporación del nuevo sujeto del proceso, la persona jurídica, ejemplifica a la perfección el doble fenómeno de las estrellas agónicas generadoras de agujeros negros: (i) la

expulsión de material al exterior del sistema de la estrella, que en el caso del sistema penal es la expulsión de las garantías que impedían, hasta 2010, que la persona jurídica pudiera cometer delitos y que se sintetizaba en el apotegma *societas delinquere non potest*; y (ii) el colapso de la estrella, que desprendida de esos elementos acopia en menos espacio toda su masa y que en el sistema de justicia penal implica que en el mismo espacio en el que la administración penal operaba para personas físicas operará ahora también con personas jurídicas, generando una insoportable masa de asuntos, complejidades, etc., que impide acercarse a cualquier idea de justicia penal.

Así, (i) los Juzgados de instrucción acumulan miles de imputaciones a personas jurídicas por delitos que las empresas no pueden, por limitación legal, cometer, sometiendo al operador a la obligación quijotesca de combatir lo absurdo; (ii) asimismo, es prácticamente imposible encontrar un Juzgado de Instrucción en las capitales de provincia, no digamos ya en Juzgados mixtos de primera instancia e instrucción que realicen una correcta lectura de derechos a la persona jurídica y practiquen correctamente la declaración a través de la persona especialmente designada por la mercantil para comparecer penalmente en el proceso. Por el contrario, se sigue aún con la vieja lógica anterior a la reforma conforme a la cual los representantes de las personas jurídicas son autores por representación de los delitos que se imputan a la empresa; y, *last but not least*, (iii) se procesa a la persona jurídica en la instrucción por el hecho de la persona física, desatendiendo la investigación por su “hecho propio”, consistente en un defecto *ex ante* de organización que habría favorecido la comisión del delito de la persona física, lo que avoca a la absolución en infinidad de casos por falta de atención judicial⁵⁷.

57 La bibliografía sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica es inabarcable y no es este el lugar para hacer profusión de citas. No obstante, por tratarse de una obra reciente, con vocación de conjunción teórico-práctica y por haber sido escrita por un

2. Desde la perspectiva institucional

El enroque institucional favorece también sustancialmente la política criminal neoretribucionista. Centraré el análisis aquí en tres instituciones -por razones obvias, será difícil llegar a más en este discurso-: el rol del Ministerio Público, el diseño del denominado Procedimiento Abreviado y la devaluación del Tribunal Constitucional como órgano de garantías.

Con un sistema de instrucción penal que no se ajusta al marco constitucional. El proceso penal continúa bajo la responsabilidad de un órgano jurisdiccional junto a un Ministerio Público prácticamente irresponsable. Mientras el proceso penal no sea conducido por un Fiscal y fiscalizado por un juez, necesariamente el sesgo inquisitivo tendrá un peso específico de imposible superación. Ambas cuestiones, el rol del Ministerio Público y el carácter inquisitivo mismo de la instrucción penal merecen un tratamiento conjunto, sin perjuicio de que por razones sistemáticas deban diferenciarse algunas cuestiones.

i. El rol del Ministerio Público

En los países con tradición democrática arraigada, el Ministerio Fiscal actúa como un verdadero Ministerio Público. Es decir, una institución ligada a la representación popular, a la elegibilidad por el ciudadano en función de las capacidades demostradas por el candidato a dirigir la acción penal del Estado. Esa tarea se ejecuta entonces desde la disponibilidad presupuestaria existente, lo que obliga a la Fiscalía a sumergirse en el denominado *principio de oportunidad*: el Fiscal decide qué causas merecen ser perseguidas judicialmente, qué causas no merecen

abogado de procedencia en la carrera fiscal, me limitaré a remitir al lector al trabajo de FRAGO AMADA, J. A., *La persona jurídica en el proceso penal: presente y futuro*, Aranzadi, Pamplona, 2022, *passim*.

la atención del Ministerio, qué causas, por último, deben ser objeto de acuerdos extrajudiciales con las defensas. Todo ello, a fin de maximizar la eficacia del presupuesto asignado para la defensa de los bienes jurídicos esenciales de la comunidad.

Obviamente, ello presenta una faceta política que, mirada con el crisol de la que nos ha tocado vivir en nuestro país en los años posteriores a la transición no inspira confianza. El Fiscal que pretenda su elección para representar el interés del Estado en la persecución del delito, rendirá cuentas no sólo ante la Fiscalía General, sino también ante su propio electorado, que será quien en última instancia juzgará la tarea desarrollada. Una decisión estratégica de la Fiscalía, focalizando los recursos en la persecución del crimen organizado y descuidando la de pequeños hurtos y trapicheo de drogas puede desembocar en un hartazgo de la ciudadanía sobre la gestión realizada que le cueste el cargo por dimisión o por falta de posibilidades en la reelección.

No se olvide, por lo demás, que el monopolio de la persecución penal descansa en la Fiscalía y queda vedada a los particulares. De modo que toda acción penal será solo y exclusivamente iniciada por el Ministerio Fiscal. Los equilibrios en el desarrollo de la función son, pues, de la máxima complejidad y se asemejan en gran medida a la gestión de una empresa privada: organización de recursos humanos (cómo dimensionarse razonablemente sin multiplicar los costes estructurales), definición de la estrategia de desarrollo (cuáles son las prioridades de actuación y cuáles, aun cuando no lo fueran, no pueden dejar de realizarse) y rendición de cuentas (ante la propia Fiscalía General y la ciudadanía que en última instancia decide quién liderará la acción penal pública).

El Fiscal del distrito se configura como un abogado en ejercicio que deberá dotar a su oficina del personal adecuado para la de-

fensa de su interés con la máxima atención al presupuesto que le ha sido asignado. El personal de la oficina estará compuesto por abogados que prestarán sus servicios para la Oficina del Fiscal, quedando sujetos así al control de calidad que el propio Fiscal del distrito ejercerá⁵⁸.

Bajo esta estructura organizativa, fuertemente marcada por el sometimiento de la acción penal al sistema democrático de elección popular, la Fiscalía dispone de recursos coercitivos limitados pero eficaces en la persecución del delito. Limitados, porque determinados derechos fundamentales del sospechoso y muy particularmente los ligados al proceso requerirán de autorización judicial para ser sometidos a limitación: intimidación domiciliaria, comunicaciones postales o electrónicas, continúan siendo un espacio de actuación privativo del Juez, normalmente de garantías, quien se pronunciará sobre la limitación a la vista de las evidencias presentadas por la Fiscalía.

A cambio, lo que en nuestro sistema se conoce como policía Judicial se somete a la dirección funcional de la Fiscalía. La policía actúa, en efecto, al servicio de la fiscalía en la investigación y recolección de evidencias que permitan sostener o no una causa, solicitar medidas restrictivas de derechos procesales como los anteriormente mencionados o presentar una causa ante un Tribunal para que éste acceda a someter a enjuiciamiento al autor señalado en su querrela. Entre tanto, la Fiscalía puede llegar a ordenar a la policía la detención del sospechoso en cualquier momento que considere conveniente, siempre con la espada de Damocles pendiendo sobre su cabeza: cualquier decisión incorrecta accionará todos los mecanismos de respon-

58 Sobre la libertad de asignación de recursos en las fiscalías federales para atender las necesidades de cada comunidad con base en el principio de oportunidad se pronuncia la propia página web de la Fiscalía General de los Estados Unidos: <https://www.justice.gov/usao-es>.

sabilidad por jerarquía o representación a los que se somete la fiscalía en el desarrollo de su cometido.

Obsérvese que el carácter democrático y no funcional del Ministerio Público lo aleja del principio de imparcialidad. La acusación pública es, en estos sistemas, una parte más del proceso sometida a idénticas exigencias de control judicial que las defensas. Porque, desde esta óptica, la Fiscalía está compuesta de un conjunto de abogados, con ciertas prerrogativas para la investigación del delito, como las señaladas más arriba (y muy especialmente el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) que ejercen su rol en los mismos términos que el abogado defensor. Y al mismo tiempo, el compromiso de la Fiscalía con el principio de legalidad es mínimo. De su criterio sobre el principio de oportunidad dependerá la defensa más o menos enconada de una causa, aun cuando ésta no se ajuste a las disposiciones de la ley. Al fin y al cabo, esa es una misión que le corresponde exclusivamente al Juez o al jurado (lo que viene a ser lo mismo, en definitiva). El éxito o fracaso de su empeño dependerá en gran medida de sus habilidades técnico-procesales, de su oratoria, de la fuerza de su discurso y la mayor o menor competencia del Juez encargado de resolver. Y cada una de esas variables deberá ser objeto de atención específica y singular en cada uno de los casos sometidos a consideración del Ministerio Fiscal.

El sistema anteriormente descrito no está exento de problemas de naturaleza esencial. Quizá el mayor de ellos es la posibilidad de que el Ministerio Público sacrifique intereses públicos en aras de un mayor protagonismo personal que garantice la (re)elección o la promoción política una vez desempeñado el cargo. Qué duda cabe que disociar el interés público y privado será en no pocas ocasiones un ejercicio de prestidigitación difícilmente sometible a contraste u objetivación. Pero su mayor

fortaleza reside en su vínculo con la ciudadanía, cuya masa crítica será determinante en la convalidación o castigo de errores o el reconocimiento o indiferencia frente a los méritos logrados.

La situación es muy diferente en nuestro país. Tanto desde la perspectiva organizativa, como material o funcional, el Ministerio Público se mantiene en uno de los más privilegiados e incomprensibles sistemas de irresponsabilidad que se conocen.

Desde el punto de vista organizativo, el Ministerio Fiscal depende del Ministerio de Justicia, lo que en sí mismo es más que razonable. Es este Ministerio quién tiene la responsabilidad general de impulsar la política criminal del Gobierno en todo tipo de direcciones, lo que incluye, naturalmente, el ejercicio de la acción penal. Como veremos inmediatamente, este mecanismo de acción político criminal es, no obstante, pólvora del rey, habida cuenta de la legitimación particular y popular para accionar el proceso penal, lo que deja a la Fiscalía en una posición, ya de inicio, un tanto precaria desde el punto de vista de la responsabilidad institucional en la persecución del delito. Antes de que el Estado actúe a través de sus órganos: Ministerio de Justicia/Ministerio Fiscal, es posible que el ciudadano perjudicado ya haya accionado el botón de inicio del proceso o incluso que lo haya hecho cualquier ciudadano o asociación no perjudicado directamente por el hecho.

La dependencia de la Fiscalía del Ministerio de Justicia se muestra en un doble ámbito. Por un lado, el jefe de los Fiscales es nombrado por el Gobierno de turno. Con ello trata de dotarse a la institución de un vínculo democrático, pero dicha conexión es muy precaria en relación con el sistema antes estudiado. El Gobierno no es elegido por el pueblo. El Parlamento, nuestras Cortes Generales, (primera dilución del nexo democrático) es quien elige al candidato que tendrá la responsabilidad de

formar Gobierno; el candidato, en cumplimiento del mandato de las cortes elegirá a los miembros de su Gobierno, que ni siquiera tienen por qué haber sido elegidos democráticamente como miembros del parlamento (segunda dilución que hace irreconocible dicho vínculo). El Gobierno, una vez formado, elige al Fiscal General del Estado que deberá dirigir al cuerpo de la carrera Fiscal (tercera y última dilución del nexo con el principio democrático, que impide definitivamente insinuar si quiera una relación entre ellos).

Esta lejanía del principio democrático acentúa, por el contrario, el principio de jerarquía al que se someten los fiscales respecto de sus superiores. Si el abogado tiene libertad plena de interpretación a la hora de afrontar la estrategia que propondrá en el proceso, el fiscal obedecerá las instrucciones de su superior. El ascenso en la denominada *carrera fiscal*, en una parte no poco importante del escalafón, se produce por mera antigüedad; otra parte, mediante concursos con otros fiscales de idéntica o similar antigüedad que pugnan por cargos de libre designación. Y siempre bajo el principio de jerarquía, que implica un cierto control del superior respecto al inferior, pero cuyo alcance está severamente limitado por dos variables. El influjo del principio de jerarquía, en efecto, aborta la creatividad del fiscal inferior, en la medida en que tenga que rendir cuentas de su capacidad de innovación ante el superior⁵⁹.

El Ministerio Fiscal, además, es (prácticamente) irresponsable. Es difícil sujetar a responsabilidad civil o penal las funciones

59 Especialmente incisivo, en este punto, NIETO, A., *Balada*, cit., o. 86: "...que el fiscal general ordene al fiscal actuante que no acuse. Éste está obligado a obedecerlo y, si se resiste -porque también hay fiscales personalmente incómodos-, se le aparta del asunto, que se entrega a un individuo más dócil. Protestará, el apartado, con él se solidarizará alguna asociación corporativa, la oposición pondrá el grito en el cielo y cierra prensa agitará tal bandera; pero no habrá acusación..."

del Ministerio Fiscal, en efecto. No dicta resoluciones, como los jueces, cuyos autos, providencias y sentencias son su vehículo de expresión, sometidos al escrutinio jurídico de terceros, que en cualquier momento podrían considerarlas arbitrarias o injustificadas o alejadas del entendimiento común o generalizado del derecho y sus normas particulares. El Ministerio Fiscal informa, propone, solicita o impugna, pero no decide. Ni siquiera en los pocos casos en los que las decisiones judiciales han sido sometidas a proceso penal, la intervención del Ministerio Fiscal instando o apoyando la decisión que generó la condena del juez le valió al representante del Ministerio Público una invitación para participar como imputado o testigo en el proceso penal⁶⁰.

De facto, el trabajo de los Fiscales en nuestro país está exento de responsabilidad, pues no someten su actuación al escrutinio público ni la robustez de su talento a sistemas de evaluación. Ausencia de responsabilidad, acceso vitalicio a la función, sin nexos con el principio democrático y su crecimiento profesional y salarial ligado fundamentalmente al mero transcurso del tiempo (trienios, etc.)... ¿qué podría salir mal?

Estos mimbres se me atojan esenciales para comprender la contribución de la distorsión de funciones del Ministerio Público al colapso del sistema de garantías. Fundamentalmente por no concedérsele los poderes que exige su función y por el contrario permitírsele otros de los que carece y que en combinación con su estructura orgánica cercenan toda posibilidad de obtener un sistema garantista adecuado. En palabras de CARNELUTTI: “si la ambigüedad de la parte es la de *ser más de lo que es*, la am-

⁶⁰ Así, especialmente, en la **STS 79/2012**, en la que se condenaba al Magistrado por la adopción de una medida informada favorablemente por el Ministerio Público.

bigüedad del ministerio público es la de *ser menos de lo que es*⁶¹ (subrayado en el original).

Dice el artículo 124 de la Constitución que el Ministerio Fiscal tiene por misión “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*”.

La descripción anterior contiene no una sino dos misiones esenciales: promover la acción de la justicia y defender la legalidad. La primera de ellas, la promoción de la acción de la justicia queda devaluada inmediatamente después de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la misma Constitución: “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...*”. Esta primera misión del Ministerio Público, sin embargo, no es competencia exclusiva, como sucede en aquellos países de tradición democrática más arraigada, sino compartida con la totalidad de los ciudadanos. No es el Ministerio Fiscal quien, de oficio o mediante denuncia ante sí del perjudicado o afectado por el hecho, decide si existe necesidad de investigar el hecho con los medios de la Fiscalía y denunciar después tras la obtención de evidencias suficientes, sino que el Ministerio Fiscal es completamente prescindible en esa tarea, que pueden asumir los ciudadanos a través de la acción popular y, aunque por obvio no se diga en el texto constitucional (quien puede lo más puede lo menos), la acusación particular. La primera, la acción popular, se refiere a aquellos casos en que el ciudadano (persona física o jurídica) carece de relación directa con el hecho cometido, pero tiene interés en que la justicia penal actúe, investigue, juzgue y castigue. La segunda, la acusación particular, es la acción privada reservada a quienes han sido perjudicados por el hecho.

61 CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 213

Y no solo la acción, la presencia en el proceso de los particulares ajenos y de los particulares afectados junto al Ministerio Fiscal está garantizada en nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las combinaciones son múltiples: juicios penales que inaugura una acusación privada al margen del Fiscal, que posteriormente llega a un acuerdo con el acusado y se retira, momento en el que entra a perseguir el Fiscal; acciones populares sin legitimación activa (por ejemplo, por tratarse de delitos solo perseguibles a instancia de parte, algo limitado en nuestro sistema a delitos societarios, contra el honor y similares) que luego el Fiscal convalida; juicios en los que concurren múltiples acusaciones particulares, el Ministerio Fiscal y acusaciones populares, lo que multiplica la duración de las sesiones. Cualquier combinación es posible y todas ellas, salvo una, son igualmente ineficaces e ineficientes en términos económicos. O el legislador no confió suficientemente en el criterio de la Fiscalía para decidir qué causas se persiguen y qué causas no o, si no es el caso, confió también en la ciudadanía. En un tiempo, 1978, en el que la desconfianza hacia el poder público era notable tras cuarenta años de poder entendido como temor y no como servicio a los ciudadanos. Las acusaciones particulares y populares son, por lo demás, una anomalía jurídica que nuestro país se atribuye y administra en exclusiva, sin parangón en nuestro entorno comparado. Así pues, *“desde el momento en que el proceso penal, habida la noticia del delito, debe hacerse, ¿qué necesidad tiene el juez de permiso del ministerio público?”*⁶².

La segunda misión atribuida al Ministerio Público podría haber sido interpretada en muchos sentidos pero, de todos ellos, seguramente se eligió el peor. La defensa de la legalidad no es otra cosa que la constatación de si una norma, a juicio del observador, ha sido o no infringida. Sin embargo, la naturaleza

62 CARNELUTTI, F., *Cuestiones*, cit., 215.

pública del Ministerio Fiscal ha llevado a concretar la defensa de la legalidad como una defensa objetiva de la letra de la ley. La defensa objetiva de la ley como defensa de la legalidad es el primer paso para identificar, fusionar en un único concepto, si se prefiere, legalidad e imparcialidad. Es casi una obviedad que deriva de un conjunto de silogismos concatenados y no cuestionados: si el Ministerio Fiscal es una institución pública que defiende la legalidad, sólo podrá ejercer dicha defensa desde la absoluta distancia de la legalidad con cualquier interés particular. La lectura que el Ministerio Público realice de la letra de la ley, el sentido y alcance que el Ministerio Público dé a la letra de la ley, la significación que le otorgue, será entonces fruto de un pensamiento imparcial, en el sentido de equidistante.

CARNELUTTI expresó así esta situación, ya en 1934: “*Si el ministerio público es una parte, lo es...al revés: y ésta es, precisamente, su ambigüedad. A la parte privada el poder le deriva del interés; al ministerio público el interés le deriva del poder. He dicho hace poco estas cosas cuando dije que el ministerio público es una parte artificial. Cuando daba lecciones de derecho procesal penal, una de las cosas que mejor conseguía hacer comprender, era la generación del ministerio público a partir del juez, y la del defensor a partir del imputado: van el uno hacia el otro partiendo de polos opuestos, y deben encontrarse pero todavía no se han encontrado. El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja*”.⁶³

Claro que el proceso penal es netamente dialéctico. Su estructura, como la del proceso civil, se basa en la confrontación de la mayor o menor razonabilidad de las propuestas que los diferentes actores o intervinientes realizan al órgano judicial, al juez, que finalmente será quien, desde el sometimiento ple-

⁶³ CARNELUTTI, F., *Cuestiones*, cit., 213.

no a la ley y al derecho, decida sin interferencia de intereses ajenos sobre la mayor o menor bondad de cada una de las propuestas formuladas. Así las cosas, el Ministerio Fiscal, en ejercicio de su deber de promoción de la acción penal, efectuará una propuesta al órgano judicial que previamente identificará como lectura objetiva de la ley, cuya defensa le está encomendada; y, al ser objetiva, la única posible, imparcial. Y de este modo, la parte (parcial), se convierte en un elemento de distorsión del proceso, pues emula al decisor imparcial, se equipara a él desde su naturaleza pública, sus obligaciones constitucionales de defensa de la legalidad, sin interferencias de terceros dada esa naturaleza pública, sin servidumbres al justiciable que pudieran hacer sospechar que la interpretación realizada de la ley es sesgada o egoísta y con ello rompe el sistema dialéctico del proceso.

Afirmo que esta cuestión es uno de los principales focos generadores de la metástasis que sufre la justicia penal de nuestro país.

En efecto, esta concepción de la “parte imparcial” tiene un claro reflejo orgánico y funcional en la administración ordinaria de justicia penal. Si la proposición de la parte acusadora, la fiscalía, es de naturaleza objetiva y por lo tanto imparcial, el esquema dialéctico de confrontación sujeto al principio acusatorio y la presunción de inocencia, decae. No existen lecturas de un mismo fenómeno dialécticamente encontradas, sino una lectura objetiva, léase imparcial, de la legalidad, a la que el juez no puede ser ajeno y, de hecho, no lo es. De manera que, durante la instrucción de los procesos penales, la opinión del Ministerio Fiscal es una suerte de opinión cualificada por encima de las emitidas por cualquier otra parte, sea defensa o acusación particular o popular. En aquellos en los que solo existe Ministerio Fiscal y defensa, el proceso pierde su esencia dialéctica para convertirse en una lucha desequilibrada y desigual contra

dos elementos estructurales que se advierten a sí mismos y se reconocen mutuamente como imparciales.

De nuevo CARNELUTTI describe magistralmente la esencia del problema: *“Hay todavía excesiva confusión en la ciencia del proceso penal, o menor en la del proceso, voluntario, para que el ministerio público haya podido encontrar su puesto. A su ambigüedad corresponde en la exposición científica, un desequilibrio, del cual preciso es hacerse cargo y a cual se impone poner fin. Por una parte, colocándolo entre las partes, sin darse cuenta de la ratio distinguiendo entre parte y parte, se le atribuyen poderes que son propios de la parte verdadera y propia, de la parte natural, como yo la he llamado. Por otra, colocándolo entre los magistrados, sin darse cuenta de la ratio distinguiendo entre magistrado y magistrado, se le imponen deberes que no convienen a su oficio. Por eso, poner al ministerio público en su lugar, es verdaderamente una de las más urgentes necesidades de la reforma procesal”*⁶⁴

El impacto en el derecho de defensa de esta desigualdad es algo más que sutil. El proceso penal, como hemos tenido ocasión de analizar, es un proceso en esencia desequilibrado, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil. Hay un acusador y un acusado. Uno ataca, otro se defiende. No es posible la reconvencción o el ataque recíproco. Uno ataca, otro se defiende. Y quien se defiende, además, está revestido del derecho a no declarar contra sus intereses, lo que viene siendo interpretado como una suerte de derecho a mentir. Así las cosas, la instrucción del procedimiento se desarrolla ante un juez imparcial, con una parte imparcial que es el Ministerio Fiscal, cuyas funciones son objetivas en la defensa de la legalidad y un tercero, señalado por la imparcialidad del Ministerio Fiscal como posible autor de un delito y con derecho a mentir. Un callejón sin salida que se

⁶⁴ CARNELUTTI, F., Cuestiones, cit., p. 214.

convierte en la mayoría de los casos en regla general, a través de un sesgo de confirmación que no se prejuzga.

A mayor abundamiento, la organización estructural del Ministerio Fiscal alienta esta concepción del proceso donde la dialéctica ya no existe. Por un lado, y dado que el presupuesto de justicia abarca los costes de juzgados y tribunales y fiscalía, se ha consolidado en nuestro país la tendencia a incrustar las instalaciones de la fiscalía en los palacios de justicia o ciudades judiciales. En no pocas ocasiones Ministerio Fiscal y Juzgados, que ya comparten *carrera* al someterse a idéntico programa de oposiciones, comparten edificio e instalaciones, lo que implica una relación constante entre ambos cuerpos ya identificados en la imparcialidad de la que quedan excluidos los letrados de cualquier otra acusación y principalmente de la defensa, siempre que esos abogados no sean, a su vez, funcionarios públicos, es decir, Abogados del Estado o similares. De hecho, en aquellos edificios de nuevo cuño que la vorágine inmobiliaria generó en los años de espejismo económico de nuestro país, jueces y fiscales poseen llaves electrónicas de acceso a las instalaciones de las que carecen los letrados. Así, tanto en las diligencias de investigación que deben practicarse a presencia judicial como en las sesiones del juicio oral, es habitual encontrar al Fiscal en el interior de la sala antes de la celebración del juicio, mientras los abogados, es decir, la *parte natural*, aguardan en los pasillos a la espera de ser llamados. Un nuevo privilegio que establece una conexión directa con la llamada ética de la estética, esa conexión que la tradición griega estableció como ineludible⁶⁵ y que en el mundo líquido descrito por Zignum Baumann parece condenada a quebrarse; en otras palabras, la mujer del cesar será honrada, pero no lo parece. Y no lo parece porque no cree

65 Véase ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, edición de la editorial Gredos, 1993, p. 17: "...pues no es bueno el que no se complace en las acciones buenas".

necesario parecerlo, o mejor ni siquiera cree que pudiera ser necesario parecerlo. No hay apariencia de imparcialidad del juez porque no es necesario: es un hecho, conforme se ha desarrollado anteriormente, que el fiscal y el juez pertenecen ambos a esa misma categoría conceptual, la imparcialidad, que les permite caminar juntos en su recorrido al margen de los letrados concurrentes en el proceso. No es necesario que el juez mantenga una equidistancia con las partes porque no existen tales partes, existen los letrados y los fiscales, los letrados son la otra parte, opuesta a la fiscalía y el juzgado de modo equivalente⁶⁶.

Esta ausencia de ética de la estética, que insisto ni siquiera es advertida en la práctica habitual, pues se trata de un hecho consumado cuyas causas ya se han apuntado, se concreta en múltiples direcciones.

Por un lado, durante la instrucción de la causa, el Juzgado es prisionero del fiscal. Dado que normalmente se asigna un fiscal por juzgado o para varios en el caso de partidos grandes, una falta de sintonía entre juez y fiscal puede paralizar el juzgado si el fiscal asignado recurre sistemáticamente las resoluciones dictadas o inunda el juzgado de solicitudes de práctica de diligencias cuya denegación sería asimismo recurrida. Legalmente no tendría por qué, pues los recursos, con carácter general, no paralizan la tramitación de la causa, pero de hecho, lo hacen. Habida cuenta de que la media de tramitación por Juzgado de instrucción supera los miles de causas anuales, la paralización

66 Sin tapujos, la **STS 742/2022, de 20 de julio** (Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral): *“Frente al Ministerio Público las apariencias revisten menos importancia. Es buen conocedor de la profesionalidad de los integrantes de la carrera judicial en tanto también él ha de actuar y actúa con objetividad y neutralidad. Lo que en personas ajenas a la Administración de Justicia puede despertar sospechas de falta de imparcialidad, que no obedecen a causas reales pero son atendibles, no las generará a los integrantes de esa cualificada institución que forma parte esencial de la Administración de Justicia.”* Es decir, que la ética de la estética no es necesaria cuando la bondad se presume ontológica.

de la tramitación podría compararse con las réplicas sísmicas violentas tras el seísmo principal.

De ahí que, en segundo lugar, pueda advenir una diferencia esencial entre las fórmulas argumentativas de fiscales y letrados. Mientras los primeros ventilan los traslados efectuados por el Juzgado (peticiones para que se pronuncien sobre cualquier cuestión del procedimiento) o elevan sus peticiones en brevísimos escritos sin apenas fundamento, o con la fórmula “*por sus propios fundamentos*”, los abogados deben armar sustancialmente cada petición o informe evacuado al Juzgado, con sesudas citas de jurisprudencia, mejor siempre si lo son de Audiencias Provinciales de la región y mejor aún si lo son de la sección de la Audiencia provincial de la región que fiscaliza sus resoluciones en apelación a fin de que su escrito sea valorado. Y con todo, el pronunciamiento en un párrafo del fiscal imparcial que no necesita mejorar su actuación profesional porque la oposición le garantiza el rol como funcionario público y que no responde ante la ciudadanía del éxito o fracaso de su mandato porque no tiene mandato ciudadano, será determinante para el instructor o la sala de apelación, cualquiera que fuere la racionalidad del escrito del abogado.

En tercer término, una circunstancia algo más prosaica acentúa aún más el desequilibrio entre el Ministerio Fiscal y los abogados en ejercicio. La instrucción penal finaliza con el archivo de la investigación o con la apertura de la fase acusatoria. Los jueces de instrucción devengan una parte de su retribución a través del plus de productividad cuyo monto resulta de aplicar a cada resolución dictada, una puntuación y sumar después el número de puntos obtenido en un año. Por encima de un nivel de puntos nace el derecho al plus; a mayor número de puntos por encima del estándar, mayor será la compensación. El auto que cierra la instrucción mediante la apertura de la fase acu-

satoria tiene un valor determinado. Dictarlo, únicamente requiere rellenar un modelo que describa el hecho, a los posibles autores y el precepto procesal que habilita la apertura de la fase acusatoria. Dictar un archivo, cuyo valor es idéntico, requiere sin embargo haber comprendido la causa y profundizado en ella para, no solo describir los hechos y los posibles autores, sino fundamentar las razones por las que esos hechos no son ciertos, o siéndolo no serían constitutivos de delito, o siendo ciertos y constitutivos de delito no fueran atribuibles en concreto al imputado.

Partamos de la base del profundo desequilibrio de la causa en favor del imputado: juez y fiscal como órganos imparciales con una lectura objetiva de la legalidad en juego y una sola parte, la defensa, con derecho a mentir y una lectura sesgada, subjetiva, interesada si se quiere de la legalidad en juego con tal de salvar el pellejo. Cualquier causa de mayor complejidad que el núcleo de las que componen la actividad ordinaria del instructor (violencia menor, pequeños hurtos y robos, tráfico de drogas a pequeña escala, etc.) será enviada a juicio mediante la apertura de la fase acusatoria con un auto modelo, pues justificar el cierre de la instrucción, por intenso que fuera el ejercicio del derecho de defensa del imputado, requeriría no solo una extraordinaria inversión de tiempo no remunerado (vale lo mismo el auto motivado y detallado que el modelo), sino que implicaría alejarse de las posiciones del Ministerio Fiscal, con el riesgo antes advertido de colapso del órgano judicial.

Ciertamente, *“no está permitido mencionar las contradicciones del sistema en la sala del juicio. La evidente tendencia a la desformalización del proceso penal, incluida la disminución permanente de las garantías jurídicas, se corresponde no sólo con las pretensiones primitivas y reaccionarias propias de una charla de café, sino que es consecuencia primaria de la utilización permanente*

*e impropia del Derecho pena para la política social*⁶⁷. Lo que no evita la responsabilidad de subrayarlo en el más alto de los foros intelectuales, como lo es la Ilustre Corporación que hoy tiene a bien recibirme como Académico.

En cuarto lugar, la asimetría procesal entre abogacía y fiscalía permite que el Ministerio Fiscal esté ausente en la instrucción de los procedimientos y, muy particularmente, en la práctica de aquellas diligencias conectadas con los principios de inmediación y contradicción, es decir, aquellas que requieren fijarse en la actitud del declarante, en la firmeza de sus manifestaciones, las contradicciones entre una y otra manifestación, etc. El Ministerio Fiscal acostumbra a solicitar al instructor la declaración de imputados y testigos a cuyo examen judicial no acude, lo que en múltiples ocasiones provoca que el resultado de los interrogatorios no sea de su agrado interesando entonces una nueva declaración del imputado, perito o testigo, sin contar los innumerables supuestos en los que el fiscal de turno envía al Juzgado sus preguntas para que el Juez las formule en su nombre. Descuéntense de este tipo de supuestos aquellas causas en las que el Ministerio Fiscal asume un cierto protagonismo: las tramitadas ante la Audiencia Nacional, grandes operaciones de narcotráfico y terrorismo, delitos económicos de amplio impacto mediático o delitos mayores como el homicidio o el asesinato, comportamientos estos que no alcanzan el cinco por ciento de los tramitados ante los Juzgados de instrucción españoles. La pregunta que nace a raíz de esta afirmación es clara: si el resultado de la diligencia está vinculado a la inmediación y contradicción de las partes, ¿cómo afecta la ausencia del fiscal en su práctica al resto de la instrucción?; ¿con qué elementos contará el fiscal para decidir si debe continuar con el interés

67 ALBRECHT, P.-A., *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, en VVAA, Romeo Casabona, dir.), "La insostenible situación del Derecho penal", Comares, Granada, 2000, p. 477.

en la persecución del hecho y su autor? Si su presencia no es necesaria, ¿ello se debe a que el resultado del examen del interviniente es indiferente? en tal caso, ¿por qué solicitan la diligencia de declaración judicial?; ¿para completar una formalidad? ¿cómo es posible que el ministerio público esté ausente durante la instrucción de la causa, no acuda a los interrogatorios y aún considere legítimo interferir en su curso mediante nuevos informes, solicitud de nuevas diligencias, etc.?

Son preguntas cuyas respuestas, por obvias, dejan al descubierto la verdadera enfermedad que aqueja a nuestro sistema de justicia penal: *“mientras el espectador de un proceso penal no se escandalice de que el ministerio público esté arriba, al lado del juez, y el defensor abajo, al lado del imputado, no se habrá creado el ambiente propicio para una verdadera civilización penal”*.⁶⁸

ii. La instrucción del procedimiento penal abreviado

Desde la Constitución de Cádiz de 1812, vieron la luz los Códigos penales de 1822 (integralmente reformado en 1850), 1870, 1928 (reformado integralmente en 1932, 1944, 1963, 1973, 1983 y 1989) y 1995 (del que apenas queda ya el nombre, tras las reformas sufridas, fundamentalmente, las de 2003, 2010 y 2015). Llama la atención que una sucesión de códigos penales tan escalonada y siempre inflacionista de leyes penales sustantivas no haya despertado la atención del legislador por el proceso en el que esas normas serán aplicadas. De hecho, es tal el desinterés que incluso se ha llegado a regular sustantivamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nada menos que un nuevo sujeto de responsabilidad, sin que en el mismo trámite legislativo se adoptaran las medidas necesarias para regular el tratamiento procesal de semejantes cambios. Así

68 CARNELUTTI, F., Cuestiones, cit., p. 218.

sucedió en 2003, con la tímida reforma del artículo 31, y de nuevo en 2010 con la primera regulación exhaustiva de este fenómeno, huérfanas ambas de estructura procesal hasta la Ley de medidas de agilización procesal, que no entraría en vigor hasta el 1 de noviembre de 2011⁶⁹.

Caótico entendimiento entre ley y proceso penal que se manifiesta de modo poliédrico. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no es una ley de nuestro tiempo y lo que es peor, los remiendos que ha sufrido el código rituario no han dado los resultados esperados, han degradado los principios esenciales de la justicia penal, han encarecido el coste de la administración de justicia y han generado ineficacias que solo podrán romperse con una reforma integral, adaptada a la ley sustantiva y a los tiempos en que deberá ser aplicada⁷⁰.

La reforma procesal de 1988, que remodeló el denominado procedimiento abreviado, trataba confesadamente de agilizar la tramitación de aquellos procesos penales cuya pena no excediera de la entonces prisión mayor, hoy nueve años de prisión. Es decir, la inmensa mayoría de los delitos cometidos en nuestro país. Se trataba de introducir, siguiendo ahora la voluntad del legislador expresada en la Exposición de Motivos, “*medidas tendientes a lograr en el seno del proceso penal una mayor simplicidad y una mejor protección de las garantías del inculpado*”.

69 **MORALES GARCÍA, O.**, *La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2011, Número extraordinario homenaje al Profesor Dr. Juan Luis Iglesias Prada, pp. 150-151.

70 Reclamaban ya en 2002 un nuevo texto rituario que permitiese superar los graves déficit regulativos de la todavía vigente LECrim., **HERNÁNDEZ, J./MIRANDA, M.**, *Comentario al Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: del procedimiento abreviado (Conforme al artículo primero de la Ley 38/2002 y Disposición adicional tercera de la LO 9/2002)*, en VVAA, “La reforma del Proceso penal”, Ramón García Albero, coordinador, JM Bosch editor, Barcelona, 2003, pp. 28 y 29.

Treinta y cinco años después, la media real de duración de la instrucción de un procedimiento abreviado se sitúa aproximadamente en cuatro años; no escasean las instrucciones de diez y hasta quince años y las que compensan la media suelen estar relacionadas con delincuencia de baja intensidad y archivos por falta de autor conocido. Especialmente tras la reforma procesal que permite a la policía el archivo sin remisión al Juzgado de instrucción por falta de autor conocido en las primeras setenta y dos horas.

En estas condiciones, es difícil afirmar que se logró el objetivo de agilización y garantía de los derechos del inculcado, por no hablar de los de la víctima, a una terminación del proceso en tiempo razonable que no agudice el sufrimiento padecido por el delito.

Durante la investigación del delito, es decir, durante la instrucción, el Juez debe cumplir una misión relativamente sencilla: dar respuesta a si el hecho parece cierto, si parece delito y si parece haber autor conocido. Con esas tres respuestas positivas, debe dar lugar a la apertura del juicio oral. ¿Son entonces realmente necesarios cuatro, seis y hasta ocho años para completar la investigación y decidir elevar una causa a juicio?

Una tarea nada compleja si de verdad se creyera en el principio acusatorio en sus más puras manifestaciones, es decir, una parte que acusa y aporta prueba, otra que se defiende, y una institución imparcial, libre de prejuicios, que determina cuándo la acusación es fundada para iniciar un juicio y cuándo no lo es.

Sin embargo, si se profundiza en el fenómeno del irritantemente denominado Procedimiento Abreviado, resulta que su diseño ha llevado a una inercia práctica de nuevo poco compatible con el paradigma de la presunción de inocencia, garan-

tía esencial del proceso penal. El denominado Procedimiento Abreviado no es hoy otra cosa que un ensayo general del juicio oral que tarda años en programarse. Un millón y medio de causas penales incoadas cada año (estadística judicial y del Ministerio Fiscal); apenas doscientos mil procedimientos abreviados incoados provoca el indefectible enquistamiento de las causas en los Juzgados de Instrucción o su archivo, de nuevo, por falta de autor conocido y métodos o recursos para una investigación eficiente.

Todas las palabras han perdido su significado: la instrucción no es ya el proceso para la determinación de si un hecho merece ir a juicio o no, y decidir allí si es constitutivo de delito y quién debe responder por él; la instrucción, en cambio, es hoy un juicio en sí mismo, donde desfilan testigos, peritos e imputados (investigados), a quienes el Juez escucha paciente a la espera de nuevas diligencias, como si tomar la decisión de llevar un asunto a juicio requiriese la confirmación absoluta y no meramente preparatoria o indiciaria de cada extremo del proceso. Lo que a su vez ha provocado un cambio en la mentalidad de los abogados defensores que, conscientes de la exhaustividad inútil de la instrucción, tratan de apuntalar al máximo sus posiciones en ese trámite, pues llegar a juicio es sinónimo de que la base acusatoria, después de años investigando, es incuestionable, es decir, la probabilidad de condena es elevadísima.

La situación empeora con la tendencia de los últimos años a subcontratar la instrucción a las unidades especiales de policía judicial, especialmente las económicas o financieras, cuya actividad literaria es luego reproducida en los informes de la fiscalía y después en las resoluciones judiciales con escaso o nulo filtro, generando soberbias burbujas judiciales que al pincharse en juicio pervierten la confianza ciudadana en el sistema penal.

Y, lamentablemente, la introducción de plazos límite para la instrucción y su ulterior reforma (dada su inutilidad de origen), tampoco han supuesto una mejora o alivio del proceso, pues la extensión temporal es una consecuencia de las deficiencias del sistema, no un desafío en sí mismo para el proceso. Claro que, si la limitación en tiempo puede suponer un límite a la práctica infinita de diligencias, bastará, tal como se las ha arreglado la jurisprudencia, con prorrogar mecánicamente sobre la base de las diligencias que pudieran practicarse una vez que se practiquen las que se encuentran pendientes. Con semejante fórmula para sortear el tenor literal de la ley, no hay tregua posible para la metástasis que sufre el procedimiento abreviado.

Con todo ello, el proceso deja de ser abreviado. ¿Abreviado respecto a qué? ¿Al Procedimiento Ordinario o Abreviado existentes antes de la reforma de 1988? En absoluto. Un proceso de averiguación indiciaria que dura años en la inmensa mayoría de los procedimientos no puede denominarse abreviado. Más aún, debe dejar de existir, al menos tal y como se concibe en la actualidad. Ni puede hablarse de Justicia penal cuando los juicios tardan años en ordenarse y más años aún en celebrarse, ni hay economía estatal que aguante semejante sangría, no digamos ya en el contexto de crisis actual y que arrastramos sin respiro desde 2008⁷¹. ¿Somos conscientes del gasto que supone alimentar una maquinaria judicial que duplica innecesariamente el proceso? Acaso ese coste podría soportarse en términos de rentabilidad social, es decir, si de ello derivase una administración rápida y garantista a un tiempo y eficaz. Pero todo lo contrario: años de proceso desgastan a las partes, desmotivan al ciudadano y a los agentes jurídicos, a todos ellos, fiscales, abogados, oficiales y jueces.

71 Véase el análisis de costes para el justiciable y el propio sistema en **MARCHENA, M./ GONZÁLEZ-CUELLAR, N.**, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 35 y ss.

La reforma de 1988 inició un camino de confusión institucional: la encomienda al Ministerio Fiscal de labores de investigación en el procedimiento abreviado, compatibles con las funciones inquisitivas del juez de instrucción, algo de lo que ya se ha dado cuenta con anterioridad. En tales condiciones, es difícil que el Juez se sustraiga a la posición del Ministerio Fiscal y no busque permanentemente su consenso en la adopción de decisiones. “*Dese traslado*” se ha convertido, así, en una de las más gravosas frases de la práctica forense, para el justiciable, para la víctima y para el conjunto del sistema, en cuanto contiene una parte fundamental de las ineficiencias del proceso penal. Traslado, por lo demás, reservado para el informe del Ministerio público, lo que desde luego no sucede con la defensa o las acusaciones particulares. Estas últimas, en la medida en que defienden un interés por el que específicamente son retribuidas, verán su posición siempre minusvalorada respecto al estatus público funcional, de aparente imparcialidad, de Juez y Fiscal.

El diseño constitucional y posterior desarrollo legal del Ministerio Fiscal en España, combinado con un proceso penal decimonónico (y que, por esa razón no ha podido desarrollar desde los cimientos las garantías constitucionales del proceso penal) genera graves desequilibrios en el sistema y particularmente en el derecho de defensa. Lo que junto a otros problemas que afronta esta institución de relevancia constitucional como la elección de su máximo órgano o el sometimiento al principio de jerarquía no favorecen su necesario prestigio. Desde las bases examinadas, la parte (siempre por ello parcial), se convierte en un elemento de distorsión del proceso, pues emula al decisor imparcial, se equipara a él desde su naturaleza pública, sus obligaciones constitucionales de defensa de la legalidad, sin interferencias de terceros dada esa naturaleza pública, sin servidumbres al cliente que pudieran hacer sospechar que la interpretación realizada de la ley es sesgada o egoísta, rompiéndose así el sistema dialéctico

del proceso. Primero, en la instrucción, donde el modelo inquisitivo combinado con el coadyuvante imparcial anula a la defensa como parte, situándola en el plano de los costes fijos del proceso. Después, en el juicio oral, al que la fiscalía llega igual de imparcial que en la instrucción para situarse al lado de un juez que, a su vez, es y debe ser imparcial por mor del principio acusatorio, dejando entonces a la defensa como un actor ridículamente alejado del ideal justicia, el único parcial de los presentes.

iii. La devaluación del Tribunal Constitucional

La modificación del Estatuto del Tribunal Constitucional a través de la LO 6/2007 supuso la muerte súbita del recurso de amparo. Para llorar la pérdida, el propio Tribunal se refugió en un parche emocional conocido como “recurso de amparo judicial”, que empeoró aún más las cosas. Puede decirse sin rubor y con absoluto pesar que, desde entonces, el Tribunal Constitucional decayó en su función esencial de garantía para convertirse definitivamente en un órgano político sometido a las veleidades del poder. La formidable tarea desarrollada por el tribunal en los años ochenta y noventa como bastión de tutela del magnífico entramado de derechos y libertades diseñado en la sección segunda del Capítulo I, Título II, CE ya no podrá superarse. Es una rendición sin paliativos, el reconocimiento expreso de que ninguna doctrina será ya mejor que cualesquiera de las vertidas en el pasado.

La LO 6/2007 operó una sensible reforma sobre las condiciones de admisibilidad (a trámite, se entiende) de los recursos de amparo, condicionando en el artículo 50 LOTC la admisión a la justificación de “especial trascendencia constitucional”⁷². Lo

72 Véase en la **STC 155/2009** la interpretación que el propio Tribunal Constitucional realiza de lo que debe entenderse por especial trascendencia constitucional.

cual, combinado con un recrudescimiento de la jurisprudencia del propio Tribunal, que interpretaba la exigencia de agotamiento de las protestas ante la jurisdicción ordinaria como excitación, incluso, de un incidente de nulidad, ha venido a dejar sin efecto la garantía institucional de tutela de los derechos fundamentales.

Afirmo que la combinación de la reforma legislativa y el recrudescimiento de la citada jurisprudencia son equiparables a un agujero negro supermasivo, lo que significa que la intensidad de la atracción de garantías a dicho sumidero es excepcional.

No se trata únicamente de dar la espalda a la tradicional doctrina *pro actione* del propio Tribunal Constitucional, que con la citada combinación en la actualidad ha cruzado ya el horizonte de sucesos. Se trata de una dejación de funciones forzada por el legislador y aceptada por el Tribunal mediante su jurisprudencia, que ha generado un triple efecto: (i) la admisión a trámite real de porcentajes paupérrimos, entre el 1,5 y el 2%, de la totalidad de los recursos presentados; (ii) la conformación de un necio recurso de amparo judicial, que solo la más hipócrita de las ingenuidades sería capaz de atreverse a presentar como útil; y (iii) el irreversible deterioro del contenido esencial de los derechos fundamentales, producto de la certeza jurisdiccional de que nada después de ellos revisará ni el fondo ni la forma de resolver. Veamos estas cuestiones por separado:

(i) Una mirada a la estadística publicada por el propio Tribunal Constitucional permite advertir la dimensión del horizonte de sucesos creado con la LO 6/2007⁷³: De los 8.294 recursos de amparo interpuestos ante el órgano supremo de

73 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICA-CAS-2021.pdf>

garantías, 6.439 fueron inadmitidos a trámite. Nada de lo que el recurso dijera tuvo interés o importancia suficiente como tramitarse, lo que dice mucho de la pobre educación jurídica de nuestro país. Frente a esta cifra, fueron admitidos a trámite ese mismo año 132 asuntos, exactamente el 1,59% de los recursos interpuestos. Nótese que la inmensa mayoría de los recursos interpuestos fueron inadmitidos por el Tribunal por no haber justificado la especial trascendencia constitucional (644-7,7%) o no haberlo hecho suficientemente (2.299-27,7%) o, habiéndolo hecho bien, porque en realidad tal interés no existía (1.659-20%). La reforma operada por LO 6/2007 hizo efecto: el 54,4% de los recursos que los operadores jurídicos articulan carecen de trascendencia constitucional o, si la tenían, no fueron capaces de expresarlo adecuadamente, a ojos del Tribunal. Parece que el legislador acertó al precipitar el sistema de justicia al horizonte de sucesos, pues si la alternativa consistía en duplicar el número de magistrados y reforzar el cuerpo de letrados del Tribunal, está claro, a la vista de la estadística que no hubiera sido posible encontrar profesionales cualificados para comprender siquiera lo que es la “especial trascendencia constitucional”⁷⁴. Consciente de su sideral diferencia intelectual con el conjunto de *practicioners* nacional, el otrora Tribunal de garantías ha tenido a bien elaborar una “*Guía para la presentación de recursos de amparo*”, que me atrevo a pronosticar que no servirá para incrementar

74 O no. Parece que el operador jurídico ha comprendido perfectamente el mensaje de la inutilidad actual del recurso de amparo, al menos si se atiende a la comparativa estadística que brinda el propio Tribunal sobre los autos de inadmisión dictados entre **2008 y 2012: 12.434 en 2008; 15.434 en 2009;** para pasar a **9.991 en 2010; 6.400 en 2011 y 7.341 en 2012.** Un número salvajemente superior al de los recursos de amparo interpuestos en ese mismo período, lo que da muestra de la inmensa alegría que supuso para el Tribunal la Reforma operada por LO 6/2007, permitiéndole desprenderse del retraso acumulado apelando a los nuevos criterios de inadmisión. Así, en el mismo período 2008-2012 ingresaron, respectivamente: **10.410; 10.848; 9041; 7.192; y 7.294.**

Cfr. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICA-CAS-2012.pdf>

el número de los admitidos a trámite, sino para justificar con más saña las inadmisiones, acentuando, con el desprecio de cada una de ellas hacia el contenido esencial de los derechos fundamentales, la ultragravedad del sistema penal.⁷⁵

(ii) El segundo efecto de la reforma es realmente estremecedor. Según el Tribunal Constitucional, la exigencia de acudir al órgano jurisdiccional en nulidad para quejarse de la lesión del derecho fundamental con carácter previo a solicitar el amparo al órgano supremo de garantías, “*lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, pues son a los órganos judiciales a quienes primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos*”⁷⁶.

De acuerdo con esta concepción, sería menester acudir al órgano jurisdiccional a denunciar en nulidad la lesión del derecho. Un recurso similar al de reforma, condenado en consecuencia al fracaso en la inmensa totalidad de los casos, como por lo demás sucede. En efecto, acudir al órgano que acaba de desestimar la denuncia de lesión del derecho fundamental para protestar contra él alegando nada menos que una nulidad, quizá por arbitrariedad, falta de motivación, incongruencia omisiva, etc., por no haber resuelto -o no haberlo hecho “correctamente” en favor del pretendiente- la lesión de derecho fundamental alegada, y pretender, además, que se anule a sí mismo es la institucionalización de la pérdida de tiempo. Lo que se sabe necesariamente unido a lo directamente perseguido, dice la teoría

75 https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_025/Gu%C3%ADa%20para%20la%20presentaci%C3%B3n%20de%20las%20demandas%20de%20amparo.pdf

76 **STC 39/2003**.

del dolo, es también querido por el autor. Necesariamente unido a semejante estulticia constitucional es la generación de un sinnúmero de problemas de articulación procesal de dicho sistema que generará causas de inadmisión masivas. Lo que, obviamente, era querido por el Tribunal. En efecto, analizando de nuevo la estadística facilitada por el Tribunal para el último año disponible al cierre de este discurso, 2021, resulta que existen tres categorías en las que dar cabida a la inadmisión a trámite de recursos de amparo: extemporaneidad del recurso (216-2,6%); falta de agotamiento de la vía judicial previa (641-7,7%) y falta de subsanación de defectos procesales (739-8,9%). Lo cierto es que todas ellas, un 20% del total de inadmisiones, están relacionadas con la exigencia de nulidad previa ante el órgano judicial a quien se imputa la lesión del derecho. Lo que ha dado lugar a innumerables situaciones disparatadas que se reflejan a la perfección en la estadística del Tribunal: a) inadmisiones a trámite de las nulidades planteadas ante el órgano jurisdiccional; b) inadmisiones a trámite de los amparos ante el Tribunal Constitucional por extemporaneidad, al haber recurrido en nulidad innecesariamente ante el órgano jurisdiccional; c) inadmisión a trámite del amparo por no haber instado la nulidad ante el órgano judicial; etc. Un sumidero de garantías procesales, un camino de esfuerzos por reparar lo que se percibe como la lesión de un derecho fundamental que acaba en un 20% de los casos, miles de casos, en un callejón sin salida alguna donde el fondo del asunto jamás será observado por nadie, con un mensaje anejo a la inadmisión: su trabajo no está a la altura, letrado. Incluso el propio Tribunal tuvo que poner orden a sus exigencias de nulidad previa en la **STC 112/2019**, aunque de modo parcial, lo que a su vez ha generado nuevas incertidumbres.

(iii) La cosecha de esta siembra es una actividad judicial libre de la espada de Damocles pendiendo sobre sus resoluciones.

Una actividad judicial donde la lesión de derechos fundamentales se multiplica, en proporción a la atracción hacia el horizonte de sucesos, dada la certeza de la ausencia de control, al menos estadísticamente. Allí donde se resuelve únicamente un paupérrimo 1% de las quejas presentadas, ¿qué probabilidad existe de ser elegido por el Tribunal Constitucional para ser señalado como el órgano al que imputar la violación de un derecho?

3. La aceleración procesal hacia el horizonte de sucesos

Si aceptamos la metáfora de este discurso, el sistema de justicia penal ha colapsado y generado un agujero negro masivo que tarde o temprano atrapa toda garantía constitucional o legal. Su horizonte de sucesos también viene delimitado por la propia praxis forense. El horizonte de sucesos es, no se olvide, la frontera de delimitación entre las reglas de un sistema de justicia penal no colapsado en el que aún existen elementos de garantismo que proporcionan equilibrio y el sistema colapsado del que nada puede huir al neoretribucionismo huérfano de garantía alguna. En definitiva, el lugar que se produce tras el fracaso en la ardua tarea de reconducir la cuestión del “Poder”, del Poder del Estado “*a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero*”⁷⁷; el lugar creado con la constatación del fracaso de la lucha contra las inmunidades del poder. Pues, a fin de cuentas, el atributo fundamental del poder no es otro que “*el derecho a dibujar (y a redibujar a voluntad según se necesite) la línea de separación entre coacción legítima e ilegítima, permitida y prohibida, legal y criminal, tolerada e intolerable*”⁷⁸

77 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, Civitas, Madrid, tercera edición, 1983, p. 11.

78 BAUMAN, Z., *Retrotopía*, Ed. Paidós, Barcelona, 2017, p. 26.

Si pensamos en la traducción que ello tiene en el ámbito adjetivo, como ya advirtiera ALBRECHT hace más de dos décadas, “*en el Derecho procesal se observa la tendencia a una dogmática de la ponderación que otorga cada vez más importancia a los intereses de eficiencia económica de la justicia y a las competencias de intervención en favor de la persecución penal frente a los clásicos Derechos de protección de los inculpados*”⁷⁹.

A continuación se detallará la verosimilitud de esta afirmación.

i. El régimen de las conformidades como ejercicio de normalización

Escriben VARONA/KEMP/BENÍTEZ que: “*Si bien la conformidad se creó como un mecanismo excepcional y, en principio, beneficioso para las partes, la doctrina ha señalado su transformación hacia un instrumento habitual de resolución de los procesos en el que se acaba forzando la conformidad, especialmente en Estados Unidos, donde la doctrina muestra que el plea bargaining representa sobre el total de sentencias condenatorias el 97% de los casos en tribunales estatales y el 90% en tribunales federales*”⁸⁰.

Veamos algunos datos estadísticos en nuestro país. Si tomamos el año 2017, de los 254.342 juicios por procedimiento abreviado, 212.106 resultaron en condena. De ellos, 165.358, el 78% del total de las condenas y el 65% del total de juicios, fueron en conformidad. Y, si evolucionamos a 2020, la Memoria de Fiscalía arroja que el 63% de las sentencias condenatorias de los Juzgados de lo Penal y el 55%

79 ALBRECHT, P-A., *El Derecho penal*, cit. p. 484.

80 VARONA, D./KEMP, S./BENÍTEZ, O., *La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad*, In-Dret, 1-2022, p. 312.

de las condenatorias de las Audiencias provinciales lo fueron en conformidad⁸¹.

La conformidad, es, pues, un mecanismo funcionalista mediante el cual alcanzar cotas de eficiencia en el sistema. Nótese que la eficiencia no equivale aquí a una cuestión de naturaleza cualitativa, como lo sería ventilar el proceso con el mínimo sacrificio de garantías del ciudadano sometido al poder del Estado, sino una cuestión estrictamente cuantitativa: la eficiencia se mide por el mayor número de sentencias condenatorias respecto de los procedimientos iniciados.

Tan es así, que se ha establecido como práctica generalizada en Juzgados de lo penal y Audiencias provinciales el llamamiento bajo apercibimiento de detención al justiciable para comparecencia ante el Tribunal a fin de que manifieste el acusado su disposición a llegar a un acuerdo de conformidad. La deformación del sistema penal en este punto es similar a la del espacio tiempo en las proximidades del horizonte de sucesos: el propio tribunal de enjuiciamiento, cuya misión es llegar con los ojos vendados al momento del juicio oral, sin contaminación previa, será quien convoque al sujeto para conocer si está o no dispuesto a aliviar la carga de trabajo del Tribunal y someterse a una condena por conformidad que apenas generará trabajo judicial o, por el contrario, soliviantará al órgano de enjuiciamiento esgrimiendo su deseo de defenderse. El Consejo General de la Abogacía, lejos de teorizar las consecuencias de semejante perversión del principio acusatorio y del derecho a un juez imparcial, se ha mostrado cómplice de la anomalía, alimentando con ello la velocidad hacia el colapso sistémico.

81 Datos de 2020 citados por VARONA, D./KEMP, S./BENÍTEZ, O., *La conformidad*, cit., p. 312.

ii. La desvalorización del ejercicio de derechos fundamentales

Si los derechos fundamentales se asientan sobre valores, su ejercicio no debería ser objeto de desvalor. Ni desde los poderes públicos (*lato sensu*, incluyendo por lo tanto el conjunto del poder judicial), ni, desde luego, tampoco socialmente. Algunos, sin embargo, son objeto de un claro deterioro social e institucional que degradan su eficacia hasta prácticamente vaciarlos de contenido, convirtiéndolos en mera formalidad.

La Constitución española, como texto que representa el pacto social entre ciudadanos, contiene un amplio catálogo de derechos de los cuales solo algunos alcanzan la consideración de *fundamentales*. Son derechos sin cuyo ejercicio la dignidad, como atribución normativa, ex artículo 10, quedaría en mera declaración retórica de corte iusnaturalista.

El listado de derechos fundamentales que dotan de sentido a la auto atribución de dignidad sigue una lógica cualitativa: en primer lugar, los derechos personalísimos, vida, libertad, intimidad. El elenco continúa hasta llegar a las garantías procesales, es decir, derechos fundamentales que garantizan la dignidad del individuo cuando este se ve sometido a un proceso y, muy particularmente, a un proceso penal. Entre ellos, me ocuparé en esta parte del Discurso de Ingreso del *derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*, quizá uno de los derechos más devaluados institucional y socialmente (en este último caso, a través de los medios de comunicación).

El Derecho a no declarar y a no hacerlo contra uno mismo rompe con la tradición inquisitiva anterior a la segunda mitad del XIX, desterrando cualquier atisbo de tortura en las declaraciones obtenidas de los individuos sometidos al proceso. Aquí finaliza el consenso. El valor y la eficacia reales que deban otor-

garse a esta manifestación del derecho (pasivo) de defensa, puede ser analizado desde dos perspectivas fundamentales cuyos resultados son francamente divergentes.

Por un lado, es posible interpretar el derecho a permanecer en silencio como una garantía que impide al sujeto declarar coactivamente como testigo en procedimiento criminal contra sí mismo. Al introducir en la oración el término “testigo” se abre un condicionante de importancia mayúscula. El acusado deja de ser objeto del proceso para ocupar el estatus de sujeto del proceso. La presunción de inocencia vuelca entonces todo su significado sobre el principio acusatorio y corresponderá a la acusación la presentación de pruebas suficientes para la acreditación de la culpabilidad, al margen del sujeto del proceso, siempre y cuando éste decida mantenerse como tal. En caso contrario, y si el acusado desea ejercer una defensa activa, también reconocido como derecho fundamental (en nuestro sistema, bajo la declaración del artículo 24 CE: “...a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa”) podrá introducir su testimonio como elemento probatorio, sometido al principio de contradicción (examen cruzado por las partes) con obligación de decir verdad. Este es el sistema imperante en el derecho norteamericano, derivado de la quinta enmienda y su desarrollo jurisprudencial, fundamentalmente derivado de los casos Griffin⁸² y Carter⁸³.

Por otra parte, y esta es la fórmula asumida en nuestro país, se ha interpretado el derecho a permanecer en silencio como una garantía que impide al sujeto declarar coactivamente como testigo en procedimiento criminal contra sí mismo, pero sometido a límites, que se concretarían en: (i) el silencio podrá operar como elemento de corroboración de la culpabilidad; (ii)

82 *Griffin vs. California*, 380 U.S. (1965).

83 *Carter vs. Kentucky*, 450 U.S. (1981).

la declaración del acusado no será considerada testifical, reconociéndose incluso la posibilidad (a veces denominada “derecho”) de mentir. Este es el sistema asumido por la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Bajo la premisa poco discutible de la inexistencia de derechos absolutos en nuestro sistema, los límites establecidos por nuestra jurisprudencia y apoyados doctrinalmente vacían en realidad de contenido el derecho a no declarar. Provocando, al mismo tiempo, un halo de desvalor en su ejercicio que se proyecta en los planos institucional (poderes públicos y en particular en el sistema judicial) y social (medios de comunicación).

A los efectos que ahora interesan, baste aquí con ejemplificar el deterioro mostrando el modo en que nuestra jurisprudencia entiende los imperativos categóricos⁸⁴. De acuerdo con el artículo 7.5 de la **Directiva 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio:**

“5. El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate”.

La **STS 298/2020, de 11 de junio**, comienza su exposición recordando este mismo imperativo normativo contenido en la Directiva, de obligada transposición. No tarda mucho en

⁸⁴ En otro momento analicé el deterioro de este derecho en **MORALES GARCÍA, O.**, *El poder de las costumbres: ¿Réquiem por el derecho al silencio?*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez (AJUM), núm. 36, 2014, pp. 53 y ss. De especial interés el análisis comparado con el derecho alemán, que no evita el problema, en **KIRSCH, S.**, *¿Derecho a no autoinculparse?*, en “La insostenible situación del Derecho penal” (Romeo Casabona, dir.), traducción de Guillermo Benlloch Petit, ed. Comares, Granada, 2000, pp. 248 y ss.

introducir el “pero”, acelerando hacia el horizonte de sucesos⁸⁵:

“Pero también es cierto que el silencio en la vida social, en el lenguaje, en la conversación, en una reunión o diálogo o discusión, a veces habla y comunica y es portador de mensajes según los contextos. No podemos cegar esa fuente de convicción a los Tribunales penales [...]

El silencio no siempre es neutro desde el punto de vista de la valoración probatoria; aunque obviamente si no hay pruebas inculpatorias en sentido estricto jamás podrá fundar una condena. Muchas veces, también en esos supuestos, no aportará absolutamente nada.

La tesis imperante en nuestra jurisprudencia y que parece inspirar a la Audiencia se aproxima a esa idea, aunque se expresa habitualmente apoyándose en la conocida como doctrina Murray: el silencio es un contraindicio poderoso cuando las pruebas de cargo que se presentan reclaman una explicación que solo el acusado podría dar, y éste, pudiendo hacerlo, se niega a proporcionarla (test de la explicación). Pero si no se está en esas circunstancias o hay otras explicaciones del silencio (el prudente asesoramiento del abogado, por ejemplo) ninguna consecuencia negativa puede extraerse de él.”

Todo lo que se enuncia previamente a un pero adorna pero no sirve. La resolución no sólo ignora la liturgia (pervertida también), que se analizará a continuación e impide que el acusado dé explicaciones, fundamentalmente porque es al primero

85 No puede aquí esconderse la complicidad del deteriorado Tribunal Constitucional español. Dice la **STC 26/2010, de 27 de abril**: “ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar **silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena**, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria.”

a quien se somete a interrogatorio, desconociendo por lo tanto el contenido de la prueba que se desarrollará posteriormente. Desconoce, además, que las razones por las que un acusado puede decidir permanecer en silencio frente al arte del interrogatorio del acusador son poliédricas⁸⁶. De ahí que, equiparar comportamiento social con encaje constitucional de un derecho fundamental constituya una paupérrima aportación al fortalecimiento de derechos. Pues, ¿no es también partidaria la turba del linchamiento social?

Cualquier apelación, por pequeña que sea, al silencio del acusado en el seno de una sentencia condenatoria no es más que una suerte de derivación de la responsabilidad al acusado por su propia condena⁸⁷, y en cualquier caso, recordando la doctrina *Griffin*: “cualquier comentario del Tribunal sobre el rechazo a declarar manifestado por el acusado constituye una pena impuesta por ese tribunal por el ejercicio de un privilegio constitucional”⁸⁸.

86 Lo expresa con rotundidad la Sentencia *Griffin*, 380 U.S. 614, y lo sintetizan **BELLIN/JEFFREY**, “*Reconceptualizing the Fifth Amendment Prohibition of Adverse Comment on Criminal Defendants’ Trial Sentence*”, (2010). Faculty Publications, Paper 1245, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1245>, Vol.71:2, p. 246: “*El tribunal (scil. en el caso Griffin) observa que la inferencia de culpabilidad efectuada desde el silencio del acusado “no siempre es...natural o irresistible”. Contrariamente a la lógica intuitiva de las normas de California objeto de la resolución, señala el tribunal, un acusado podría declinar adoptar el estatus de testigo en causa criminal contra sí mismo por razones completamente desconectadas de la culpabilidad o inocencia (por ejemplo, para evitar revelaciones relativas a condenas penales previas). A mayor abundamiento, el Tribunal del caso Griffin cita la venerable doctrina Wilson, según la cual acusados poco ávidos que afrontan la declaración como testigos de modo “excesivamente tímido” o “nervioso cuando encaran a otros” no pueden lidiar de modo seguro con dicho estatus de testigo*”.

87 Se observa este fenómeno en **HERNÁNDEZ, J.**, “¿Puede valorarse probatoriamente el silencio del acusado o sus explicaciones inverosímiles -REGLAS MURRAY?”, en “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, cgpj, N° 51, 2009, p. 77, para quien “*el uso constitucionalmente compatible del silencio o de la explicación inverosímil lo que sugiere es un estándar de racionalidad*”, de modo que el valor del silencio en casos de prueba acusatoria ya consolidada “*no sería probatorio sino argumental*”. La justificación del uso corroborativo del silencio derivado del derecho a no declarar no ayuda, a mi juicio, a permitir que éste alcance a desarrollar su núcleo esencial.

88 *Griffin*, 380 U.S., cit.,614 (1965).

Se negó a declarar, se lee en los medios de comunicación, contaminando con ello la esencia de un derecho que nos dimos a nosotros mismos. No ejerció un derecho. Se negó a declarar, se negó a colaborar con sus acusadores. Lo hizo deliberadamente –“se negó”- de modo que, ¿por qué habría de ampararle el sistema judicial? “*La vigencia del derecho acaba por ser perniciosa precisamente por su valoración negativa, “se negó”, como si la obligación moral que deriva de la presunción de culpabilidad que transmite su imputación debiera situarse en la escala de jerarquía normativa por encima de un derecho constitucional*”⁸⁹. La tutela de ese derecho constitucional, lejos de convertirse en símbolo cultural de la relación entre individuo y Estado, entre ciudadano y poder⁹⁰, ha decaído en nuestro país hasta un ridículo teatro litúrgico en el que nadie puede ya confiar.

iii. La perversión centenaria de la liturgia

Cuando era niño, mi madre, hoy desterrada en los arrabales de la memoria, asaltada por recuerdos inconexos y deslavazados que conspiran para torturarla mientras ella mantiene la alegría del cronopio, solía quejarse del desproporcionado desequilibrio informativo entre lo negativo y lo positivo: “*todo son muertes y*

89 MORALES GARCÍA, O., *El poder*, cit., p. 55.

90 WEISSELBERG, C., en WEISSELBERG, C./BIBAS, S., *Debate: The right to remain silent*, PENNumbra (University of Pennsylvania Law Review), nº 159, 2010, p. 76, en relación con la doctrina Miranda, que establece las reglas de obtención de la confesión del acusado en sede policial, regla lógica previa al ejercicio del derecho al silencio en juicio oral, afirma: “*hace una década, mientras desviaba un ataque directo sobre la doctrina Miranda, el Presidente del Tribunal Supremo norteamericano, (William) Rehnquist, escribió que las prevenciones Miranda “se habían convertido en parte de nuestra cultura nacional”. Muy cierto. Miranda permanece como un potente símbolo para los ciudadanos norteamericanos*”. Rehnquist presidió el Tribunal Supremo durante el caso *Dickerson vs. United States*, 530 U.S. 2000, en el que el Alto Tribunal impidió al Congreso norteamericano reformar las prevenciones garantistas contenidas en Miranda, por entender que tales prevenciones formaban parte del contenido constitucional del a Quinta Enmienda y que no formaba parte de las atribuciones del legislador ordinario modificar.

desgracias”, murmuraba mientras escuchaba de fondo la radio. “¿cuándo contarán algo bueno?”, se repetía de modo mecánico mientras afinaba sus quehaceres.

Aquella reflexión fresca y sin más pretensión que la pura queja me ha acompañado durante la adolescencia y la edad adulta, tiempo en el cual he tenido ocasiones más que sobradas de observar la repetición del fenómeno. **YUVAL HARARI** expone en su magnífica “*Sapiens*” cómo el cotilleo o *gossip* ayudó a formar las primeras comunidades de sapiens⁹¹. El chismorreó, la crítica, la denigración, la habladuría han formado parte esencial del comportamiento humano desde el inicio de su desarrollo en sociedad⁹². La complejidad de la sociedad no parece haber aportado demasiada diferencia a esa realidad. No poseo en este contexto una cita sobre la que afirmar que la alabanza desinteresada se haya erigido históricamente en una herramienta de cohesión social o de favorecimiento del desarrollo de habilidades técnicas o sociales, o promotor del progreso, como en cambio puedo citar a un historiador de prestigio para lo contrario⁹³. Aunque al menos tengo una primera explicación para la protesta que expresaba mi madre con tanta asiduidad.

91 **YUVAL HARARI, N.**, *Sapiens*, cit. p. 36: “Una segunda teoría plantea que nuestro lenguaje único evolucionó como un medio de compartir información sobre el mundo. Pero la información más importante que era necesaria transmitir era acerca de los humanos, no acerca de los leones y los bisontes. Nuestro lenguaje evolucionó como una variante del chismorreó”.

92 *Idem*, p. 37: “¿Acaso cree el lector que los profesores de historia charlan sobre las razones de la Primera Guerra Mundial cuando se reúnen para almorzar, o que los físicos nucleares pasan las pausas para el café de los congresos científicos hablando de los quarks? A veces. Pero, con más frecuencia, hablan de la profesora que pilló a su marido mientras la engañaba, o de la pugna entre el jefe del departamento y el decano, o de los rumores según los cuales un colega utilizó sus fondos de investigación para comprarse un Lexus. ***El chismorreó se suele centrar en fechorías***”, dice el autor, aclarando las dudas de mi madre.

93 Como diría **PIKETTY, T.**, *Una breve historia de la igualdad*, traducción de Daniel Fuentes Castro, Deusto, 2021, p. 20, en relación con las desigualdades económicas: “La razón es sencilla. Aunque es fácil denunciar el carácter desigualitario u opresor de las instituciones y Gobiernos existentes, es más complejo acordar instituciones alternativas que permitan avanzar realmente hacia la igualdad social, económica y política, respetando los derechos individuales y el derecho a la diferencia”. En suma, que es más fácil destruir que construir, por obvio que parezca.

Por simpática que parezca, esta explicación no debe ser menospreciada, y desde luego adquiere su importancia en el contexto que pretende aquí analizarse. La razón por la que el chismorreo deviene esencial y a su vez su fortaleza es prácticamente indestructible y debe ser tenido muy en cuenta a la hora de analizar por qué hemos organizado nuestro sistema de justicia penal como lo hemos hecho, radica en su capacidad para generar complicidades entre los miembros de la comunidad. Cuanto más se sabe de sus miembros, mayores serán las alianzas que se tejerán y más previsibles las traiciones o deslealtades, base sobre la cual fundamentar subdivisiones o *splits* de comunidades preexistentes⁹⁴. Al tiempo, cuanto más estable sea el número de componentes del grupo social, más vinculado quedará éste al *corre, ve y dile* y más difícil será el cambio. Cobra sentido aquí la alerta de PIKETTY sobre el nacionalismo intelectual, que sumado a otro de los grandes factores involutivos, la desmemoria histórica, suponen un freno significativo al progreso⁹⁵. Es lo que se conoce como *la tragedia de las creencias comunes* o *las lealtades culturales*⁹⁶, que anteponen el sesgo de pertenencia y creencia al conocimiento. Quizá por eso aún hoy, con la diversidad y complejidad que han adquirido las sociedades occidentales, continuamos alimentándonos informativamente de miserias que, cuando se refieren a desviaciones del interés general, consiguen aglutinar la curiosidad y el consenso de todo el espectro comunitario. Curiosidad y consenso en torno a la fechoría; curiosidad y consenso en torno a la demonización.

94 YUVAL HARARI, N., *Sapiens*, cit., p. 40: “La investigación sociológica ha demostrado que el máximo tamaño “natural” de un grupo unido por el chismorreo es de unos 150 individuos. La mayoría de las personas no pueden conocer íntimamente a más de 150 seres humanos, ni chismorrear efectivamente con ellos. En la actualidad, un umbral crítico en las organizaciones humanas se encuentra en algún punto alrededor de este número mágico. Por debajo de dicho umbral, comunidades, negocios, redes sociales y unidades militares pueden mantenerse basándose principalmente en el conocimiento íntimo y en la actividad de los chismosos”.

95 PIKETTY, T., *Una breve historia*, cit., p. 23.

96 PINKER, S., *En defensa de la ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*, Traducción de Pablo Hermida Lozano, Paidós, 2018, p. 438.

Por razones históricas, biológicas y evolutivas parecemos, pues, más propensos a situarnos en el plano del libelo, de la crítica, del señalamiento del otro. Guardemos en mente esta milenaria tradición, que quizá nos ayude a comprender algunas inercias centenarias en nuestra praxis judicial que favorecen el colapso del sistema penal.

La Constitución española data de 1978, pero nuestra ley de enjuiciamiento criminal es de 100 años antes, concretamente, de 1882. Claro que ha sido objeto de múltiples reformas, pero una norma nace como hija de su tiempo y los tiempos del siglo XIX no eran los del XXI, ni aunque ambos lleven los mismo números romanos. El proceso penal está diseñado en nuestro país conforme a normas torturadas en su letras y espíritu desde 1882. Entre ellas, el inicio y desarrollo de las sesiones del juicio oral: dónde se sienta cada actor, cuáles son los primeros pasos del juicio y cómo se traduce en el teatro de operaciones que es la Corte de Justicia.

De acuerdo con nuestra ancestral liturgia, el acusado se sienta en el centro, observado y señalado por todos como tal, lo que de por sí es difícilmente conciliable con otro derecho constitucional, esta vez a la *presunción de inocencia*, mancillado con semejante representación teatral⁹⁷.

97 Una nota de color y optimismo: la **STS 167/2021, de 24 de febrero** (Ponente: Excmo. Sr. Javier Hernández) reconoció por primera vez el derecho del acusado a sentarse con su abogado en un lugar donde la comunicación fuera fluida, desde el entendimiento de que el abogado es tan solo el instrumento del que se sirve el justiciable para ejercer su defensa, y que sólo a él compete determinar cómo quiere hacerlo. Al respecto debo subrayar dos cuestiones: (i) no creo equivocarme si afirmo que apenas un pequeñísimo porcentaje de abogados estaría dispuesto a aceptar semejante sugerencia del Tribunal, menos aún a solicitarla por sí mismo; (ii) esta resolución no es el paradigma de absorción por el sistema, ni mucho menos.

Véase sobre esta cuestión, el magnífico trabajo doctrinal del ponente de la sentencia citada, **HERNÁNDEZ, J.**, ¿Qué lugar debe ocupar la persona acusada en el acto de la vista?, en “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, CGPJ, N° 51, 2009, p. 2 y ss.

Al tiempo, el primer interrogado será el acusado por capricho de la inercia o la tradición⁹⁸, tan apegadas al chismorro. La Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena comenzar el juicio preguntando al acusado cómo se declara. Parece una obviedad, pero si éste, acompañado de su abogado, ha alcanzado un pacto con las acusaciones o, sin hacerlo, prefiere libremente y rodeado de garantías aceptar el relato de hechos acusatorio, no hay razón para continuar el juicio, pues su confesión (que no declaración) será prueba suficiente para alcanzar un pronunciamiento contradictorio.

Preguntarle al acusado, sin embargo, si se declara culpable o inocente, no es un interrogatorio cruzado sometido al principio de contradicción. De hecho, es una pregunta que debe formular el Tribunal y no las partes. Téngase en cuenta que el Tribunal no puede en modo alguno formular preguntas que pudieran hacerle perder la imparcialidad o su apariencia. Y aun así, es la propia ley la que habilita que sea el presidente del tribunal quien la formule, por razones obvias de economía procesal: si el acusado, *motu proprio* asume la responsabilidad del hecho a presencia de su defensa letrada, dicha asunción de responsabilidad podría servir (bajo ciertas limitaciones) para aligerar los trámites del juicio.

Finalizado ese trámite, ninguna disposición de la ley de enjuiciamiento criminal se refiere al interrogatorio (al de verdad, al cruzado) del acusado, por lo que comenzar por él solo responde a una fórmula tradicionalista, acomodaticia. La ley rituaría prescribe que el juicio comenzará con el interrogatorio de los testigos, a quienes se informará de sus obligaciones, desarrollando a continuación las especialidades de su examen.

98 MORALES GARCÍA, O., *El poder*, cit. pp. 63 y ss.

La Ley procesal es decimonónica y por ello muy anterior a la Carta Magna, pero parece que no contempló el examen del acusado por sí mismo ni, por supuesto como una declaración testifical más (aunque, como veremos, podría haberlo hecho sin merma del derecho a no declarar). Y a pesar de ello, la solicitud en los escritos de acusación y defensa de la declaración del acusado en primer lugar continúa constituyendo la primera práctica de prueba del plenario, lo que erige al acusado en sujeto mismo de la prueba contra sí mismo.

El juicio queda así planteado como un tablero en el que el objetivo no es ya tanto acopiar prueba bastante de la culpabilidad, sino contradicciones suficientes para así declarar la culpabilidad, en definitiva, chismorreos. Y el chismorreos siempre vence en las fechorías, lo que difícilmente podrá decantarse en favor del acusado. El trámite de informe, al final de la celebración del juicio es altamente reveladora. No hay informe acusatorio que no ponga el acento en la declaración vertida por el acusado, el mismo que no podía saber en momento alguno qué dirían las pruebas presentadas contra él y que en momento alguno pudo combatir por sí mismo las pruebas presentadas contra él. Y mientras eso sucede, el combustible del garantismo se consume acrecentando así el peso del sistema sobre el justiciable y acrecentando el diámetro del horizonte de sucesos penal.

iv. Las investigaciones prospectivas, las macrocausas y las burbujas judiciales

La lógica de nuestro sistema de garantías constitucionales de corte procesal así como el sistema de valores constitucionalmente diseñado obligan a desterrar del ordenamiento jurídico cualquier veleidad de investigación generalizada por principio de sospecha. El TC, en la **STC 41/1998** ya alertaba de la necesidad de *“acotar el campo de la instrucción, esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la*

vida de una persona”, en particular determinando “*qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial*”. Nominalmente, la Fiscalía tiene clara esta prohibición, al menos así lo expresa en su Circular 4/2013: “*Debe en todo caso partirse de que quedan prohibidas las investigaciones generales sobre la conducta o actividades de una persona y las investigaciones prospectivas*”. También nominalmente los Tribunales, capitaneados por el Tribunal Supremo, parecen tener clara esta cuestión. Así, la **STS 228/2013, de 22 de marzo** recuerda que: “*En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona, habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal de un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española*”.

La Audiencia Nacional, hoy afortunadamente quasi huérfana de delitos de terrorismo, acumula en la actualidad una gran parte de las grandes causas económicas (asociadas o no a la corrupción). Procesos iniciados al amparo de una denuncia breve, con hechos igualmente breves, derivan en cientos de miles de folios con decenas (incluso algún centenar) de imputados y una pluralidad fáctica ingobernable. Los Autos de imputación, inmotivados salvo cuestión de realeza, amparan investigaciones genéricas sobre operaciones mercantiles en torno a las cuales se despliega un nuevo mantra: la simulación, que será investigada por unidades de policía legas en Derecho. Los ingredientes básicos para la creación de burbujas judiciales, perfectamente alineadas con la intensidad del campo gravitatorio que impulsa el sistema penal hacia su horizonte de sucesos.

Una burbuja judicial es una anomalía procesal que presenta características ya lamentablemente típicas: se forma con la creación de un procedimiento penal normalmente prospectivo, es decir, que no busca la investigación de un hecho, sino un hecho que investigar; envuelve por lo general a personas de interés público; está gobernado por la policía judicial en funciones de sustitución de la instrucción judicial, que desiste de su función de instruir y delega sus funciones en el poder ejecutivo (la policía) que no pierde tal condición por hallarse al servicio de un juez; son siempre procedimientos lentos, que atan a los investigados a una degradación y devastación profesional alimentada por los medios de la que derivará, cuando menos, una pena, la de exposición pública o banquillo que tras lustros de proceso en nada se diferencia ya del inolvidable paseo de la vergüenza que *Juego de Tronos* creó para Cersei Lanister. Y son procedimientos penales cuajados de acusaciones populares de todo tipo y condición⁹⁹.

La burbuja judicial se infla con informes policiales plagados de afirmaciones lapidarias y valoraciones jurídicas carentes del más mínimo soporte probatorio o fundamento jurídico, respectivamente, pero realizadas por agentes de la autoridad, lo que las reviste de una apariencia de verosimilitud de la que jamás se revestirá al investigado, de quien nuestro sistema inexplicablemente predica esa suerte de “derecho a mentir”, convirtiendo toda alegación de parte en potencial mentira y, en consecuencia, despreciable judicialmente aun cuando viniera soportada documentalmente. Una vez se excita su crecimiento, la burbuja judicial solo puede pincharse en juicio, cuando ya se

99 Como ya se ha apuntado en otro momento de este discurso, continuamos expiando los pecados de una fiscalía de tiempos pretéritos, que mal usando el principio de oportunidad provocó una laxitud en el reconocimiento constitucional de la acusación popular sin parangón en el contexto internacional y cuyas consecuencias recogemos en los últimos tiempos.

ha consumado la pena de banquillo, se han consumido recursos en la organización de una defensa innecesaria y se ha convertido al acusado en un presunto culpable social. Y, cuando una burbuja judicial se pincha en juicio, las consecuencias son devastadoras. La confianza pública en la Administración de justicia languidece, no existe alineación entre la información que arrojan los titulares mediáticos y el *outcome* del proceso, de lo que el colectivo sociológico nunca se sentirá responsable. Cualquier propuesta populista de reforma del sistema judicial en cualesquiera de sus dimensiones, organizativa, funcionamiento, nombramientos, etc., encontrará en el desapego ciudadano el caldo de cultivo necesario para prosperar, contribuyendo con ello a la conformación de un sistema cada vez más propicio a la formación de burbujas.

Que las burbujas acaben pinchando es una fuerte contradicción axiológica. Por una parte, su mera existencia es un indicador de intensas anomalías en el sistema, por las razones recién expresadas; que finalmente pinchen es, por el contrario, un rayo de esperanza para el sistema mismo. Sea como fuere, incluso el momento en que una de las más famosas burbujas de los últimos tiempos fue pinchada, las resistencias del Tribunal de enjuiciamiento para hacerlo fueron lo suficientemente enérgicas como para generar un sesgo de confirmación que ha quedado para los anales de la historia de la jurisprudencia:

*“Si se comparan los hechos declarados probados, con el relato fáctico que contiene el escrito de conclusiones definitivas presentado por el M.F., se puede comprobar que, en los sustancial, hemos eliminado de él los aspectos o datos que dotan de relevancia penal a esos hechos, y ello ha sido así, porque, en el contraste valorativo entre la prueba practicada a instancia de la acusación y de la defensa, **solo nos ha sido posible llegar hasta donde hemos llegado**, operando en esa valoración con observancia del principio*

in dubio pro reo". Parece que en el enjuiciamiento el Tribunal debe hacer lo posible por condenar y solo si es imposible, absolver.

v. La *policialización* (o subcontratación) de las causas penales

La burbuja recién citada contiene, además, un supuesto que podríamos denominar como de *policialización del proceso*, en el que unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuando como Policía Judicial, particularmente la UDEF y la UCO, evacúan informes no contrastados por la instrucción que sirven de base para la apertura del juicio oral.

Este fenómeno ha sido observado por los especialistas con notoria clarividencia. La policialización del proceso genera miles de folios, incorpora a la causa a decenas de imputados y hechos completamente desconectados entre sí. Se confeccionan informes sin control ni límite jurisdiccional, por lo que continuarán acreciendo hechos al proceso, al margen de su conexión objetiva y subjetiva; con el crecimiento fáctico comenzará el descontrol de las imputaciones que solo puede gestionarse con la formación de piezas separadas que, de formarse, disminuirán las probabilidades de éxito del proceso al descontextualizar el hecho "global". En esa tesitura, el horizonte de sucesos posee fuerza suficiente como para impedir que nada escape al antigarantismo situado más allá de su frontera.

Obviamente, la participación de las unidades de Policía Judicial en la investigación de hechos potencialmente constitutivos de delito es consustancial al sistema. Deben diferenciarse, pues, los supuestos naturales de aquellos que generan una sintomática anomalía gravitacional, de tal calibre, que impulsa cualquier garantía hacia el horizonte de sucesos.

a) La asunción por la policía de la investigación procesalmente abierta antes de alcanzar la condición de policía judicial. Se trata de hipótesis en las que la policía asume la investigación sin haber sido comisionada por el Juzgado. Son, a mi juicio, de las más graves. Muestran una dejación de funciones por parte del responsable de la instrucción, que renuncia al papel esencial del Poder Judicial: el de ser la última barrera de control del poder. Se trata de supuestos, bastante frecuentes en materia medioambiental, en los que las unidades de policía continúan investigando autónomamente, sin dirección del Juzgado ni del Ministerio Público, hechos ya investigados judicialmente, solapándose con las diligencias que hubiera podido ordenar el Juzgado, provocando confusión e incertidumbre sobre la naturaleza misma de su trabajo.

b) La asunción de la investigación por la Policía Judicial. Dos situaciones diferentes deben distinguirse aquí:

- Los casos en que asume la investigación, como policía judicial, la policía judicial. Nada que objetar cuando, además, tales funciones son a las órdenes del Juzgado de Instrucción y no con un Juzgado de Instrucción que convalida la actuación de la policía judicial, cualesquiera sean estas. La confección de informes tendenciosos no solicitados, la toma de declaración de testigos y sospechosos sin comunicación previa al juzgado, etc., mantienen en realidad al poder ejecutivo frente a la investigación judicial.
- los casos en que asume la investigación, como policía judicial y comisionada como policía judicial, un ente que no es policía judicial. Así sucede con el Servicio de Vigilancia Aduanera, un cuerpo parapolicial adscrito a su ente de creación, la AEAT. La AEAT es un Organismo Autónomo; como tal,

gregario por mor del principio de instrumentalización de sus propios fines. Vigilancia aduanera es su órgano de tutela, que no pertenece, de acuerdo con la LOFCSE, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en consecuencia: no puede ser policía judicial y no tiene como misión primigenia la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁰⁰. Es, como decíamos, un ente servicial de los fines de la AEAT. El Servicio de Vigilancia Aduanera actúa como policía Judicial en los casos en que la AEAT es acusación particular en delitos contra la Hacienda Pública. La Declaración de Derechos del Hombre enunciada con la Revolución Francesa es clara a este respecto: jamás la policía puede destinarse a la utilidad de aquellos a quienes se confía.

vi. La confluencia de intereses en el sector público

Quizá el asunto más delicado y espinoso del horizonte de sucesos del sistema penal: la sopa de sesgos que genera el actual sistema fáctico de la Administración de justicia. Aquí convergen múltiples aspectos, algunos de los cuales han sido ya destacados con anterioridad por su singular importancia:

a) las ciudades judiciales o directamente los Tribunales, como la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo, hospedan órganos judiciales y fiscalía por igual. En la mayoría de los disfuncionales edificios denominados pomposamente “Ciudades de la Justicia”, los fiscales poseen llave de las salas de enjuiciamiento o de las multitudes de interrogatorios de testigos, peritos e investigados durante la instrucción y acceden a la sala con carácter previo a los letrados de la defensa. Todo está dispuesto para que el acusado o el investigado sea el protagonista definitivo que encuentre todo listo al

100 Véase, ampliamente, MORALES, O. / FERRERES, V., *Vigilancia Aduanera como policía judicial y prueba ilícita: la dimensión constitucional del problema*, El Cronista del Estado social y democrático de Derecho (Muñoz Machado, dir.), Nº 55, 2015, pp. 24 y ss.

entrar. Una representación gráfica del desequilibrio del combate que se le hará patente una vez acceda al lugar donde sus semejantes y él mismo han dispuesto los útiles de la liturgia. El Juez, el secretario, el fiscal, los oficiales, todos esperando su entrada, quizá comentando entre ellos alguna noticia de actualidad o quizá, tomando prestado el título del gran escritor británico *Julian Barnes*, “*hablando del asunto*”, generando los tan perseguidos en nuestros días *unconciuos bias*, quizá no tan inconscientemente. Lo que suceda en su interior en ausencia de la defensa, solo lo saben ellos, aun a riesgo del impacto sobre la apariencia de imparcialidad.

b) el sistema de notificaciones al Ministerio Fiscal no sigue la misma estructura ni la misma lógica que el sistema de notificaciones al resto de las partes. No es en absoluto razonable esperar un control de plazos por parte de la Administración de justicia. Antes al contrario, no es inusual encontrar resoluciones justificativas de los retrasos en informes o escritos de impugnación sometidos al plazo legal. Desde aquellas que apelan a que la notificación debe realizarse al fiscal que en concreto lleva el asunto, pasando por un ocultismo del libro de conocimientos, que permite saber cuándo un escrito abandona el Juzgado, cuándo llega a dónde y cuándo regresa, etc. Nuevos desequilibrios gravitacionales que empujan hacia el horizonte de sucesos, impidiendo al justiciable alcanzar en tiempo certeza sobre el statu quo del proceso.

c) la abogacía del estado como acusación particular tiñe el proceso de interés público. Juez, fiscal y abogado del Estado, todos ellos funcionarios públicos frente al abogado contrario sobre el que se creará la atmósfera de que únicamente busca su propio interés, aún a costa del general (al parecer defendido, sin embargo, por todos ellos).



IV. CONCLUSIONES

Las distintas herramientas de observación y los distintos puntos de referencia a los que aquellas se dirigen arrojan datos preocupantes sobre la relación entre el sistema de justicia penal y la estructura del Estado (social y democrático de Derecho) y el sistema de valores superiores que lo circunda. La observación arroja una preocupación por el consumo extraordinario del combustible natural del sistema penal: el garantismo, el conjunto de reglas formales y materiales que determinan lo que en una comunidad de ciudadanos libres conforma un sistema penal justo. Al consumo de garantías y la indiferencia hacia su reposición y cuidado han contribuido un conjunto de factores múltiples. El uso partidista del Derecho penal, la alimentación de estructuras institucionales cada vez más alejadas de los fundamentos del sistema, la corrupción institucional de una práctica forense gobernada por una norma extraordinaria, pero de otro tiempo y otra centuria muy anterior, son algunas de las causas del fenómeno que está colapsando el sistema.

Es imperativa una nueva ley rituarial, moderna, adaptada a los valores de su tiempo y anticipada a los venideros¹⁰¹. Con es-

101 Sin duda pueden proyectarse aquí las palabras de **CUELLO CALÓN, E.**, *La reforma penal en España*, Madrid, 1949, Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Decía entonces: “*A medida que pasan los días se siente con más fuerza la necesidad de una reforma penal, no parcial ni limitada, de mera superficie, como las hasta ahora realizadas, sino una renovación profunda y completa que asiente sobre nuevas bases nuestro ordenamiento punitivo. El Código penal que nos rige envejece sin tregua*”. Esta declaración la recogía mucho después el Prof. **RODRIGUEZ MOURULLO, G.**, *Directrices político-criminales del Anteproyecto del Código penal*, en “La Reforma del Derecho penal”, Santiago Mir Puig, director y editor, Bellaterra, 1980, p. 165: “*Estas palabras pronunciadas hace treinta años no han perdido, sino ganado vigencia*”. Lo mismo puede decirse de la Ley de enjuiciamiento criminal, sin paliativos: es urgente una reforma integral, no parcial ni limitada, ni de mera superficie, sino profunda y completa.

estructuras que no hayan sido corroídas por el paso del tiempo, sin parches frente a su irreversible deterioro. Dos han sido los proyectos que han visto la luz en la última década, abandonados al final de cada legislatura en el cajón de los fracasos colectivos¹⁰². Cada uno de ellos, con sus cuestiones obviamente abiertas a debate, capaces por sí solos de restablecer un orden gravitatorio en el ámbito procesal.

Imperativa igualmente es la reforma del Ministerio Público para situarla en el lugar que le corresponde: al frente de la acción penal, bajo el principio de oportunidad, controlado por un tribunal de garantías en el ejercicio de acciones de investigación invasivas de derechos fundamentales y sometido a un principio acusatorio y contradictorio puro, donde su tesis valga más por haber superado los del ciudadano contra quien la dirige¹⁰³.

Frente al horizonte de sucesos y la extraordinaria capacidad gravitatoria del neoretribucionismo, alimentado por un Derecho penal populista, hiperexpuesto y transparente, solo la valentía de jueces, fiscales y abogados se atisba con la fuerza suficiente para evitar su influencia.

102 Aún puede consultarse en la web del Ministerio el último de los Anteproyectos. A tal efecto, véase:

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20\(1\).pdf](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20(1).pdf)

103 Soy consciente de que en este punto me alejo de dos grandes maestros del derecho procesal penal y del Derecho penal de los que este discurso no es en absoluto ajeno. Tanto **CARNELUTTI, F.**, *Cuestiones*, cit., p. 216, como **MORALES PRATS, F.**, *La investigación penal: ¿Jueces o fiscales?*, en Revista del Poder Judicial, nº 92, passim, reniegan de la atribución de funciones de instrucción al ministerio fiscal, sosteniendo la necesidad de reforzar sus funciones como partes del proceso. Italia superó los recelos del brillante profesor. España se prepara abrazarlos, y la Circular 2/2023 de la Fiscalía General del Estado, al desarrollar las “Diligencias de investigación post procesales” parece abrazar definitivamente esta opción para la institución, que sin duda podría ejercer unas resistencias que continuaran empujando al sistema penal hacia la singularidad del horizonte de sucesos.

La física de partículas ha desafiado a la física general. Lo que se cumple en el mundo de los grandes objetos estelares es hecho pedazos en el universo subatómico. Y, de nuevo, el símil de la física debe ayudarnos a progresar. Cada providencia, cada Auto, cada escrito procesal, recurso, impugnación, solicitud, queja, alegación, cada escrito académico, cada gesto, conversación en el foro, informe, discurso, alegato, proposición, se presenta en el mundo de los acontecimientos que conforman el sistema de justicia penal como las partículas que dan forma a las grandes instituciones que están colapsando. El colapso del que nace el horizonte de sucesos de la justicia penal tiene lugar en cada uno de esos actos cotidianos, subatómicos, que corresponden al artesano, al jurista formado como aprendiz, que evoluciona a oficial y se convierte, debe convertirse, en maestro y referente.

Por cada juez, fiscal, abogado o académico valiente, el mundo sobre atómico de las grandes instituciones jurídico penales se conmueve; por cada acto procesal enderezado a salvaguardar el atributo normativo de dignidad del que decidimos dotarnos los ciudadanos en el pacto social el sistema penal en su conjunto se modifica y actúa en armonía, manteniendo y evolucionando los cimientos con los que está fraguado; por cada vigilia madurando el modo de proteger los cimientos del sistema hay un astrónomo de guardia observando el firmamento y anotando minuciosamente de madrugada los datos obtenidos.

La inmensidad del fenómeno, observada con algo tan insignificante como la mirada del operador, puede resultar angustiada. Vencer la tentación de la inocencia nos hará un poco más libres¹⁰⁴.

104 BRUCKNER, P., *La tentación de la inocencia*, Anagrama, 1995. El autor alertaba en la premiada obra de las veleidades de responsabilizar a otros de los males que nos acechan. Todos inocentes, en un proceso de infantilización social que da por supuesto el carácter perenne de lo que poseemos.

❖ V. BIBLIOGRAFÍA

- **ALBRECHT, P-A.**, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, en VVAA, Romeo Casabona, dir.), “La insostenible situación del Derecho penal”, Comares, Granada, 2000.
- **ARISTÓTELES**, *Ética Nicomaquea*, edición de la editorial Gredos, 1993.
- **BELLIN/JEFFREY**, “*Reconceptualizing the Fifth Amendment Prohibition of Adverse Comment on Criminal Defendants’ Trial Sentence*”, (2010). Faculty Publications, Paper 1245, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1245>, Vol.71:2.
- **BENDA, E.**, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en VVAA, “Manual de Derecho Constitucional”, trad. de Ernesto López Pina, 1996.
- **BRUCKNER, P.**, *La tentación de la inocencia*, Anagrama, 1995.
- **BYUNG-CHUL HAN**, *La sociedad de la transparencia*, traducción de Raúl Gabás, ed. Herder, Barcelona, 2103.
- **CARBONELL MATEU, J. C.**, *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*, en CPC, nº 45, 1992.
- **CARBONELL MATEU, J.C.**, *Breves reflexiones, sobre la tutela de los llamados intereses difusos*, en “Intereses difusos y Derecho Penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXXVI, 1994.
- **CARBONELL MATEU, J. C.**, *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª edición, 1996.
- **CARNELUTTI, F.**, *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961.

- **CUELLO CALÓN, E.**, *La reforma penal en España*, Madrid, 1949.
- **ESTEBAN (de) J./GONZÁLEZ TREVIJANO P. J.**, *Curso de Derecho Constitucional español*, II, 1993.
- **FERRAJOLI, L.**, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, ed Laterza, Roma, 1989.
- **FERRERES COMELLA, V.**, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.
- **FRAGO AMADA, J. A.**, *La persona jurídica en el proceso penal: presente y futuro*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- **GARCÍA ALBERO, R.**, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1983.
- **GARCÍA HERRERA, M. A.**, *Principios generales de tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*, en RFDUCM, monográfico nº 2, 1979.
- **GARCÍA HERRERA, M. A.**, *Estado democrático y libertad de expresión*, en RFDUCM, Nº 64, 1982.
- **GARCIA-PABLOS, A.**, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, ADPCP, 1979.
- **GIMERNAT ORDEIG, E.**, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en Estudios de Derecho penal, ed. Civitas, Madrid, 1976.
- **GIROUX, H.**, *The system has to be stopped: on State terror and collective rebellion*, entrevista disponible en: <https://thisishell.com/interviews/1179-henry-giroux>.
- **HAFFKE**, *Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen*

- Strafvollzugsgesetzes*, en “Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe”, 88 (1976).
- **HASSEMER, W.**, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, trad. Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, ed. Tirant, Valencia, 2016.
 - **HAWKING, S./MLODINOW, L.**, *Brevísima historia del tiempo*, traducción de David Jou, Ed. Crítica, Barcelona, 2ª edición, 2005.
 - **HERNÁNDEZ, J./MIRANDA, M.**, *Comentario al Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: del procedimiento abreviado (Conforme al artículo primero de la Ley 38/2002 y Disposición adicional tercera de la LO 9/2002)*, en VVAA, “La reforma del Proceso penal”, Ramón García Albero, coordinador, JM Bosch editor, Barcelona, 2003
 - **HERNÁNDEZ, J.**, “¿Puede valorarse probatoriamente el silencio del acusado o sus explicaciones inverosímiles -REGLAS MURRAY?”, en “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, cgpj, N° 51, 2009.
 - **HERNÁNDEZ, J.**, ¿Qué lugar debe ocupar la persona acusada en el acto de la vista?, en “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, cgpj, N° 51, 2009
 - **DE LAS HERAS, L.**, *Estado actual del derecho penal y la política criminal española*, Discurso de Ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, Colección RAED, 2023
 - **JAKOBS, G.**, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, 1996.
 - **JESCHECK, H.-H.**, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, en Santiago Mir Puig director y editor, “La Reforma del Derecho penal”, Bellaterra, 1980.

- **JIMÉNEZ REDONDO, M.**, *Estudio preliminar*, en **VIVES ANTÓN, T.S.**, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant, Valencia, 1996.
- **KIRCHMAN (von), J.**, *La jurisprudencia no es ciencia*, 1949.
- **KIRSCH, S.**, *¿Derecho a no autoinculparse?*, en “La insostenible situación del Derecho penal” (Romeo Casabona, dir.), traducción de Guillermo Benlloch Petit, ed. Comares, Granada, 2000
- **LATORRE, A.**, *Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 5ª ed., 1989.
- **LUCAS VERDÚ, P.**, *Constitución española*, 1979.
- **LUCAS VERDÚ, P.**, *Los Títulos Preliminar y I de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, RFDUCM, monográfico nº 2, 1979..
- **LÜDERSSEN, K.**, *Il declino del Diritto penale*, Milan, 2005.
- **MARCHENA, M./GONZÁLEZ-CUELLAR, N.**, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.**, *Presentación*, en “Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas republicanas y un discurso preliminar dirigido a los americanos”, Civitas, 2011.
- **MICHELL, J.**, *Astronomical observations of the merging of two stars*, en *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, 1784
- **MIR PUIG, S.**, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982.
- **MORALES GARCÍA, O.** *Cuestiones sobre la constitucionalidad del cumplimiento íntegro de las penas en el Proyecto*

- de nuevo Código penal*, en Actualidad y Derecho, Tomo I, 1993.
- **MORALES GARCÍA, O.**, *Comentario a los artículos 368 a 378 CP*, en VVAA, (José Manuel Valle y Fermín Morales, coordinadores -en las diversas ediciones-) “Comentarios al Código penal”, Ed. Aranzadi, 1996-2019.
 - **MORALES GARCÍA, O.**, *Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas*, en VVAA “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios”, Aranzadi, Pamplona, 2010.
 - **MORALES GARCÍA, O.**, *La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2011.
 - **MORALES GARCÍA, O.**, *El poder de las costumbres: ¿Réquiem por el derecho al silencio?*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez (AJUM), núm. 36, 2014.
 - **MORALES GARCÍA, O. / FERRERES COMELLA, V.**, *Vigilancia Aduanera como policía judicial y prueba ilícita: la dimensión constitucional del problema*, El Cronista del Estado social y democrático de Derecho (Muñoz Machado, dir.), N° 55, 2015.
 - **MORALES PRATS., F.**, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1986
 - **MORALES PRATS., F.**, *El problema penal y la idea de Derecho Penal mínimo* en Manual de Derecho Penal. Parte General, 1986.
 - **MORALES PRATS., F.**, *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, CPC, nº 36, 1988.
 - **MORALES PRATS, F.**, *La investigación penal: ¿Jueces o fiscales?*, en Revista del Poder Judicial.

- **MORALES PRATS, F.**, *La utopía garantista del Derecho penal en la nueva “Edad Media”*, Real Academia Europea de Doctores, 2015.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, *Introducción*, en **ROXIN, C.**, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972.
- **NIETO, A.**, *Balada de la Justicia y la Ley*, ed. Trotta, Madrid, 2002.
- **PECES BARBA, G.**, *Los valores superiores*, 1986.
- **PIKETTY, T.**, *Una breve historia de la igualdad*, traducción de Daniel Fuentes Castro, Deusto, 2021.
- **PINKER, S.**, *En defensa de la ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*, Traducción de Pablo Hermida Lozano, Paidós, 2018.
- **ROBLES MORCHÓN, G.**, *EL libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE)*, en VVAA “El libre desarrollo de la personalidad”, coordinado por Luis García San Miguel, 1995.
- **RODRIGUEZ MOURULLO, G.**, *Directrices político-criminales del Anteproyecto del Código penal*, en “La Reforma del Derecho penal”, Santiago Mir Puig, director y editor, Bellaterra, 1980.
- **ROXIN, C.**, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
- **ROXIN, C.**, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1976.
- **RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, J.**, *Comentario al artículo 10 de la Constitución*, en “Comentarios a las Leyes Políticas”, dir. Óscar Alzaga, Villaamil, 1984.

- **SCHMIDHAUSER**, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ED., Tübingen, 1975.
- **SILVA SÁNCHEZ, J. M^a**, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, 2011.
- **SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.**, *La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos fundamentales*, en REDC, nº 32, 1991.
- **STELLA, F.**, *La tutela penale de la società*, en VVAA “Diritto penal in trasformazione”, Giuffrè, a cura di Gogio Marinucci y Emilio Dolcini, 1985.
- **STELLA, F.**, *La giustizia e le ingiustizie*, ed. Il Mulino, Bologna, 2006.
- **THORNE, K.**, *The Science of interstellar*, New York Times Editions, 2014.
- **TOCQUEVILLE, A.**, *De la démocratie en Amérique*, 1951.
- **VALLE MUÑIZ, J. M.**, *Relevancia jurídico penal de la eutanasia*, en CPC, nº 37, 1989.
- **VALLE MUÑIZ, J. M.**, *Fundamento alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*, ADPCP, II, 1992.
- **VALLE MUÑIZ, J. M.**, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, 1994.
- **VARONA, D./KEMP, S./BENÍTEZ, O.**, *La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad*, In-Dret, 1-2022.
- **WEISSELBERG, C.**, en WEISSELBERG, C./BIBAS, S., *Debate: The right to remain silent*, PENNumbra (University of Pennsylvania Law Review), nº 159, 2010.

- **WHEELER, J.**, *Geons, Black Holes and Quantum Foam*, en “Review of Modern Fisics”, 1967.
- **YUVAL HARARI, N.**, *Sapiens. De animales a dioses. Una breve historia de la humanidad*, 8^a ed., 2016.



Discurso de contestación

Excmo. Sr. Dr. Fermín Morales Prats

Excmo Sr.Presidente
Excmo.Sres Académicos
Excmas e Ilmas.Autoridades
Sras. Y Sres.

I. INTROITO I LAUDATIO

Después de haber escuchado atentamente y procedido a la lectura cuidadosa del discurso de ingreso en esta Real Corporación del Académico de Número Excmo.Sr.Dr.D.Oscar Morales García me corresponde el privilegio y el ilusionado compromiso de contestar un discurso muy estructurado, profundo y que aporta grandes reflexiones.

La Real Academia Europea de Doctores, a través de su Presidente, Ecxmo.Dr.D.Alfredo Rocafort Nicolau, me responsabiliza para que desarrolle este discurso de contestación. En consecuencia, es de ley dejar testimonio por mi parte del agradecimiento sincero por tal distinción, aceptando el honor que se me hace una vez más y confiando en que sabré estar a la altura de las circunstancias. Constituye un interesante desafío procurar dar respuesta a los planteamientos expuestos y a las conclusiones que se infieren del discurso de ingreso de un académico de la relevancia y brillo como las que ostenta el Dr.Oscar Morales García.

El estudio del discurso de ingreso nos abstrae de los quehaceres cotidianos, nos sumerge en el ámbito de la reflexión, por cuanto el trabajo del recipiendario suscita cuestiones epistemológicas proyectadas al ámbito jurídico penal.

El discurso del recipiendario merece un estudio pausado, requiere de un análisis multidireccional, habida cuenta de que aporta un diagnóstico sobre el estado del sistema de justicia penal en nuestro país. En este sentido el trabajo del Dr. Oscar Morales conecta con los fines básicos de esta Real Academia, entre los que se encuentran la búsqueda de respuestas ante problemas complejos que se suscitan en la sociedad del siglo XXI.

No es de extrañar la hondura del discurso de ingreso a la que me he referido por cuanto el recipiendario ha seguido durante muchos años una brillante singladura profesional que ha dejado una estela de brillantez en la argumentación jurídica.

Procede ahora adentrarse en la evolución profesional del recipiendario.

Conocí al Dr. Oscar Morales en 1991, cuando me incorporé como Catedrático a la Universidad de Cantabria. Por aquel entonces cursaba tercero de Derecho y ya descollaba como uno de los alumnos más brillantes de la Facultad. Con prontitud contactó conmigo y me trasladó su interés por el Derecho Penal. Al poco de licenciarse con las máximas calificaciones en 1993, dado su brillante curriculum obtuvo con prontitud la beca del Plan de Formación del Personal Investigador. Compaginó la referida ayuda con estancias en el Instituto de Derecho Penal Económico y Criminología de la Universidad de Freiburg im Breisgau en Alemania. Allí trabajó bajo la tutela del prof. Klaus Tiedemann hasta 1995.

En 1998 leyó en la Universidad Autónoma de Barcelona su tesis doctoral titulada “Alcance y función de los delitos de malversación de caudales públicos”, por la que obtuvo la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad del Tribunal. Quien esto suscribe dirigió finalmente la tesis del recipienda-

rio, por cuanto mi querido compañero el Dr. José Manuel Valle había fallecido unos meses antes.

El Dr. Oscar Morales ha sido profesor en las Universidades de Cantabria, Autónoma de Barcelona, la Oberta de Catalunya y Rovira Virgili de Tarragona, en los que hay impartido cursos de doctorado, licenciatura, grado y master. Asimismo desde 2001 es profesor visitante de la Universidad de Trento en Italia en el ámbito dedicado a la criminalidad informática.

En la actualidad, desde 1999, es profesor adjunto en la Universidad Ramón Llull (ESADE), impartiendo distintas disciplinas de derecho penal.

Un segundo perfil del brillante currículum profesional del recipiendario se ubica en el ámbito de las funciones jurisdiccionales. El Dr. Oscar Morales ha sido Magistrado en la Audiencia Provincial de Barcelona durante los años 1999 a 2003.

En el año 2003 se incorporó a uno de los bufetes de abogados más prestigiosos del país en la oficina de Barcelona. Fue socio de esa reputada firma durante trece años hasta 2021, desarrollando una brillante trayectoria como abogado. En 2022 forjó una alianza con quien esto suscribe para continuar su trayectoria profesional como abogado en el campo del derecho penal.

Esta evolución tan brillante como letrado se ha visto reconocida con importantes distinciones, como, por ejemplo, el directorio Chambers Europa desde 2008 y los premios de diversos directorios como Iberian Lawyer o Best Lawyer.

Asimismo, en 2019 obtuvo la medalla al mérito profesional con motivo de su incorporación al Consejo Superior Europeo de Doctores.

Afirmado todo lo anterior, es evidente que se incorpora a nuestra Academia un doctor que reúne las condiciones de jurista en un sentido integral; en el ámbito del derecho penal es un experto dedicado a la investigación, la docencia, la abogacía, con experiencia también en el ámbito del enjuiciamiento por cuanto su trayectoria también transitó la Magistratura.

El Dr. Oscar Morales ha pronunciado cientos de conferencias en España, así como en Italia (con gran frecuencia), Colombia o Cuba.

El resultado de la evolución profesional del recipiendario, de acrisolada brillantez, no es producto de la casualidad. Desde muy joven a mis ojos apareció como un personaje barojiano, que afrontaba la *“lucha por la vida”* mediante la laboriosidad y el esfuerzo, siempre en búsqueda de la excelencia porque no podía permitirse perspectivas menores.

La Academia por consiguiente incorpora en su seno un miembro de una trayectoria profesional robusta y exitosa, pero sobre todo a un jurista con una gran capacidad de trabajo y agudeza analítica.

Por lo que respecta a la obra científica publicada del Dr. Oscar Morales cabe decir que es muy extensa y de imposible exposición en la presente contestación. Su obra abarca tanto cuestiones de parte especial derivadas de su magnífica tesis doctoral sobre los delitos de malversación, como cuestiones relacionadas sobre todo con la moderna criminalidad y, en particular, la delincuencia informática. Puede decirse que en los últimos veinte años principalmente su atención se ha asentado en el punto de intersección del derecho penal y la actividad empresarial con aportaciones muy valiosas que se han publicado tanto en revistas internacionales como nacionales.

Pero el beneficiario también se ha adentrado en cuestiones de parte general, con importante repercusión dogmática. Mención especial merece la obra publicada en 2021 “Errores inevitables” en la que el autor afronta la encrucijada entre el relato literario y la exposición de cuestiones jurídicas esenciales tanto en el ámbito del derecho procesal como del derecho material, tales como las garantías durante el proceso penal del investigado o como el conocimiento/desconocimiento del derecho por parte del ciudadano. Esta obra expresa ya una madurez de un intelectual en su plenitud.

El beneficiario ha participado también en obras colectivas como los “Comentarios al Código Penal” de la editorial Aranzadi y es coautor de uno de los textos legales anotados de más amplia difusión y utilización en nuestro país.

II. CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO

El beneficiario afronta la crisis del sistema de justicia penal desde una perspectiva metodológica absolutamente novedosa y original. El título ya nos advierte del método comparativo utilizado, de manera originaria, para analizar la crisis o más bien el declive del garantismo en el ámbito de la jurisdicción penal. La expresión “horizonte de sucesos” no es solamente un recurso literario del autor, por cuanto de entrada ya nos advierte que se está refiriendo a un ámbito en el que la intensidad gravitatoria provocada por el colapso de una estrella impide escapar incluso a la luz. Así, con la sagaz imaginación que caracteriza al Dr. Oscar Morales, constata que en las últimas décadas se ha ido perfilando un horizonte de sucesos en la justicia penal, de manera que un conjunto de factores produce una intensidad gravitatoria tal que impide al justiciable escapar de un campo de atracción de antigarantías extremadamente intenso.

Originalidad pues en la vinculación comparativa entre el concepto físico de horizonte de sucesos y un sistema penal, que desde la observación empírica ha eclosionado exterminando progresivamente las garantías tradicionales.

La crisis del garantismo ha sido analizada metodológicamente desde muy distintas ópticas. Como he señalado en múltiples obras, Alain Minc ha situado la crisis del sistema de garantías en un contexto de nueva Edad Media que ya habían insinuado Umberto Eco y otros autores en los años 70.

Otros autores en el ámbito jurídico situarían la crisis de las garantías iluminísticas en la década de los 90, ligada al fin de la modernidad como una expresión más del proceso de decadencia de Europa y del mundo occidental.

También, desde una perspectiva intelectual quizás cercana a la del recipiendario, se ha situado esa crisis utilizando métodos comparativos también ajenos a las ciencias sociales. Se trataría del caso de Spengler, cuando hace ya un siglo profetizó la crisis de Europa y la decadencia de Occidente al aplicar un método de análisis para la historia y los fenómenos sociales, basado en el isoformismo, de manera tal que existiría un orden natural intrínseco a cualquier sistema, que de forma indefectible e irresoluble conduce a un desarrollo evolutivo de extinción: así el modelo social occidental, y su sistema jurídico, se hallaría en un proceso paulatino conclusivo o si se quiere en un etapa final de decadencia.

Desde una perspectiva más amplia la escuela de Frankfurt también prontamente, ya en los años 40 y 50, diagnosticó que se produciría un derrumbe progresivo del racionalismo iluminístico, se trataría de una crisis lenta pero segura; es decir que los efectos que había producido la Ilustración no iban a ser impe-

recederos y que por tanto tarde o temprano se produciría una descomposición del mundo y del orden nacido de ese periodo iluminístico.

En esta órbita de reflexiones se sitúa con carácter novedoso y original el discurso del recipiendario. Partiendo de la idea de que ya la física teoriza lo que sucede una vez franqueado el “horizonte de sucesos”, planteamiento teórico en el que no está descartada una cierta dosis de ficción, el Dr. Oscar Morales se interroga sobre las razones por las que existe un horizonte de sucesos en la justicia penal. Se plantea así ahondar en los factores de colapso del sistema penal, que han acabado por generar un agujero negro en el que las construcciones dogmáticas y el sistema de garantías quedan derogados o exterminados. Y su interrogante se adentra en si tal fenómeno es producto de la evolución natural de las cosas o, por el contrario, es una consecuencia de una determinada opción organizativa de nuestro sistema de justicia.

No creo que el problema que afronta el recipiendario pueda ser explicado principalmente como una expresión de la expansión del derecho penal. Expansión supone un problema cuantitativo y además no es descartable una expansión del derecho penal respetuosa con una redefinición de las garantías del sistema. Creo que el recipiendario lo que está denunciado es un problema cualitativo del derecho penal actual.

Tampoco creo que el declive de las garantías sea una consecuencia inexorable de la normativización de la teoría del delito. Es posible la revisión en clave normativa de las estructuras dogmáticas de manera compatible con el régimen de garantías. Y existen múltiples expresiones de construcciones normativas que han comportado una limitación de la esfera de responsabilidad penal del ciudadano, amén de una modernización y

humanización de secuencias clave de la teoría del delito, como por ejemplo en el ámbito de la culpabilidad.

Está en lo cierto el Dr. Oscar Morales cuando busca razones más allá del mero fenómeno del expansionismo y normativización y se adentra de manera fructífera en la generación incesante de estructuras típicas desconocedoras de las garantías clásicas del principio de taxatividad como expresión del principio de legalidad. Todo ello en un contexto de reformas penales sucesivas y compulsivas que no permiten una mínima estabilidad legislativa, de modo que los operadores jurídicos desempeñamos nuestra actividad en una auténtica montaña rusa de situaciones y soluciones impredecibles y, en ocasiones, inexplicables.

Otro factor también de la implosión del sistema de garantías viene dado por la evolución de la Unión Europea a la hora de afrontar instrumentos unificadores en materia penal; es cierto que en el ámbito comunitario impera una cultura inquisitiva y de cruzada en materia penal que se proyecta sobre los ciudadanos, como si fuera imposible afrontar la resolución de nuevos problemas con instrumentos alternativos al derecho penal. El problema queda redoblado cuando la transposición de esos instrumentos normativos comunitarios (directivas, tratados, recomendaciones...) se efectúa de manera automática y literal en nuestro Código Penal, que acaba por expresar un criptolenguaje ininteligible y ajeno a nuestra cultura jurídica. Y de esto último no es responsable la Unión Europea sino el legislador español, por cuanto los instrumentos comunitarios siempre incluyen una cláusula de salvaguardia, conforme a la cual la recepción en derecho interno se debe producir de acuerdo con los principios de cada sistema jurídico nacional. Otros países, como por ejemplo Alemania, son un buen ejemplo de esta cautela que ha sido inobservada por el legislador español.

El cuadro de indicadores del colapso del sistema de garantías se completa con un constante y penetrante populismo punitivo, que hace que los medios de comunicación fomenten reformas penales que son admitidas, como expresión de un “derecho penal popular” por encima de las reglas dogmáticas que ha generado la doctrina penal de manera secular.

Con este planteamiento original, el beneficiario afronta el clásico paradigma de tensión entre el sistema penal, como expresión del reino de las garantías y de la seguridad jurídica, y el mundo de la política criminal que expresa las necesidades de evolución y de adecuación social del derecho penal, pero que no deja de ser un ámbito de incertidumbre.

Lógicamente este paradigma de tensión ha sido resuelto, a mi juicio desde la década de los 80, de manera paulatina a favor de la persecución de intereses propios de la política criminal. Y en esta evolución se constata una cierta devoción de gran parte de la doctrina penal desde hace décadas hacia los sistemas funcionalistas lo que ha sido desde luego un factor que ha contribuido a la crisis del garantismo.

El beneficiario sitúa la referida tensión en décadas anteriores. El Dr. Oscar Morales sostiene que el garantismo en la década de los 80 era la corriente de pensamiento que de manera clara se imponía a las tesis funcionalistas y favorecedoras de la expansión del derecho penal. Creo que ubicada la reflexión en el ámbito europeo en los años 80 ya se empieza a generar la implosión del sistema de garantías que con tanta brillantez expone el beneficiario. No lo fue así en España; pues tiene razón el beneficiario en punto a que en la década de los 80 el garantismo influyó en la revisión del sistema penal de nuestro país, incluso puede decirse que ese garantismo alumbró el Código Penal de 1995. Pero lo que ocurre es que en nuestro país los

fenómenos llegan de manera retardada; me explico: el periodo de consolidación del garantismo en Europa se produce después de la Segunda Guerra Mundial hasta bien entrados los años 70. Tal proceso no es proyectable a España, el régimen dictatorial que padecía nuestro país hace que fuera ajeno a esa reconversión garantista y humanizadora del sistema penal que se produjo después de la Segunda Gran Guerra; y ello es así porque nuestro país no participó de ese escenario bélico mundial, y la conmoción que produjo en nuestra comunidad jurídica se vivió de lejos. En España durante esos decenios de esplendor del garantismo en Europa se consolidó un derecho anticuado y anclado en los postulados de quienes habían podido esgrimir la bandera de la victoria en el cruento conflicto civil hispano.

Por tanto, es a finales de los 70 y principios de los 80 cuando se desarrolla en España el garantismo, como un reflejo también del planteamiento constitucional de los problemas jurídicos que permitía la Constitución de 1978.

A mi juicio el gran drama para nuestro país en el ámbito penal fue que, una vez aprobado el Código Penal de 1995, que expresaba anhelos de renovación y de limitación del Derecho Penal, al poco tiempo, avanzados los años 90 empiezan a penetrar en nuestro sistema los factores antes indicados que conducen al colapso del sistema de garantías de manera paulatina.

Al poco de aprobarse el nuevo Código Penal se empezaron a producir en cascada decenas de reformas penales siempre en detrimento de las garantías, favorecedoras del aumento de penas y de la disminución de los estándares de taxatividad en la nueva formulación de los tipos penales.

Es cierto, como se señala en el discurso de ingreso, que la globalización y el flujo de información en las redes bajo el proto-

colo de Internet ha constituido un factor de consolidación del populismo punitivo en contra del garantismo. Pero, como he dicho, con anterioridad, en otros países de la Unión Europea los síntomas de crisis del sistema penal tradicional ya se habían producido. Tenemos el ejemplo de Italia en los años 90, como expresión de la opción por el derecho penal para resolver los problemas sociales económicos y políticos básicos de toda una sociedad. Y ese modelo, ligado a la idea “*tangentopolis*” es expresión de la crisis del garantismo. Pero, ya con anterioridad, en la segunda mitad de los 70 y en la década de los 80 en Europa se identificaban síntomas de proyección de instrumentos normativos denominados “de la emergencia”, propios de la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, hacia todo el sistema penal, que empezaba a quedar contaminado por normas que en principio parecían excepcionales.

Debe tenerse en cuenta que ya en 1999 Jakobs, con ocasión de la conferencia dada sobre “La Ciencia penal alemana antes del cambio de milenio”, expuso que, además del derecho penal enderezado a la restauración de la confianza en la norma (violada por el delincuente) mediante la pena, existiría “otro” derecho penal, el derecho penal del enemigo; mediante este último el Estado debía reaccionar de manera más contundente para responder a los ataques más graves a las bases de la convivencia; se conformaría así un ámbito en el que el Estado no solo persigue la seguridad normativa sino también “la cognitiva”, de modo que el instrumento punitivo se endereza a luchar contra el enemigo, sin atender al principio de proporcionalidad de las penas, prescindiendo así de garantías seculares del individuo sometido al derecho penal. Se trataría de un derecho penal “de cruzada”.

Por consiguiente se identifican ya a inicios de la década de los ochenta bases de cultura penal altamente inquisitiva. El pensamiento de Jakobs es formulado originariamente en 1976,

y difundido además en su Tratado de derecho penal, y pronto comienza a tener seguidores. Se instala así una línea de pensamiento en torno a la prevención general positiva como finalidad de las penas. Lo que se persigue entonces es estabilizar o reinstaurar la confianza en la norma del ciudadano mediante el castigo del delincuente; se trata de una cultura en la que la pena sería un instrumento para el reequilibrio psíquico de la sociedad conmocionada por la comisión del crimen. Todo esto acontece ya en los años ochenta y en determinados cenáculos académicos empieza a calar esta filosofía neoretribucionista.

La consolidación del proceso hacia una cultura inquisitiva se produciría a partir de 1989 con la caída del muro de Berlín. Este hecho histórico acelera el proceso de crisis de la cultura iluminística que había alumbrado el desarrollo de las sociedades en la Europa occidental. Se desvanecía una ideología amalgamada por contraposición al mundo del *“telón de acero”*. El juego de contrarios dejaba de bombear la formulación de una sociedad óptima del bienestar en el mundo occidental.

Entramos entonces en lo que he denominado en múltiples trabajos la *“Nueva Edad Media”*, periodo presidido por la incertidumbre, por las zonas grises y por la imposibilidad de prever y teorizar escenarios conceptuales de felicidad y bienestar.

Ciertamente me produce cierto rubor esta cadena de actos académicos como el presente en que los discursos de ingreso y contestación se producen de manera acusadamente crítica. Los compañeros de la Academia dedicados a otros ámbitos del saber pueden llegar a quedar sorprendidos. Pero la descripción de la realidad de manera lúcida nos obliga a exposiciones críticas, de otro modo estaríamos defraudando los fines de esta Real institución, que pretenden acaudalar un acervo de saber basado en el análisis profundo y certero de los fenómenos sociales.

Establecido todo lo anterior, el beneficiario desarrolla su planteamiento entorno al horizonte de sucesos a través de una metodología sugerente y acertada en la que agrupa los elementos que se insertan en el referido horizonte produciendo su aceleración con el efecto de implosión de las garantías del ciudadano.

Se trata de una perspectiva metodológica brillante y original, que conduce al lector por una orografía de elementos de diversa índole en la conformación del horizonte de sucesos. En primer lugar selecciona algunos ejemplos de derecho sustantivo, para continuar con elementos que se inscriben en la órbita del modelo institucional de justicia, acabando con referencias a elementos propios del derecho procesal.

Por lo que afecta a los elementos de derecho sustantivo, el Doctor Oscar Morales nos describe el incesante aumento de penas que se ha ido produciendo paulatinamente en nuestro Ordenamiento mediante plurales reformas del Código Penal. El plan político criminal que informó el Código Penal de 1995, basado en la defensa, en gran medida, de la orientación constitucional de las penas hacia la resocialización del delincuente, ha quedado volatilizado; el listón de veinte años de prisión como pena máxima ordinaria en gran medida es una previsión legal que ha quedado desbordada por marcos penales superiores.

Pero el proceso de incremento punitivo sufrió una notable evolución con la reforma del Código Penal de 2015. Mediante la misma se introdujo la pena de prisión permanente revisable. No es difícil advertir que la justificación de esta modalidad de cadena perpetua tiene un difícil ensamblaje constitucional, si se atiende al mensaje de orientación constitucional de las penas hacia la reinserción social del delincuente, plasmado en el

art.25.2 de la Constitución. La fórmula adoptada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 169/2021 para declarar la constitucionalidad de la prisión permanente revisable no parece que aporte argumentos definitivos de cara a salvar las objeciones antes formuladas.

Cabe recordar que en la reforma de 2015 del Código Penal, la Exposición de motivos contiene referencias a la prevención general positiva, de modo que el legislador nos advierte de que una de las funciones básicas de la pena es la reinstauración de la confianza de los ciudadanos en la norma; se abre así la puerta al neoretribucionismo a nivel legislativo, en detrimento de cosmovisiones del derecho penal ancladas en el garantismo.

En segundo lugar, se alude a otro elemento de derecho sustantivo acelerador del horizonte de sucesos. Se trata de la adopción de estructuras típicas que vienen a debilitar el principio de ofensividad en la conformación de las previsiones jurídico-penales. En particular se verifica una proliferación constante de las estructuras típicas de peligro abstracto, en las que ocasionalmente incluso se prevén modalidades imprudentes.

Siendo lo anterior un elemento de debilitación de las garantías penales, más inquietante es el continuo recurso por parte del legislador al empleo de tipos excesivamente abiertos en los que difícilmente se identifica el núcleo de la prohibición penal. Y como señala el recipiendario con acierto, no se trata solamente de delitos inscribibles en el ámbito estricto del derecho penal del enemigo, en el que anidan las previsiones típicas de lucha contra el terrorismo o narcotráfico organizado. Se trata de figuras delictivas que, como por ejemplo del delito de blanqueo, se proyectan transversalmente sobre todo el tráfico jurídico y sobre toda esfera de negocios.

El Dr. Oscar Morales expone con brillantez los problemas que suscita el delito de blanqueo. En efecto, después de la reforma operada en 2010, el art.301 CP contempla como delito previo/ presupuesto al blanqueo “cualquier actividad delictiva previa”, sin atender a la gravedad de la misma y sin exigir que esa actividad previa haya sido objeto de comprobación absoluta mediante una condena penal. De este modo el delito de blanqueo hace matrimonio de manera transversal con múltiples infracciones penales previas. Pero la línea de apertura típica no acaba con lo anterior se prolonga en punto a la conformación de las propias conductas típicas constitutivas de blanqueo. A los efectos de este delito constituyen el blanqueo conductas que no implican reciclaje o transformación de dinero; así la mera posesión de bienes o dinero provenientes de cualquier actividad delictiva pueden producir la consumación típica.

La amplificación del blanqueo se consolida con la admisión de conductas imprudentes como modalidad comisiva. Puede entenderse entonces que del art.301 del CP derivan importantes deberes de cautela o comprobación para el tráfico jurídico y el mundo de los negocios, deberes que en muchos casos deben ser calificados de exorbitantes. El legislador contempla así la sociedad como una esfera de potenciales delincuentes.

Una amplificación de tales características del delito de blanqueo supone además que el precepto abrace también el castigo del autoblanqueo que suscita problemas interpretativos, que alcanzan su exponente máximo al producirse el binomio fraude fiscal/ blanqueo. Se trata de una expresión más del desprecio o devaluación que padece en los últimos años el instituto del concurso aparente de normas penales, cuyos principios obran en el art.8 del Código Penal. La configuración actual del blanqueo supone un serio atentado a la prohibición de doble des-

valoración sobre un mismo hecho, pero en tiempos como los actuales este principio y el instituto del concurso de normas penales están en serio retroceso frente a interpretaciones que ensanchan los concursos de delitos.

El modelo legal de incriminación del blanqueo permite consolidar sólidos plazos de prescripción del delito de diez años, periodo desproporcionado atendido el desvalor que subyace en estas conductas.

En el discurso de ingreso se acude a otro ejemplo de tipos penales absolutamente indeterminados o abiertos; se trata de las insolvencias punibles. En esta materia el legislador penal en los últimos años tiene una suerte de obsesión por alcanzar fórmulas legislativas que satisfagan el ensamblaje con el derecho concursal. Tal es la sumisión del legislador penal hacia la norma concursal, que los tipos penales incorporan referencias típicas cuya elucidación interpretativa solamente está al alcance de chamanes. Se consolida así un desprecio a la taxatividad de las normas penales.

El recipiendario nos recuerda el paroxismo al que ha llegado el legislador penal al contemplar en una de las modalidades típicas (art.259.1 núm.9º) la comisión dolosa de un delito imprudente.

La debilitación del mandato de taxatividad de las normas penales, como expresión del principio de legalidad, constituye un proceso constante. Es como una lluvia fina que va penetrando en el sistema legal debilitando las exigencias de certeza en el ámbito punitivo. Así, por ejemplo, recuerda el recipiendario con lucidez que la prohibición de la analogía en *malam partem* en ocasiones es eludida mediante la inclusión en los tipos penales de cláusulas analógicas, que aluden al empleo de instru-

mentos o artificios semejantes dejando a la libre apreciación del juzgador de la delimitación de los tipos penales.

Pero, en los últimos años, es más preocupante todavía la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la descripción de las conductas típicas de elementos penales. Cada vez con más frecuencia la relevancia penal de una conducta dependerá de si es grave, o si ha producido daños graves o bien si ha afectado a los intereses generales. Este tipo de expresiones cada vez son más frecuentes en el ámbito del derecho penal económico y acaban por otorgar al juzgador un cheque en blanco en punto a la delimitación de los marcos de intervención del derecho penal.

El Doctor Oscar Morales recuerda también cómo en ocasiones determinadas estrategias de defensa en la práctica forense, sorprendentemente, han quedado incorporadas a los tipos penales como un elemento de desvalor de la conducta. Desde luego no se me alcanza medida legislativa más contundente para cercenar planteamientos de defensa; basta con declararlos delictivos.

Quizá una de las expresiones legislativas que se insertan en el horizonte de sucesos más significativas aluden a la supresión de la prejudicialidad penal en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La Reforma del 2012 del Código Penal optó por abandonar el principio *ne bis in idem* en el ámbito procesal, permitiendo la coexistencia paralela de procedimientos administrativos y penales, verificándose la triple identidad de objeto, sujeto y fundamento. De este modo se consagra la prosecución de las actividades administrativas enderezadas al cobro, pese a la pendencia de la causa penal provocada por la propia Administración. Los efectos perversos de tal modelo legal son fácilmente imaginables.

En primer lugar se genera un escenario predeterminado que puede llegar a colocar al juzgador en huida hacia adelante a la hora de dictar sentencia, cuando la Administración ya ha consolidado en vía administrativa una determinada situación habiendo verificado el cobro de lo que consideraba adeudado. Se trata de la creación de un ambiente antigarantista que puede conducir a la predeterminación de las sentencias condenatorias. Pero, además, la supresión de la prejudicialidad penal conduce a desatender la máxima de que el estándar probatorio en la jurisdicción penal es de más elevado rango que el exigido en otros ámbitos procedimentales; se genera así una suerte de mundo al revés de manera que la lógica en el procedimiento administrativo puede acabar contaminando la lógica en el proceso penal, todo ello claro está en detrimento de las garantías del derecho de defensa.

Es fácil imaginar los contradictorios efectos que puede llegar a producir una sentencia absolutoria, cuando la Administración ya ha finalizado sus actuaciones administrativas y se ha verificado el cobro de lo que se consideraba como debido. Pues bien, el legislador penal sin pestañear reconoce que en estos casos se debería reponer la situación a la vista de la sentencia absolutoria; como pueden imaginarse por el camino, con alta probabilidad, se habrá producido ya la liquidación de la empresa.

Para acabar el inventario de elementos de derecho sustantivo que se inscriben en el horizonte de sucesos, el Dr. Oscar Morales incorpora el análisis de la creación del estatuto de responsabilidad penal de la persona jurídica como otro factor de aceleración de la pérdida de garantías.

Ciertamente los mandatos de la Unión Europea en punto a la introducción de un estatuto de responsabilidad jurídica de las empresas no quedaban encorsetados a la obligación de generar

un modelo de intervención penal. El mandato de la Unión no predeterminaba la naturaleza jurídica del modelo de responsabilidad de las personas jurídicas. Se conformaba con la introducción de previsiones de responsabilidad jurídica conforme a los principios del derecho interno de cada país. Esto explica, por ejemplo, que Alemania e Italia optasen por un modelo de responsabilidad administrativa de la persona jurídica, si bien es cierto que podían esgrimir el escudo relativo a la constitucionalización de la culpabilidad como requisito previo para la asunción de responsabilidades penales, lo que reconduce a la idea de exclusiva responsabilidad penal de las personas físicas.

En el caso del legislador español, con la reforma de 2010, se optó por un modelo amplio de responsabilidad penal, que abrazaba todo tipo de personas jurídicas con independencia de su dimensión o tamaño, modelo muy ambicioso que fue objeto de objeciones críticas por parte de la doctrina e incluso de la Fiscalía General del Estado.

En el modelo originario la reforma de 2010 no se esclarecía el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; sectores doctrinales y la propia Fiscalía habían llegado a teorizar una suerte de responsabilidad penal por transferencia automática. Posteriormente estos peligros de responsabilidad objetiva por hecho ajeno han sido desterrados tanto por la posterior reforma del Código Penal de 2015 como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Hoy en día es pacífica la idea de que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica es el defecto de organización que ha possibilitado la comisión de un delito por una persona física en el seno de la actividad social y en beneficio directo o indirecto de la empresa.

No obstante haberse superado los peligros de atribución de responsabilidad penal por hecho ajeno, el modelo suscita múlti-

ples problemas y, como señala adecuadamente el destinatario, va a suponer un factor de saturación o colapso de la justicia penal. A este efecto va a contribuir el constante aumento de tipos penales a los que queda asociado la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas. En las últimas reformas del Código Penal la responsabilidad penal de la empresa es posible en los delitos de *sexting*, en los delitos de maltrato animal o en determinados comportamientos delictivos contra la libertad sexual. Se trata de una proliferación de delitos en este ámbito que carece de sentido y que va a plantear múltiples problemas en la práctica, por cuanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece como un “latiguillo retórico” de las acusaciones. Y este fenómeno de amplificación se produce ya sobre un elenco originario excesivo de delitos abarcados por las cláusulas de responsabilidad por el que optó el legislador de 2010.

A todo lo anterior se adosa un problema esencial en la introducción de este subsistema de responsabilidad penal en nuestro Ordenamiento. La responsabilidad penal de las personas jurídicas nació sin haberse desarrollado un auténtico estatuto procesal. Esta anomia legal genera un problema de constitucionalidad y en la práctica se traduce en cotidianas incertidumbres a la hora de establecer criterios de solventación de los problemas en el ámbito procesal.

Comparto pues con el destinatario este conjunto de críticas y añado una reflexión: ¿verdaderamente este subsistema de responsabilidad penal introduce aportaciones imprescindibles para el derecho penal? A mi juicio la respuesta es negativa, a fecha de hoy las conclusiones son insatisfactorias. Se ha producido una importación de mecanismos jurídicos de responsabilidad propios de la responsabilidad civil extracontractual; en particular, los relativos a la culpa “in eligendo” y la culpa “in vigilando”. Estos criterios son los que anidan en la responsabi-

lidad por defecto de organización, pero son criterios propios de la responsabilidad civil subsidiaria ex delicto que ahora han sido transportados a la esfera penal. Probablemente en el futuro va ser necesaria una reflexión necesaria en profundidad al respecto.

En segundo lugar, el Dr. Oscar Morales afronta de manera aguda los elementos de corte institucional que favorecen en el neo-retribucionismo y la implosión de garantías en el horizonte de sucesos.

La exposición del discurso de ingreso en punto a la crítica que se efectúa respecto de la función del Ministerio Fiscal en la legislación vigente, a mi juicio, constituye una de las aportaciones doctrinales más valiosas de los últimos tiempos. En efecto, el recipiendario impugna un modelo en el que el Ministerio Fiscal *“es parte imparcial”*, lo que constituye una *“contraditio”* en sus propios términos, pero que alberga incesantes efectos para el régimen de garantías, por cuanto la opinión calificada del fiscal se va a situar por encima de la de las defensas y las acusaciones particulares. Se configura así un desequilibrio estructural en el ámbito procesal, que pone en cuestión el principio de igualdad de armas como garantía derivada al derecho al proceso con las debidas garantías.

Además, el recipiendario se adentra, en su planteamiento crítico, en consignar la irresponsabilidad del Ministerio Fiscal y su dependencia del Ministerio de Justicia en punto al nombramiento del Fiscal General del Estado.

Todo lo anterior conduce en el discurso de ingreso a postular que la dirección de la instrucción sea otorgada al Fiscal cuyo control será ejercido por órganos judiciales independientes no contaminados por la lógica de la investigación. Se trata de una

conclusión lógica conforme al planteamiento exhibido con brillantez por parte del Dr. Oscar Morales.

Ciertamente es cuestionable el papel del Ministerio Fiscal tal y como está configurado en la actualidad; también es criticable que el Ministerio Fiscal no ostente el monopolio acusatorio en nuestro sistema jurídico, aunque probablemente el sistema de admisión amplia de la acusación particular a mi juicio no debería ser revisado. Lo que exige una intervención inmediata de reforma es el recorte de la acusación popular. Esta institución no tiene parangón en otros países de nuestro entorno cultural y consolida un mecanismo vertebrador del derecho popular, es decir, del populismo punitivo. Dada la relevancia constitucional de la acusación popular no parece posible su supresión y solo se me alcanza que la institución pueda ser domeñada conforme una proyección muy limitada a delitos contra los intereses generales.

El recipiendario conoce mi planteamiento interpretativo respecto de la Reforma de la instrucción penal, de manera que no estimo que sea una solución practicable otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal dada la carencia de medios humanos y materiales por parte de la Administración de justicia, amén de que no se atisban robustas previsiones presupuestarias que permitan alterar las funciones básicas del Ministerio Fiscal y de los juzgados de instrucción. Como sabe el Dr. Oscar Morales, en esta materia profeso un pesimismo activo, en el sentido de que lo más posibilista en estos momentos es modificar el sistema legal de la instrucción. Creo que el norte de la reforma debe orientarse a la desburocratización de la fase instructoria mediante mecanismos legales agilizadores de la misma. Solamente de esta manera podremos evitar los efectos devastadores de prolongación en el tiempo de la fase de investigación. Creo que sería un mecanismo adecuado la instauración de una visti-

lla previa a la admisión a trámite de denuncias o querellas. De esta manera probablemente se crearía un auténtico filtro judicial que evitaría la generación de múltiples diligencias instructorias, salvo claro está las excepciones lógicas que provendrían de las causas declaradas secretas “*ab initio*” en las que la referida vistilla quedaría demorada al alzamiento del secreto. Asimismo, creo que la instrucción penal debe incorporar mecanismos de cierre mediante otra vistilla en la que se expongan las razones de las partes tendentes a interesar el enjuiciamiento de los hechos investigados o bien el sobreseimiento de los mismos.

Establecida pues esta aclaración, debo significar que el discurso de ingreso a mi juicio es profundo y novedoso por cuanto aporta una exposición de manifestaciones cotidianas de la desigualdad con que operan las defensas respecto del Ministerio Fiscal, lo que es fácilmente comprobable en punto al incumplimiento de plazos que en ningún caso es admisible para quien ejerce el derecho de defensa.

El recipiendario se adentra en el análisis de la instrucción en el procedimiento abreviado, y expone críticamente la desorbitada prolongación de las investigaciones penales. Ciertamente la expresión procedimiento abreviado es un sarcasmo para el justiciable dada la dilatación durante años que supone tal tipo de procedimiento. Comparto la idea de que la reforma de 2015 no aportó una solución eficaz cuando sometió la instrucción a limitaciones temporales. En la práctica forense la prórroga de las mismas se ha convertido en un mecanismo burocrático y automático, de modo que no se ha avanzado en el impulso o aceleración de los procedimientos abreviados.

Con precisión el Dr. Oscar Morales expone otro elemento que se inserta en el horizonte de sucesos con implosión de las garantías del ciudadano. Se trata de la devaluación que ha sufrido

el nuestro Ordenamiento el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La reforma operada por la LO 6/2007, ha supuesto en la práctica la imposibilidad de vehiculizar los recursos de amparo, por cuanto se estableció como presupuesto para la admisión de tales recursos la justificación de la “*especial trascendencia constitucional*” del asunto. Este trámite ha degollado el recurso de amparo. En la actualidad los admitidos a trámite no alcanzan el 2%, y esa restricción del recurso de amparo se ha visto acompañada de una jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional absolutamente rígida en la exigencia de agotamiento de las protestas previas ante la jurisdicción ordinaria.

Hemos pasado así de ostentar uno de los sistemas más abiertos de control de constitucionalidad de los asuntos, trámite recurso de amparo, a configurar un sistema absolutamente de bloqueo. Ha operado aquí la ley del péndulo, si en un principio era excesivo el número de asuntos que llegaba ante el Tribunal Constitucional, provocando una tendencia al colapso, en el otro extremo se ha optado por cercenar en la práctica el acceso al más alto tribunal. Ni una cosa ni la otra son adecuadas; como expone con brillantez el recipiendario, la situación actual supone un elemento más de intensificación en la implosión de las garantías.

Por último, el discurso de ingreso se adentra en la exposición de los elementos del sistema procesal que se sitúan en el horizonte de sucesos.

Analiza en primer lugar con total acierto la institución del régimen de las conformidades como ámbito de pacto y de encuentro entre las partes del proceso penal que acuerdan una solución condenatoria que es sometida al órgano judicial. En principio se creó como un mecanismo excepcional, beneficioso para todas las partes. En la práctica se ha convertido en la actualidad en una auténtica válvula de escape en el sistema para evitar el

colapso de la justicia penal. Y es cierto, como se expone en el discurso de ingreso, que esta lógica de resolución de los asuntos en ocasiones aparece como una espada de Damocles inexorable para las defensas; no faltan casos en los que el propio órgano de enjuiciamiento excita a las partes al acuerdo, haciendo intuir a la defensa que en todo caso está servida la condena con carácter previo a la celebración del juicio oral. En otras ocasiones, el Ministerio Fiscal formula escrito de conclusiones provisionales en los que obran planeamientos acusatorios desmesurados en los que subyace una llamada a la negociación y la rendición de las defensas cara al alcance de una conformidad.

En segundo lugar, el beneficiario expone una de las materias en las que es uno de los máximos especialistas de nuestro país. Se trata del derecho a no declararse culpable y el derecho al silencio que asiste al investigado o al acusado como expresión del derecho de defensa y de un derecho a un proceso con las debidas garantías. El planteamiento expuesto es nítido si el investigado o el acusado se acoge al derecho a no declarar es porque tendrá algo que ocultar. Incluso la jurisprudencia ha efectuado juicios de intenciones respecto de lo que supone el silencio en la vida social, en el lenguaje entre amigos, en las conversaciones sociales, de modo que quien calla otorga y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a declarar que este silencio no puede dejar de ser una fuente de convicción de los Tribunales penales.

En el otro extremo se sitúa la decisión de declarar. Como no es exigible el relato veraz porque existe el derecho a no confesarse culpable, en la praxis judicial la declaración suele valorarse como una expresión del derecho a mentir por parte del acusado y no faltan resoluciones en las que la valoración de tal declaración constituye un indicio incriminatorio más para conformar la condena.

El planteamiento crítico del recipiendario es brillante y queda ligado en buena medida a los ritos en la celebración de los juicios orales. En efecto la ley procesal no dedica gran atención a la inserción de la declaración del acusado en el orden de la prueba. La praxis trae causa de herencias inquisitivas en la conformación del juicio oral. De modo tal que éste comienza de ordinario con la declaración del acusado que, si opta por deponer, lo hará a ciegas por cuanto no ha visto la prueba de la acusación. En la actualidad poco a poco se han ido imponiendo lecturas constitucionales del orden de la prueba en el juicio oral. De esta manera progresivamente se va admitiendo que primero se practique la prueba de la acusación y a la vista de la misma declare el acusado. Esta posibilidad se vehiculiza siempre que la defensa solicite tal ordenación en el escrito de conclusiones provisionales. Precisamente esta ordenación constitucional de la prueba es la que debería permitir que el acusado se pronunciase sobre si se conforma o no con los hechos aportados por las acusaciones, una vez vista la práctica de la prueba aportada por las mismas. Probablemente ese debería ser el escenario de las conformidades con más encaje constitucional. Pero, obviamente, esto no debería comportar la exclusión de las conformidades “*avant match*”, pues de lo contrario colapsaría el sistema de justicia.

El Dr. Oscar Morales se adentra en otros aspectos de la liturgia procesal que constituyen vestigios de la justicia del Santo Oficio, como el hecho de que el acusado deba asentarse en un banquillo central alejado de su defensa; tal liturgia solo tendría sentido en la justicia del Santo Oficio en la que el acusado ni tan siquiera conocía a su abogado defensor, que se limitaba a solicitar clemencia al Tribunal que hablaba en nombre de la justicia divina.

El discurso de ingreso concluye con un profundo y agudo análisis de las investigaciones prospectivas, que se verifican, sobre todo, en las macrocausas que se sustancian en la Audiencia Nacional. Es cierto que existe una retórica garantista de rechazo de la *inquisitio generalis*, mas lo cierto es que en la práctica se verifica la indeterminación de los hechos investigados en un buen número de ocasiones. Este fenómeno va ligado a lo que el recipiendario denomina “policialización de las causas judiciales”. En efecto se constata una tendencia hacia una admisión progresiva de informes policiales que no se verifican sobre hechos investigados; se trata de informes “de inteligencia policial” en los que se formulan todo tipo de hipótesis especulativas e incluso de valoraciones jurídicas. El problema se agudiza porque en muchas ocasiones tales informes aportados a la causa ni siquiera se deben a un requerimiento o control judicial sobre los mismos, por cuanto son aportados “*motu proprio*”.

Este conjunto de fenómenos permiten dibujar en el discurso de ingreso, de manera absolutamente original y profunda, el horizonte de sucesos de la justicia penal, en el que habrían implosionado las garantías del ciudadano del mismo modo que el núcleo central de las estrellas implosiona por efecto de su propia atracción gravitatoria.

Concluyo ya Sr.Presidente. Hemos escuchado un discurso de ingreso profundo, con un elevado contenido crítico que procede de la argumentación racional y razonable formulada por un intelectual del Derecho. El mensaje a la Academia arranca de una visión humanista de la concepción jurídica. Para el Dr.Oscar Morales la dignidad humana es el centro del sistema jurídico; la dotación instrumental de derechos fundamentales solo tiene sentido en cuanto constituyen herramientas que permiten el libre desarrollo de la personalidad del individuo. Y en

el discurso se alerta de la pérdida de esas garantías en el ámbito de la justicia penal.

El Dr. Oscar Morales nos recuerda a través de sus razonamientos las ilusiones y anhelos que se plasmaron en la Constitución de 1978 y en buena medida en el Código Penal de 1995. Pero el régimen de garantías ha sufrido una erosión permanente que es descrita con lucidez por un jurista que se halla en su plenitud, después de haber consolidado una trayectoria integral en el ámbito jurídico, que ha transitado por la docencia la magistratura y ahora intensamente en el ámbito de la abogacía.

Las aportaciones que formula el Dr. Oscar Morales a través de su discurso constituyen una prueba de la tarea del jurista que no se conforma con la descripción aséptica de la realidad social. Denuncia con lucidez los peligros de colapso del sistema de justicia penal mediante el análisis de instituciones y de expresiones cotidianas, que solo están al alcance de quién desde la teoría puede aportar una experiencia vivida con intensidad.

La Real Academia Europea de Doctores está de enhorabuena por cuanto incorpora a un jurista de reconocido prestigio que permite sumar al acervo jurídico y humanista de la institución un nuevo miembro que ostenta un amplísimo reconocimiento en la comunidad jurídica.

Sin duda el recipiendario está llamado a desempeñar altas tareas en esta Real Corporación no solo en el ámbito del Derecho sino en de las ciencias sociales en su conjunto.

La Real Academia Europea de Doctores debe felicitarse por el ingreso. Felicito al Dr. Oscar Morales con el rigor del solemne saludo académico y doy la bienvenida en mi condición de académico que contesta a su discurso, en nombre propio y en el

de todos los presentes. En el plano personal le transmito mi felicitación efusiva con emoción al recordar el momento en que conocí al Dr. Oscar Morales como joven estudiante en el año 1991, es motivo de orgullo comprobar la brillante trayectoria académica y profesional que ha alcanzado.



PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA
EUROPEA DE DOCTORES

Publicaciones



Revista RAED Tribuna Plural





FERMÍN MORALES PRATS (Barcelona 1957) es Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona (1983). En 1984 le fue concedido el Premio extraordinario de Doctorado, por la Universitat de Barcelona, por la tesis doctoral “La intimidad en el Derecho Penal español” (posteriormente publicada bajo el título “La tutela penal de la intimidad: *privacy* e informática). Desde 1994 es Catedrático de Derecho Penal en la UAB. Con anterioridad fue Catedrático en las Universidades de Cantabria (Santander) y de Lleida. El 15 de Septiembre de 1994 se produce la toma de posesión como Catedrático de la Universidad Autònoma de Barcelona, después de celebrado el pertinente concurso-oposición.

Docente en la UAB, ESADE, Abad Oliba, ISDE, Economist & Jurist School, ICAB así como es ponente en multitud de conferencias y seminarios.

Director de numeras tesis doctorales, ha participado en proyectos de investigación de ámbito nacional e internacional. Investigador en los años 80 y 90 en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg. i. Br. Alemania) y en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht (Universität Freiburg i. Br. Alemania), bajo la dirección del Prof, K. Tiedemann.

Es autor de más de setenta publicaciones en el ámbito de la Dogmática del Derecho Penal y de la Política-criminal.

Es codirector de la revista Derecho y Proceso Penal de la editorial Aranzadi.

Abogado en ejercicio.

Nombrado Académico Numerario de la Real Academia Europea de Doctores en Barcelona el día 5/11/2015 con el discurso de ingreso “La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva Edad Media”.



“El uso partidista del Derecho penal, la alimentación de estructuras institucionales cada vez más alejadas de los fundamentos del sistema, la corrupción institucional de una práctica forense gobernada por una norma de otro tiempo y otra centuria, son algunas de las causas del fenómeno que está colapsando el sistema”.

“Expansión, en el sistema penal, significa acumulación, superposición, ultraregulación, asfixia, hipertrofia... y colapso. La acentuación normativa penal, junto con la desfiguración de categorías son al sistema penal lo que la consumición del combustible nuclear a una estrella supermasiva: el germen de la hipergravedad que genera el colapso y la formación de un horizonte de sucesos más allá del cual nada escapa a la atracción”.

Oscar Morales García

1914 - 2023

Colección Real Academia Europea de Doctores



Generalitat
de Catalunya

